

**Los límites constitucionales a la potestad de tipificación punitiva del legislador en  
Colombia**

**Daryen Andrés Álvarez Barajas**

**Corporación Universidad Libre**

**Maestría en Derecho Penal**

**Bogotá D.C.**

**2022**



**Los límites constitucionales a la potestad de tipificación punitiva del legislador en  
Colombia**

**Daryen Andrés Álvarez Barajas**

**Los límites constitucionales a la potestad de tipificación punitiva del legislador en  
Colombia**

**Daryen Andrés Álvarez Barajas**

**Director: Prof. Gustavo Emilio Cote Barco Dr. jur., LL.M.**

**Corporación Universidad Libre**

**Maestría en Derecho Penal**

**Bogotá D.C.**

**2022**

Página de aceptación



**UNIVERSIDAD LIBRE**  
POSGRADOS DERECHO - BOGOTÁ D.C.

**FORMATO APROBACIÓN**  
**TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN**

FECHA: 21/07/2022 N°:

**AUTORES**

NOMBRE DEL ESTUDIANTE	N° DE CÉDULA	CORREO ELECTRÓNICO
Daryen Andrés Álvarez Barajas	1.090.484.582	daryena-alvarezb@unlibre.edu.co

**TÍTULO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN:**

Los límites constitucionales a la potestad de tipificación punitiva del legislador en Colombia

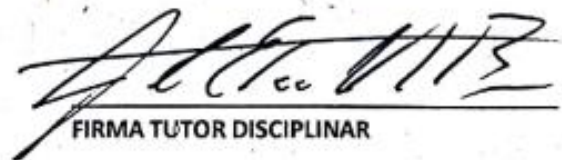
N° DE FOLIOS: 224. ANEXOS: Ninguno.

PROGRAMA: Maestría en derecho penal.

ASESOR METODOLÓGICO (Revisa la propuesta metodológica y técnica)	TUTOR DISCIPLINAR (Revisa el contenido sustancial del trabajo)
ASIGNADO A: Raúl Enrique Caro Porras.	ASIGNADO A: Gustavo Emilio Cote Barco.
OBSERVACIONES:	OBSERVACIONES:
APROBADO: <input checked="" type="checkbox"/> IMPROBADO: <input type="checkbox"/>	APROBADO: <input checked="" type="checkbox"/> IMPROBADO: <input type="checkbox"/>

FECHA DE APROBACIÓN O IMPROBACIÓN: 18/07/2022

  
FIRMA ASESOR METODOLÓGICO

  
FIRMA TUTOR DISCIPLINAR

## Tabla de contenido

Los límites constitucionales a la potestad de tipificación punitiva del legislador en Colombia.....	1
Introducción .....	1
1. Legitimidad democrática de los límites constitucionales al <i>ius puniendi</i> .....	6
1.1. La objeción contramayoritaria: origen y alcance .....	8
1.1.1. Sobre el constitucionalismo popular.....	18
1.2. En defensa del control de constitucionalidad .....	24
1.2.1. Deferencia hacia el “coto vedado” .....	31
1.2.2. Respeto por las reglas democráticas .....	35
1.2.3. ¿Hacia un constitucionalismo transformador? .....	37
1.3. Recapitulación .....	42
2. Principios limitadores del <i>ius puniendi</i> desde la protección de bienes jurídicos.....	46
2.1. Desarrollo del concepto de bien jurídico.....	48
2.1.1. Recepción del concepto de bien jurídico en Colombia .....	57
2.1.2. La constitucionalización del concepto de bien jurídico.....	61
2.2. Los principios limitadores al <i>ius puniendi</i> según la doctrina .....	66
2.3. El problema de la hiperinflación punitiva .....	83
2.4. Recapitulación .....	92
3. Límites constitucionales a la libertad de configuración legislativa en materia penal .....	95
3.1. Mapa jurisprudencial.....	99
3.2. Límites en la jurisprudencia de la Corte Constitucional .....	110
3.2.1. Principio de legalidad .....	110
3.2.2. Límites implícitos y explícitos o materiales .....	115
3.2.3. Valores, principios y derechos constitucionales.....	118
3.2.4. Principios de proporcionalidad y razonabilidad. ....	120
3.2.5. Principio de protección exclusiva de bienes jurídicos.....	123
3.2.6. Principio de culpabilidad .....	126

3.2.7. Principio de igualdad .....	129
3.2.8. Principio de necesidad .....	132
3.2.9. Bloque de constitucionalidad.....	135
3.2.10. Prohibición de doble incriminación o non bis in ídem.....	139
3.2.11. Otros límites .....	141
3.3. Recapitulación.....	143
4. Una propuesta de delimitación constitucional al derecho de castigar en Colombia.....	150
4.1. Propuesta de sistematización de los principios limitadores de la competencia legislativa para definir tipos penales.....	154
4.1.1. Bloque de constitucionalidad.....	157
4.1.2. Legalidad en sentido estricto .....	165
4.1.3. Necesidad de la intervención penal .....	171
4.1.4. Culpabilidad de la acción .....	174
4.1.5. Proporcionalidad de la pena .....	177
4.2. Representación gráfica de la propuesta: jerarquías y relaciones entre meta, macro y subprincipios .....	183
4.3. Test de constitucionalidad de los tipos penales: estructura de análisis como herramienta metodológica.....	186
5. Conclusiones.....	190
Referencias bibliográficas.....	193

## Listas especiales

### Tablas

Tabla 1. Límites constitucionales previstos en la Constitución Política de 1991. ....	97
Tabla 2. Principios invocados por la Corte Constitucional. ....	109
Tabla 3. Límites constitucionales en los tratados internacionales sobre DDHH. ....	163
Tabla 4. Aplicación de la propuesta en la fase de criminalización primaria. ....	187

### Gráficas

Gráfica 1. Resuelve. ....	103
Gráfica 2. Normas demandadas. ....	104
Gráfica 3. Sentencias por año. ....	105
Gráfica 4. Resultados de las demandas de inconstitucionalidad contra tipos penales. ....	108
Gráfica 5. Principio de legalidad. ....	115
Gráfica 6. Límites explícitos e implícitos. ....	117
Gráfica 7. Valores, principios y derechos constitucionales. ....	120
Gráfica 8. Principios de razonabilidad y proporcionalidad. ....	123
Gráfica 9. Protección exclusiva de bienes jurídicos. ....	126
Gráfica 10. Principio de culpabilidad. ....	129
Gráfica 11. Principio de igualdad. ....	132
Gráfica 12. Principio de necesidad. ....	135
Gráfica 13. Bloque de constitucionalidad. ....	138
Gráfica 14. Principio de prohibición de doble incriminación en derecho penal sustantivo. ...	141
Gráfica 15. Primera esquematización. ....	147
Gráfica 16. Segunda esquematización. ....	148
Gráfica 17. Tercera esquematización. ....	149
Gráfica 18. Relación de principios. ....	185



## **Resumen**

En el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes la Corte Constitucional de Colombia ha impuesto límites constitucionales al *ius puniendi* del Estado, en cabeza del Congreso de la República. Las razones que legitiman a la Corte Constitucional para limitar el amplio margen que ostenta el órgano legislativo en materia penal sustantiva son la defensa de los derechos fundamentales y la continuidad del sistema democrático. La Corte ha venido construyendo dichos límites en modalidad de principios en sus sentencias de constitucionalidad, los cuales, derivan de la teoría penal de protección exclusiva de bienes jurídicos. Sin embargo, en su jurisprudencia no se identifica un criterio unificado sobre los principios, su contenido y relación, que acotan la potestad de crear tipos penales. Con base, principalmente, en las decisiones de la Corte Constitucional aquí se proponen los siguientes límites: el metaprincipio de bloque de constitucionalidad, el macroprincipio de legalidad en sentido estricto y los principios de necesidad de la intervención penal, culpabilidad de la acción y proporcionalidad de la pena.

## **Palabras claves**

Límites constitucionales, bien jurídico protegido, control de constitucionalidad, legitimidad democrática y tipo penal.

## **Abstract**

In the exercise of the constitutional review of the laws, the Corte Constitucional de Colombia has imposed constitutional limits to the *ius puniendi* of the State, headed by the Congreso de la República. The reasons that legitimize the Corte Constitucional to limit the wide margin held by the legislative body in substantive criminal matters are the defense of fundamental rights and the continuity of the democratic system. The Court has been building these limits in the form of principles in its constitutional judgments, which derive from the criminal theory of exclusive protection of legally interests. However, its jurisprudence does not identify a unified criterion on the principles, their content and relationship, which limit the power to create crimes definitions. Based mainly on the decisions of the Corte Constitucional, the following limits are proposed here: the meta-principle of block constitutionality, the macro-principle of strict legality, and the principles of the need for criminal intervention, culpability of the action and proportionality punishment.

## **Key words**

Constitutional limits, legally interests, constitutional review, democratic legitimacy, and crimes definition.

# **Los límites constitucionales a la potestad de tipificación punitiva del legislador en Colombia**

## **Introducción**

La Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 114, le otorga al Congreso de la República la facultad de crear y reformar las leyes en el país, amparado bajo un principio democrático y de soberanía popular. Los representantes del pueblo, a través del Senado de la República y la Cámara de Representantes, despliegan un debate legislativo para la expedición o supresión de normas jurídicas. Entre los múltiples asuntos de su competencia se halla la expedición de códigos en todos los ámbitos de la legislación, según lo dictamina la Carta Política en el numeral 2 del artículo 150, incluyendo los temas de naturaleza penal. En la actualidad está vigente el Código Penal, expedido por la Ley 599 de 2000 y sus reformas, que incluye 476 artículos, 18 bienes jurídicos y cientos de tipos penales.

No obstante, muchos de estas descripciones fácticas no responden a la realidad colombiana por sancionar penalmente delitos de bagatela, meras inmoralidades, comportamientos que no representan peligro concreto a un bien jurídico, acciones castigadas paralelamente por autoridades administrativas o incluso tipificaciones que contravienen el bloque de constitucionalidad. Actualmente, Colombia padece de una creciente proliferación y endurecimiento de tipos penales, tendencia que obedece, entre otras razones, a la necesidad de transmitir a la ciudadanía una sensación de seguridad y lucha contra el crimen. Así mismo, el legislador aprovecha los elevados índices de criminalidad en Colombia y casos coyunturales aberrantes para la promulgación de

normas penales sin un juicioso y prolijo estudio criminológico, sociológico y/o jurídico de las causas y consecuencias del delito.

Este oportunismo es denominado en el contexto de la política pública como populismo punitivo y poco o nada aporta a mitigar las repercusiones del crimen o provocar un cambio real en las causas sociales del delito. Esta clase de iniciativas legislativas incrementan los índices de popularidad de un congresista, pero son al mismo tiempo inversamente proporcional a la transgresión de principios constitucionales. Esto a su vez pone en riesgo el funcionamiento de la democracia en sí misma al coartar a las personas el disfrute de sus libertades o derechos fundamentales sin motivos de peso desde la óptica político criminal.

Aunque no se refuta el efecto disuasivo de contemplar una pena de prisión para combatir la continuidad de determinado problema social, dicho traslado o huida permanente hacia el derecho penal queda desprovisto de funcionalidad si las cifras de impunidad son elevadas, diluyendo la capacidad de persuasión del castigo y sacrificando el goce de derechos fundamentales por circunstancias que muchas veces no alteran en demasía el orden social. A este itinerario trazado por el legislador, cuya dirección apunta a desconocer la noción de la intervención mínima del derecho penal, le urge un cambio de rumbo que lo encarrile sobre fundamentos constitucionales. De lo contrario, se continuará legislando para conseguir réditos electorales, trayendo consigo disposiciones que endurecen las penas, eliminan garantías procesales, desdibujan principios constitucionales y retroceden el derecho penal cientos de años.

Es menester, entonces, indagar cuáles son los linderos constitucionales y/o convencionales que fijan los alcances de la competencia legislativa para la producción de tipos penales, sus agravantes, calificantes y atenuantes, en la República de Colombia. Esta tarea proporcionará criterios útiles para que, además de la Corte Constitucional, los demás operadores jurídicos y cualquier ciudadano

sepan cuándo se enfrentan a una descripción típica injusta y cómo podrían usar las herramientas procesales pertinentes para contrarrestarlas. Así pues, la necesidad de determinar los límites a la función legislativa del Congreso de la República durante la tipificación de conductas como punibles deriva de la indebida e injustificada expansión de tipos penales en la legislación, la cual, coloca en riesgo las libertades humanas sin obtener resultados político-criminales ostensibles.

Esta finalidad no implica el desconocimiento del principio democrático y el poder popular, ya que sobre dicho axioma descansa la arquitectura de nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, el propósito es dotar de rigurosidad constitucional las iniciativas, debates y aplicación de las leyes que pretendan criminalizar un comportamiento humano, saneando sus inconsistencias, direccionando sus fines e hilvanándolos al sistema constitucional vigente. Esto se acompasa a la tendencia de la implementación de un derecho penal mínimo basada en la protección exclusiva de bienes jurídicos, traducido a la menor restricción de derechos humanos y mayor solidez de las instituciones de control.

En ese sentido, se estimó indispensable hallar y sistematizar aquellos límites o barreras insorteables que han de tener en cuenta los congresistas durante su actividad de tipificación de conductas. Para alcanzar este objetivo se utilizó una metodología de investigación dogmática<sup>1</sup>, para analizar y sistematizar una fuente formal del derecho, concretamente la jurisprudencia constitucional, conectada con una discusión teórica entre la democracia, el constitucionalismo y los bienes jurídicos a través de los siguientes ejes temáticos:

---

1 “Es llamada también investigación formal-jurídica, formalista-jurídica, conceptual-jurídica, teórica-jurídica, o simplemente dogmática. Aquí se estudia a las estructuras del derecho objetivo –o sea la norma jurídica y el ordenamiento normativo jurídico- por lo que se basa, esencialmente, en las fuentes formales del derecho objetivo” Tantaleán, 2016, p. 3).

(i) En el primer capítulo se evaluó la legitimidad de un tribunal o corte de cierre para la fijación de límites a la actividad del legislador en un Estado democrático. Los orígenes del control de constitucionalidad de las leyes, las razones de un sector doctrinal para objetar esta revisión judicial y tildarla como “contramayoritaria” y la necesidad de conservar un guardián de la Constitución en calidad de “legislador negativo” fueron asuntos tratados en este aparte inicial del trabajo con el fin de justificar democráticamente el rol de la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad de las leyes en materia penal sustantiva.

(ii) Ahora bien, ¿cuál es el propósito o teleología de la ley penal cuando se prohíbe un determinado comportamiento? En el segundo capítulo se discurió alrededor del “bien jurídico” como epicentro del derecho penal sustancial y respuesta a este interrogante. El recorrido por la génesis, evolución y definición del concepto de bien jurídico permitirá inferir una noción de origen cultural y de carácter extrasistémico al orden legal, que funge como justificación y límite de la potestad punitiva del Estado. Será a partir de la teoría de un derecho penal enfocada en amparar exclusivamente bienes jurídicos que podrán identificarse límites, principios o criterios delimitadores al amplio margen de configuración legislativa en este campo. Por tal motivo, se aprovechó este espacio para hacer visibles las propuestas de algunos autores respecto a cuáles límites, su contenido y organización, deben frenar las iniciativas legislativas que desborden el objeto de protección de un derecho penal enmarcado en un sistema democrático.

Sin embargo, en este capítulo se dejó en evidencia la insuficiencia de la noción de bien jurídico para imponer límites al órgano legislativo, dado que en una democracia prevalecerán las decisiones de los representantes de la soberanía popular sobre cualquier posición doctrinal. Una consecuencia de esta “insuficiencia” es la hiperinflación de normas punitivas y expansión del derecho penal, fenómenos estudiados en este título. Para sortear este escollo se evalúa en este mismo apartado la

siguiente alternativa: elevar este concepto a categoría constitucional, de tal manera, que constituya parámetro jurídico para el control de constitucionalidad de las leyes.

(iii) Solo con esta fórmula, legitimidad democrática de la revisión judicial de las leyes y constitucionalización del principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, obtenida de las conclusiones de los capítulos precedentes, es posible hablar de límites constitucionales a la potestad de tipificación punitiva del legislador en Colombia. En ese entendido, en el tercer capítulo se emprendió la búsqueda de dichos límites en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, intérprete autorizado de la Constitución Política de 1991 y tribunal de cierre en la jurisdicción constitucional. El producto consistió en un mapa jurisprudencial con el análisis cuantitativo y cualitativo de las manifestaciones de esta alta corte sobre el tema. El tipo de decisiones adoptadas por la Corte Constitucional y las razones que las motivaron demostraron cuál ha sido el papel que ha jugado este organismo en la defensa de los derechos fundamentales y las reglas democráticas cuando ejerce el control de constitucionalidad de normas referidas al derecho penal sustantivo.

(iv) Por último, se presentó a la comunidad académica una propuesta personal de delimitación constitucional al derecho de castigar en Colombia que sirve como herramienta metodológica para el análisis de la constitucionalidad de tipos penales. Para tal fin, se emplearon como insumos las sentencias de la Corte Constitucional estudiadas previamente, los postulados de la Constitución Política de 1991, los principales tratados internacionales sobre derechos humanos y algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para así poder diseñar una estructura de principios mediante la metodología constitucional multinivel. La necesidad de proponer un listado de principios limitadores al *ius puniendi* en Colombia, junto con su sistematización y forma de aplicación, surge precisamente de esta falta de consistencia y organización de los límites desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

## 1. Legitimidad democrática de los límites constitucionales al *ius puniendi*

*“Las Constituciones son cadenas con las que los hombres se atan en sus momentos de cordura para evitar suicidarse en sus días de frenesí”* (John P. Stockton, 1871)<sup>2</sup>.

La labor ejercida por la Corte Constitucional colombiana desde su creación en 1992 ha sido indispensable para mantener el equilibrio de poderes públicos<sup>3</sup>, acercar la noción de justicia al ciudadano común<sup>4</sup> y proteger férreamente los postulados de la Constitución Política de 1991<sup>5</sup>. Dada la fuerza vinculante de sus sentencias de constitucionalidad, de acuerdo con el artículo 243 de la norma superior<sup>6</sup>, se da por sentada su legitimidad

---

2 Fue un Senador por el Estado de New Jersey durante un debate en 1871. La cita proviene del texto *“Don't burn your bridge before you come to it”* escrito por el filósofo noruego Jon Elster (2003, p. 1765).

3 Un ejemplo de este rol fue la declaratoria de inconstitucionalidad del referendo reeleccionista auspiciado por el Presidente de la República de Colombia Álvaro Uribe Vélez en el año 2010. La decisión se adoptó en sentencia C-141 de 2010.

4 La acción de tutela es uno de los mecanismos más céleres para el acceso a la administración de justicia y el amparo de los derechos fundamentales de los habitantes en Colombia. Se contempla en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 y está regulado por el Decreto 2591 de 1991. La Corte Constitucional conoce de esta acción constitucional en sede de revisión y ha proferido un total de 19.561 sentencias de tutela desde 1992 hasta 2021, lo que representa un promedio de 1.78 decisiones “T” por día desde el inicio de sus funciones (Corte Constitucional, 2022).

5 El conocimiento sobre demandas de inconstitucionalidad y revisiones oficiosas de constitucionalidad se delega a la Corte Constitucional en virtud del artículo 241 superior. Entre 1992 y 2021 la corporación ha emitido 6.948 sentencias de constitucionalidad. Esto se traduce a 4 sentencias “C” por semana en los últimos 30 años (Corte Constitucional, 2022).

6 Esta disposición inviste sus providencias de cosa juzgada constitucional y prohíbe la reproducción del contenido de la norma declarada inexecutable. Cuando una sentencia hace tránsito a cosa juzgada su contenido resolutivo es inmodificable y definitivo con efectos *inter partes*; sin embargo, la tutela contra providencias judiciales ha morigerado estas cualidades. Distinto ocurre con la cosa juzgada “constitucional”, cuya decisión no es objeto de ninguna acción jurisdiccional, debido a las calidades de quien la emite y la solemnidad del procedimiento, además de ostentar efectos *erga omnes* (Sentencia C-100 de 2019, fundamento 2.10). El propósito es dotar de “estabilidad y certeza las relaciones jurídicas” y así dejar “espacio libre para que nuevos asuntos pasen a ser ventilados en los estrados judiciales” (Sentencia C-543 de 1992). Ahora bien, la decisión en su integridad no detenta este carácter, solamente de forma explícita su parte resolutiva o resuelve y de manera implícita su *ratio decidendi*, esto es, “la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia” (Sentencia SU-047 de 1999). A pesar de lo anterior, se han planteado ciertas excepciones a esta regla de inmutabilidad: (i) cuando la norma sujeta a examen constitucional ha sido subrogada o alterada; (ii) ante la variación de las disposiciones o preceptos constitucionales usados como baremos para el control de constitucionalidad y; (iii) la existencia de una “constitución viviente” adaptable a las dinámicas cambiantes de la realidad que exige aterrizar el derecho a las necesidades sociales (Sentencia C-089 de 2020, fundamento 31).



institucional cuando ejerce un control constitucional a las leyes emanadas del Congreso de la República; sin embargo, ¿no podría resultar atentatorio contra el sistema democrático delegar esta función a una entidad sin representación popular?

Hay que recordar que el tercer artículo de la Constitución le otorga la soberanía al pueblo, quien la ejerce de forma directa, mediante el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa o la revocatoria del mandato, o indirectamente por medio de sus representantes. Uno de estos órganos representativos es precisamente el Congreso de la República, conformado por el Senado de la República y la Cámara de Representantes, a quien la Constitución Política de 1991 le encomendó en su artículo 114 la tarea de crear las leyes y reformar la misma Constitución. Por otro lado, la Corte Constitucional hace parte de la rama judicial y sus miembros son elegidos por el Senado de la República, a partir de ternas enviadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado<sup>7</sup>. Así las cosas, se evidencia un aparente déficit democrático en la facultad, a cargo de un ente judicial no electo popularmente, de expulsar del ordenamiento jurídico normas dictadas por un órgano representante del pueblo.

Este asunto no es de poca monta para el presente trabajo, por el contrario, representa un escollo a sortear si lo que se busca es determinar cuáles son los límites constitucionales a la potestad de configuración legislativa en la tipificación de conductas. ¿Cómo podemos emprender la búsqueda de tales restricciones en la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando no está dirimida su legitimidad democrática para el ejercicio de esta actividad? Si bien existe una respuesta formal a esta inquietud en la Constitución Política de 1991<sup>8</sup>, no

---

7 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 239 de la Constitución Política de 1991.

8 En el artículo 241 se le confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de su articulado, tarea que es ejercida por medio de las demandas públicas de inconstitucionalidad contra actos reformativos de la Constitución, convocatoria a una Asamblea Constituyente, referendos, consultas populares

resulta suficiente para responder de manera satisfactoria a las objeciones planteadas desde el sector doctrinal del constitucionalismo popular<sup>9</sup>.

Por dicho motivo, el primer capítulo estará destinado a abordar la legitimidad democrática de los límites constitucionales al *ius puniendi*, a través de: (i) la lectura y análisis cuidadoso a la oposición presentada por diversos autores contra las decisiones “contramayoritarias” de los tribunales o cortes de cierre en materia constitucional. Posteriormente, (ii) se brindarán razones que expliquen la impescindibilidad de este quehacer jurisdiccional en los Estados democráticos, fijando ciertos condicionantes a la función de cualquier tribunal o corte constitucional de cierre. La superación de esta disyuntiva (constitucionalismo-democracia) nos arrojará elementos de juicio para sustentar en los siguientes apartes del trabajo la necesidad de dilucidar, esquematizar y aplicar los criterios limitadores a la criminalización de comportamientos por parte del legislador.

### **1.1. La objeción contramayoritaria: origen y alcance**

Las decisiones emitidas en los estrados judiciales contra la voluntad generalizada de una colectividad han sido estimadas por diversos autores como una afrenta al modelo democrático por irrespetar su esencia: el gobierno de la mayoría. Esto ocurre con frecuencia durante el ejercicio del control de constitucionalidad o revisión de las leyes a cargo de la rama judicial, quienes no encarnan *prima facie* los intereses del electorado. Asuntos

---

y plebiscitos, decretos con fuerza de ley, decretos legislativos, leyes y proyectos de ley objetados por el Gobierno. Aunado al carácter de cosa juzgada constitucional que les confiere a sus decisiones del artículo 243 ibidem, podría inferirse que formalmente no habría discusión alguna alrededor de su legitimidad democrática.

<sup>9</sup> “Se trata de un movimiento que puede aglutinarse por insistir en la importancia que la (participación) política tiene para el constitucionalismo. Con tal insistencia buscan colocar en el centro del discurso constitucional la importancia del autogobierno. En un sentido más restringido, estimo, la clave está en su reivindicación de la importancia que deberían jugar las opiniones, juicios, argumentos, etc., del ciudadano común al momento de asignar significado a la Constitución” (Mora Sifuentes, 2021, p. 370).

controversiales por su contenido moral o filosófico, sus repercusiones sociales y económicas o su inherencia a la idiosincrasia o cultura de una nación son, en muchas ocasiones, discutidos y zanjados en espacios cerrados donde la facultad de voz y voto la encabezan unos togados “alejados” del debate público<sup>10</sup>.

La disconformidad suscitada por la supuesta manera no-democrática en que se resuelven estas controversias ha dado origen a la denominada “objeción contramayoritaria”. Esta proposición sale en defensa del valor de la democracia en los Estados constitucionales como único mecanismo autorizado en la resolución de cuestiones de interés general. A su vez, objeta la legitimidad de los tribunales, cortes o salas constitucionales, en su labor de reinterpretar, sustituir o, peor aún, expulsar del ordenamiento jurídica una disposición votada y debatida en el órgano legislativo. Para comprender mejor este tema, se revisará qué se entiende por democracia, sustrato conceptual de esta objeción, y se dará un paseo rápido por las circunstancias históricas en que se concibió la dificultad contramayoritaria.

En términos sencillos la democracia ha sido concebida como “una forma de gobierno dirigida a distribuir el poder político, relativa a quién gobierna, en la que todos los ciudadanos participan en las decisiones colectivas mediante el procedimiento mayoritario” (Ruíz Miguel, 2004, p. 65). En ese entendido, su función es “la de producir decisiones colectivas con el máximo de consenso y con el mínimo de imposición” (Bovero, 2002, p. 28). La defensa de este método de toma de elecciones tiene dos principales cimientos: (i) uno utilitarista, consistente en la satisfacción de los intereses de la mayoría, sin importar de qué se traten los mismos, como derrotero para alcanzar una “felicidad” general del conglomerado social

---

10 Discusiones sociales álgidas, verbigracia, el aborto (C-355-06), la dosis personal (C-221-94), la adopción (C-683-15) y matrimonio homosexual (C-577-11) o la eutanasia (C-239-97), han sido zanjadas al interior de la Corte Constitucional colombiana sin ser puestas a disposición de la ciudadanía para su solución “democrática”.

(Garzón, 2000, p. 9); (ii) otro epistémico<sup>11</sup>, traducido en la idea de acercarse a la “verdad” a partir del consenso, la deliberación y la votación en contraposición a las decisiones de unos pocos (Garzón, 2000, p. 10).

Nino (1989) identifica la utilidad epistemológica de la democracia en el intercambio de ideas a través de un proceso dialógico entre los actores y la fórmula de las mayorías para dirimir la controversia. Tanto la discusión o debate con garantías de participación equitativa y plural de la comunidad, como la votación en condiciones de igualdad sobre determinada proposición planteada, son ingredientes indispensables para considerar a la democracia el itinerario más apto en la búsqueda y selección de soluciones “moralmente correctas”. Este proceso asegura dos presupuestos necesarios en la toma de decisiones: (i) la imparcialidad de los individuos o coaliciones y; (ii) el conocimiento de todos los hechos relevantes e intereses en juego (p. 87).

Esta concepción de la democracia ha sido denominada “deliberativa”, al proveer un ambiente propicio para el ejercicio dialéctico, en el que prevalezca la discusión racional sobre el mero interés personal (Mora Sifuentes, 2021, p. 402). En esa medida, la deliberación, al garantizar el diálogo deferente de los intervinientes, crea un sinfín de posibilidades a los electores; permite el cambio de posturas de los participantes del foro; admite la refutación, sustitución o refinamiento de los planteamientos; y auspicia la construcción colectiva de una propuesta, todo a partir de la argumentación, la escucha y la meditación (Mora Sifuentes, 2021, p. 402). Por consiguiente, la “deliberación democrática es en general el procedimiento

---

11 Tocqueville (1957) argumenta que el “imperio moral de la mayoría se funda en parte sobre la idea de que hay más luz y cordura en muchos hombres reunidos que en uno solo, en el número de legisladores que en su selección. Es la teoría de la igualdad aplicada a la inteligencia. Esta doctrina ataca el orgullo del hombre en su último reducto: por eso la minoría la admite con dificultad y no se habitúa a ella sino a la larga” (p. 255).

democrático más confiable para identificar las decisiones políticas correctas” (Mora Sifuentes, 2021, p. 402).

Entonces, ¿cómo surge la idea de delegar en una corte o tribunal de cierre la tarea de mantener incólume los postulados de la Carta Magna, actuando como un “legislador negativo”<sup>12</sup> y denegando la materialización de las leyes? Esta actividad que ostentan jueces y magistrados en diversos Estados ubica sus orígenes en 1803, en el afamado caso *Marbury vs Madison*, en el cual el juez norteamericano John Marshall ejerció un control constitucional o *judicial review*<sup>13</sup> ante la aparente incompatibilidad entre una norma y la Constitución Nacional de los Estados Unidos de América, otorgando prevalencia a esta última. Según la Suprema Corte de ese país, “si una ley está en oposición a la Constitución y si tanto la ley y la Constitución aplican a un caso particular, la Corte debe determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. Ahora, si estima que la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, la Constitución, y no dicho acto ordinario, deberá regir el caso”<sup>14</sup>.

El fallo fue proferido durante la transición presidencial entre el recién electo Thomas Jefferson y su antecesor John Adams. Este último, el 2 de marzo de 1801, un día antes de la

---

12 La génesis de este apelativo se remonta al 1 de octubre de 1920 cuando la Constitución de la República Federal Austriaca confiere al Tribunal Constitucional la facultad de ejercer un control de constitucionalidad de las leyes, plasmando la propuesta de Hans Kelsen de “autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos producidos por una norma sean abolidos” (Kelsen H., 1934, p. 128), trabajo encomendado a “un tribunal” u “otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución” (ibid., p. 127).

13 En defensa de esta práctica judicial, Alexander Bickel plantea en su libro *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* el argumento de la objeción contramayoritaria del poder judicial o en inglés *counter-majoritarian difficulty*, en el entendido de que su ejercicio no era “*in behalf the prevailing majority, but against it*” (Bickel, 1962, p. 16-17).

14 En palabras textuales: “*So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the Courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply*” (U.S., 1803, at 177-78).

posesión de Jefferson, realizó 42 postulaciones a los cargos de jueces de paz distribuidos en diferentes distritos, entre ellos el nombramiento de William Marbury en el condado de Washington, distrito de Columbia (Garay, 2009, p. 123). No obstante, la designación no alcanzó a ser notificada, por lo que el presidente electo ordenó a su secretario de Estado, James Madison, retrotraer el nombramiento (Garay, 2009, p. 124). Esta negativa condujo a Marbury a interponer un *writ of mandamus* para forzar su encargo en la judicatura, acción legal que llegó a manos de la Suprema Corte de Justicia, quien declaró su inconstitucionalidad al no estar habilitada por la Constitución para emitir autos de *mandamus* contra funcionarios públicos (Garay, 2009, p. 124).

En esta coyuntura se publicaron los artículos de El Federalista<sup>15</sup> y en su edición N° 78 Alexander Hamilton defendió la tesis de la prevalencia constitucional, así como la autoridad institucional de los jueces para imponer la voluntad de los “padres fundadores”. De manera expresa señaló:

“(…) no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras” (Hamilton, 1788, N° 78).

Pero ¿cuál era el contexto de este acalorado debate en Norteamérica a finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX? La decisión del juez Marshall estuvo antecedida por un

---

15 De hecho, El Federalista o *The Federalist Papers* fue una antología o conjunto de escritos redactados por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay durante el período de 1787 a 1788 y publicados con el anónimo de “Publius” (Amaya, 2015, p. 75). Hamilton, quien había fungido como secretario de George Washington durante la revolución, convocó a Jay y Madison para la redacción de ensayos respaldando la constitución federal estadounidense.

contexto de presión social hacia el legislativo por parte de la población más vapuleada económicamente después de la guerra de independencia. En aquel momento esta población exigió la implementación del papel moneda para pagar sus deudas a los acreedores, entre otros alivios a su condición económica en aras de evitar ser despropiados de sus bienes o enviados a prisión por no cumplir sus obligaciones civiles (Gargarella, 2011, p. 37-38). No tardaron en constituir asambleas locales para así elevar sus exigencias mediante petitorios colectivos a sus congresistas y boicotear las sesiones judiciales como protestas a los fallos de estos últimos (Gargarella, 2011, p. 39).

Frente al miedo de revueltas sociales los legisladores acompañaron esta causa autorizando la emisión o circulación forzosa de papel moneda (Gargarella, 2011, p. 41). Esta reacción solidaria provocó pronunciamientos de figuras notables del entorno político de la época contra el “despotismo” legislativo por oprimir a una “minoría”, constituida por mercaderes y acreedores de la alta sociedad estadounidense, ante las demandas de una “mayoría” opresora (Gargarella, 2011, p. 43). En estas condiciones, el grupo minoritario se resguardó en otro poder público para enfrentarse a sus verdugos: se trató de los jueces. Consideraban que su nivel educativo, la ausencia de compromisos electorales y la estabilidad de sus cargos comprendían una fórmula adecuada para usarlos como freno a las asambleas legislativas (Gargarella, 2011, p. 55).

Tal como se observa, en aquella coyuntura hablar de “minorías” no era sinónimo de colectivos desaventajados de la sociedad, que sí identificamos en el panorama nacional actual. En las providencias de la Corte Constitucional, por ejemplo, se usa este término para referirse a facciones de la población en estado de vulnerabilidad por sus condiciones sociales, de género, raciales, económicas, religiosas o de otra índole, que ameritan la intervención institucional, para contener acciones o políticas discriminatorias de cierto sector

mayoritario<sup>16</sup>. Tratándose de derecho penal sustancial, se han establecido parámetros inamovibles para librar de estigmas o prejuicios los tipos penales<sup>17</sup>, cuya finalidad ha de ser la protección exclusiva de bienes jurídicos<sup>18</sup>.

A pesar de este compromiso en defensa de las minorías, sectores políticos y académicos cuestionan la legitimidad del control de constitucionalidad por parte de una autoridad judicial, al carecer sus decisiones de sustrato democrático. Por ende, la vigencia de sus funciones enfrenta la denominada dificultad u objeción contramayoritaria. La idea del autogobierno<sup>19</sup>, como fórmula de organización social basada en la soberanía popular, adjudica un rol prevalente al legislativo como representantes del pueblo. En consecuencia, socavar su albedrío por medio de decisiones dimanadas de servidores o corporaciones públicas no electas en comicios constituye un escenario “antidemocrático”. La discusión de tal facultad adquirió el nombre en la doctrina como “dificultad contramayoritaria”.

---

16 Esta corporación apodó como discriminación positiva “aquel trato diferente que propende por materializar la igualdad real, a través de acciones afirmativas de igualdad que recurren a criterios tradicionalmente utilizados para profundizar o al menos perpetuar la desigualdad, tales como el origen racial, el sexo o las preferencias sexuales (discriminación negativa), pero son utilizados, por el contrario, para romper esa situación de desigualdad o, al menos, para estrechar la brecha de la desigualdad no formalmente jurídica, aunque presente en la sociedad” (Sentencia C-115 de 2017, fundamento b.24). La génesis de este concepto reposa en el mismo artículo 13 constitucional y pregona el uso de medidas transitorias hasta tanto se alcance una igualdad material.

17 En sentencia C-205 de 2003, la Corte Constitucional declaró: “De allí que no se consideren como bienes jurídicos, objeto de tutela penal, las conminaciones arbitrarias, las finalidades puramente ideológicas, las meras inmoralidades, y por supuesto, el ejercicio de una actividad constitucionalmente válida” (fundamento 4.2.1).

18 En la sentencia C-365 de 2012 la Corte Constitucional expresó que “el Derecho penal está instituido exclusivamente para la protección de bienes jurídicos, es decir, para la protección de valores esenciales de la sociedad” (fundamento 3.3.2.), dejando por fuera la penalización de meras inmoralidades, como por ejemplo, la homosexualidad. Lo anterior también resulta incompatible con los principios de razonabilidad y proporcionalidad erigidos por este tribunal para garantizar la prohibición de exceso del legislador en materia penal. Así lo ha determinado la Corte Constitucional en sentencias C-368 de 2014, C-539 de 2016 y C-091 de 2017. Para mayor amplitud sobre estos principios dirigirse al tercer capítulo de este trabajo.

19 Entendido como “el orden social que se establece a través de arreglos voluntarios entre personas y que, por tanto, excluye la institucionalización del uso de la fuerza de carácter ofensivo” (Benegas L., 1993, p. 183).



La controversia planteada por el argumento “contramayoritario” estriba en dos aspectos: (i) por un lado, vedar a la ciudadanía de la posibilidad de solucionar electoralmente dilemas sociales o encauzar su futuro desde la regulación normativa, incluyendo el reconocimiento de derechos fundamentales, a causa de la estaticidad o rigidez constitucional (Ruíz Miguel, 2004, p. 66 – 68) y; (ii) por el otro, el desplazamiento de dicha prerrogativa a un selecto grupo de personas del sistema judicial sin representación popular, esto es, a una élite que trastoca el régimen de las mayorías<sup>20</sup> con asiduas decisiones impopulares (Ruíz Miguel, 2004, p. 68 – 70). Según Barry Friedman (1998), es ineludible la confluencia de cuatro características en el contexto institucional para la aparición de una crítica contramayoritaria:

“1. La impopularidad de una decisión ante un grupo sustancial capaz de alegar que habla por ‘las personas’ o por una mayoría; 2. La determinada concepción democrática imperante (una visión que en mayor medida favorezca la democracia directa); 3. El grado de determinación que se presuma en los preceptos constitucionales, y 4. Que tales decisiones hayan sido tomadas en momentos de verdadera supremacía constitucional” (p. 342).

Por su parte, Ferreres Comella (1997) detecta tres motivaciones que alimentan esta objeción: (i) la rigidez constitucional, traducida en las restricciones o altos estándares impuestos al legislativo para la modificación de la Constitución; (ii) la exigua o nula legitimidad democrática que ostentan los tribunales, cortes o salas constitucionales y; (iii) la

---

<sup>20</sup> La dificultad contramayoritaria defiende la fórmula de la mayoría simple en la toma de decisiones, sin acudir a otros mecanismos como la mayoría calificada o absoluta ni la unanimidad. No obstante, dicha contramayoría puede ser de carácter formal, cuando se contraviene la voluntad del poder constituido; material, al entrar en conflicto con el designio del poder constituyente o; concurrente, cuando no se ciñe a la postura de ambos estamentos (Rivera León, 2011, p. 419-420).

incertidumbre en la interpretación del contenido constitucional, debido a las controvertidas posturas e insorteables componentes subjetivos del togado (p. 42).

Así mismo, Jorge Amaya (2015) refiere como dificultades básicas para el ejercicio del control de constitucionalidad la duración prácticamente vitalicia de ciertos puestos judiciales, el proceso de nombramiento y remoción discrecional de los jueces en muchas legislaciones, la hegemonía de sus decisiones que no admiten un contrapeso de los demás poderes públicos y la incompatibilidad entre el sistema democrático y la función de órgano de cierre en ciertas discusiones de la vida pública (p. 212).

De manera similar, Gargarella (1997) propone tres contrargumentos a la postura Hamilton-Marshall. Uno es de índole histórico, al constatarse el escaso pluralismo en la construcción de la constitución estadounidense, ya que los afroamericanos, las mujeres y los más desfavorecidos económicamente no tuvieron participación directa o indirecta en esta tesitura social. Otro es la ya denominada dificultad intemporal, es decir, si esta convocatoria constituyente originaria debe mantenerse en el tiempo por la solemnidad en que estuvo revestida, nada impediría reunir nuevamente la ciudadanía para celebrar un acto similar. Por el contrario, la rigidez de las constituciones en sus reformas o subrogaciones entorpece este proceso. En últimas, está el contrargumento de la interpretación<sup>21</sup>. Para este autor, los jueces, ora hacen una mera lectura del texto fundamental, ora lo reemplazan con su hermenéutica, y

---

21 Orunesu (2012) clasifica las teorías de la interpretación en tres grados: (i) la indeterminación radical, donde se percibe el texto normativo como una baraja infinita de posibilidades para el intérprete, demandando en todo momento valoraciones subjetivas de aquel; (ii) la indeterminación parcial que conjuga dos supuestos. Uno en el que el contenido de la norma es lo suficientemente diáfano como para deducir su significado mediante su lectura y otro que requiere de la discrecionalidad del intérprete ante la no adecuación de la disposición en un presupuesto de hecho y; (iii) la tesis de la única respuesta, la cual, estima el acto interpretativo como una actividad cognoscitiva o de búsqueda de conocimiento por parte del exégeta. En otras palabras, la norma goza de un único significado, por tanto, las interpretaciones hechas estarán sujetas a la verificación de su verdad o falsedad. Dependiendo de la posición asumida, se tildará a los jueces de activistas por crear derecho con su hermenéutica o se verán como exploradores de una verdad implícita a la espera de ser descubierta (p. 34).

ninguno de los dos casos justifica otorgarle esta labor a una institución no representativa (p. 59 – 60).

En resumen, serían dos las características principales que están en la mira de la crítica u objeción contramayoritaria: por un lado, la rigidez de una constitución, esto es, las altas dificultades o procedimientos estrictos para la modificación de su contenido por el constituyente derivado; por el otro, la supremacía de un organismo judicial, sin representación democrática, para zanjar asuntos de interés constitucional<sup>22</sup>. Estos dos ingredientes impiden a las mayorías parlamentarias o al pueblo directamente trazar su propio destino o solucionar sus diferencias desde la discusión social.

Los señalamientos antes descritos han desatado debates académicos, conllevando al surgimiento de varias posiciones sobre la legitimidad democrática del control judicial de las leyes. Aquí haremos alusión a los dos principales corrientes de pensamiento: (i) el constitucionalismo popular y; (iii) el constitucionalismo democrático. La manera de comprender los conceptos de constitucionalidad y democracia bajo adjetivos dosificables como rigidez, supremacía o legitimidad son las variables para inclinarse por una u otra postura en el espectro doctrinal. En el siguiente subtítulo se referirá al constitucionalismo popular por actuar como contradictor del control de constitucionalidad de las leyes. En otro

---

<sup>22</sup> En su texto “*Legalismo y constitucionalismo*” Francisco Mora Sifuentes (2021, p. 330) hace la distinción entre el legalismo o constitucionalismo fuerte y el constitucionalismo débil. El primero ostenta estas dos cualidades: rigidez y supremacía constitucional. Esta postura difícilmente pueda compaginarse con las exigencias de autogobierno en un sistema democrático, identificando serios resquicios en su fundamentación, como, por ejemplo, el problema intemporal de la rigidez, es decir, el carácter indefinido de un texto acordado por generaciones pretéritas no estaría justificado en sociedades contemporáneas con necesidades e ingredientes culturales disímiles. Mientras que la falta de representación popular de los entes jurisdiccionales los deslegitima para adoptar decisiones unilaterales que afectan los habitantes de un territorio a quienes no se les ha podido confiar autodeterminarse con sus propias convicciones (Mora Sifuentes, 2021, p. 334).

apartado, alusivo a la defensa del control de constitucionalidad, se estudiarán los rasgos del constitucionalismo democrático<sup>23</sup>.

### ***1.1.1. Sobre el constitucionalismo popular***

Para Jeremy Waldron (2005) existe un detrimento contra la capacidad de decisión del electorado cuando se le impide manifestarse sobre una cuestión de importancia nacional (p. 361). Por consiguiente, abandera la prevalencia del legislador o parlamento sobre las cortes, pues en aquel descansa la representación de la ciudadanía (p. 364-365). La figura del “precompromiso”, esto es, una carta de derechos junto con un mecanismo de control constitucional no es bien recibida en un gobierno democrático porque agravia la autonomía del decisor auténtico<sup>24</sup>. Así pues, las deliberaciones en torno a temas de trascendencia deberán desplegarse en las cámaras legislativas, no en estrados judiciales, ya que es en las primeras donde los compromisarios participan en condiciones de igualdad en delegación de los votantes (p. 300-301), muy a pesar de que se aborde la concesión o reconocimiento de derechos, puesto que los mismos también son objeto de discusión social.

La distinción entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado es relevante para la comprensión cabal de la dinámica democrática en los Estados

---

23 Según el cual, “(...) para garantizar la democracia es necesario quitarle constitucionalmente a la mayoría el poder de suprimir o limitar aquellos principios fundamentales que el legislador democrático, el pueblo como constituyente primario, o sus representantes, establecieron en la Constitución, a saber, el sistema representativo igualitario, los derechos fundamentales y el principio de la separación de poderes” (Cortés Rodas, 2012, p. 15).

24 Los límites constitucionales, o apodado por Waldron (2005) como “precompromiso”, son “precauciones que unos tenedores de derechos responsables han tomado contra sus propias imperfecciones” (p. 309). Estos no son bien recibidos en la posición del autor, quien estima que “en la medida en que el pueblo otorga a los jueces un poder de juicio prevalente sobre cómo debe ser entendido algo tan básico como la igual protección, permitiendo entonces que dicho juicio prevalezca sobre el juicio del pueblo o el de sus representantes sobre esta misma cuestión, es innegable que han establecido lo que tradicionalmente se ha descrito como un arreglo no democrático” (p. 316).

constitucionales<sup>25</sup>. Mientras que el poder constituyente originario no se desprende de ningún otro, sino que denota un acto fundante, precedente e histórico de un Estado, al estar conformado por la voluntad inequívoca de un conjunto de habitantes que han decidido gobernarse a sí mismos (Sáchica, 1999, p. 66 y 67); el poder constituyente derivado es un producto jurídico-político del constituyente primario, cuyo funcionamiento depende de un compendio normativo escrito y está compuesto por individuos elegidos popularmente para representar con fidelidad los intereses de los votantes, quienes ostentan la facultad de reformar la constitución (Mejía Restrepo, 2018, p. 77).

En ese orden de ideas, en el constitucionalismo popular la potestad de modificación, adición o eliminación de algún postulado constitucional deberá residir exclusivamente en el pueblo, directa o mediada por unos representantes, sin más ataduras que las decisiones adoptadas en democracia. Por eso, el papel de “legislador negativo”, interpretado por los tribunales o altas cortes a través de figuras como el control de constitucionalidad o la excepción de inconstitucionalidad, se tornaría en inadmisibles por usurpar esta prerrogativa en cabeza del único soberano.

Ahora bien, el valor de la democracia no reside exclusivamente como mecanismo de toma de decisiones. Su peso instrumental es trascendido por un “valor moral”, al reconocer la capacidad de los individuos para resolver sus propios asuntos (Jiménez Ramírez, 2021, p. 18). Por eso, la actividad judicial en temas de índole constitucional debería ser leve, tenue y ceder ante la superioridad moral de los votantes, quienes tendrían la última palabra para

---

<sup>25</sup> La diferencia principal estriba en que “el poder constituyente todo lo puede (...) No se encuentra de antemano sometido a ninguna Constitución (...) Por ello, para ejercer su función, ha de verse libre de toda forma y todo control, salvo los que a él mismo le pluguiera adoptar”. Esta exclamación es atribuida a Emmanuel Sieyès durante el Comité Constitucional de la Asamblea Nacional Francesa celebrado el 20 de julio de 1789. Véase (Pizzolo, 2007, p. 382) (Hernández Valle, 1993, p. 143).

desatar cuestiones complejas del entramado social. Piénsese en Colombia el siguiente escenario: una demanda de inconstitucionalidad contra el tipo penal de aborto, artículo 122 del Código Penal, puede ser conocida por la Corte Constitucional, pero la resolución de excluir, interpretar o conservar esta conducta como delictiva quedaría a manos del Congreso de la República en su plenaria. ¿Es concordante este modelo con un sistema constitucional? Para Waldron sí, siempre y cuando fuese uno de corte estrictamente democrático, donde los postulados de la Carta Magna estuviesen a merced de sus destinatarios: el pueblo mismo. De esta manera, desaparece la molesta actitud de desconfianza hacia los ciudadanos, a quienes los considera libres, autónomos y responsables (Waldron, 2005, p. 264).

Otro autor, Larry Kramer (2004), asume una posición más radical al propender por la abolición del poder judicial o una reducción considerable de sus atribuciones. Esto en aras de dar paso a la hegemonía del autogobierno, donde los coasociados definan su propio itinerario a partir de convocatorias plurales e igualitarias a sufragios o cabildos abiertos. Se pretende, entonces, desterrar la “aristocracia” (p. 1008) anidada en la jurisdicción que ha soslayado la prístina labor del pueblo: decidir en la arena política su porvenir. Una asamblea constituyente es considerada un hito en la historia política de un Estado, dada la atmósfera de agitación social atrapada en un breve lapso con el propósito de concitar al pueblo a precisar cuál será el rumbo y las condiciones en que se ejercerá su gobierno. Esta tesitura no está exenta de volverse a recrear, por tanto, Kramer alude a lo imperioso de permitirle a la ciudadanía congregarse cada vez que la voz popular lo requiera: “Muchos, quizás la mayoría, de los académicos creen hoy que la ‘soberanía popular’ sólo puede expresarse en momentos raros, creen que con la excepción de esos momentos ‘el pueblo’ está ausente o presente sólo como abstracción” (Kramer, 2011, p. 20).

En contraste, comisionar a los jueces o magistrados la interpretación de preceptos constitucionales y la convalidación de las leyes con este texto superior convierte a la judicatura en un sucedáneo elitista de la soberanía popular. De acuerdo con el constitucionalismo popular, esta especie de “aristocracia” judicial no es compatible con una noción de democracia deliberativa, al impedir a las personas su derecho a decidir, previo debate en plazas o espacios públicos, acerca de su devenir como soberanos. Mientras que los despachos de los jueces solventan problemas jurídicos en sus oficinas herméticas sin consultar la voluntad del pueblo, los ciudadanos harían lo propio en lugares abiertos y con la participación de la diversidad cultural que caracteriza a una población (Amaya, 2015, p. 224).

Una postura más mesurada de este constitucionalismo popular es la sostenida por John Hart Ely (1997), quien insiste en la naturaleza antidemocrática del control judicial de las leyes, no obstante, sí reconoce su utilidad para defender las reglas del proceso democrático. En todo caso, la crítica continúa siendo la misma: la carencia de representatividad popular de la judicatura es un obstáculo insalvable que los deslegitima para revisar el producto normativo del constituyente derivado, excepto cuando su intervención se haga con el objetivo de mantener incólumes los derechos políticos y demás procedimientos que hacen posible la manifestación democrática de los ciudadanos<sup>26</sup>. De esta manera, estarían autorizados para

---

26 Ely llama a esta función como “*representation-reinforcing*” en contraposición al enfoque “*fundamental-values*”, haciendo alusión al papel formalista de los jueces en el *judicial review*, sin que pueda imponer sus propios valores fundamentales en las providencias. En términos de Ely: “*that unlike an approach geared to the judicial imposition of ‘fundamental values’, the representation-reinforcing orientation*” (...) “*is not inconsistent with, but on the contrary is entirely supportive of, the American system of representative democracy. It recognizes the unacceptability of the claim that appointed and like tenured judges are better reflectors of conventional values than elected representatives, devoting itself instead to policing the mechanisms by which the system seeks to ensure that our elected representative will actually represent*” (...) “*The approach to constitutional adjudication recommended here is akin to what might be called an ‘antitrust’ as opposed to a ‘regulatory orientation to economic affairs’ - rather than dictate substantive results it intervenes only when the ‘market’, in our case the political market, is systematically malfunctioning (A referee analogy is also not far off: the referee is to intervene only when one team is gaining unfair advantage, not because the ‘wrong’ team has scored)*” (Ely, 1980, p. 102 y 103).

ejercer un control formal en el procedimiento de producción legislativa, más no material de las leyes ni mucho menos de los actos reformativos de la constitución.

Con el ánimo de armonizar ambos conceptos, constitucionalismo y democracia, se han formulado varios modelos para la revisión de las leyes. Una tesis concordante con el constitucionalismo popular es la del constitucionalismo “débil”, cualidad adjudicada a un control constitucional practicado por los tribunales o cortes a modo de recomendaciones al legislativo en la corrección de normas inconstitucionales, quien tendría la última palabra en la determinación de vigencia o validez de la disposición cuestionada (Jiménez Ramírez, 2021, p. 166). Esto se conseguiría a través de la técnica del reenvío normativo de un poder público a otro, una modalidad de diálogo institucional donde prevalece la supremacía del constituyente derivado, como entidad que aglomera la voluntad de los diversos sectores de la población<sup>27</sup>. Así, se mantendría la facultad de los togados en su histórica tarea de salvaguardar los postulados constitucionales y al mismo tiempo se respetaría la regla de la mayoría en la decisión final, ya sea para adicionar, excluir, reemplazar o interpretar los valores de la constitución, tomada por el órgano representante del soberano.

Otra solución planteada para resolver la objeción contramayoritaria es la de despojar al poder judicial de la función de revisión de las leyes, dado que este poder no detenta el sustrato democrático necesario para llevarla a cabo. En ese sentido, los jueces quedan relegados a

---

<sup>27</sup> En esta categoría de constitucionalismo débil caben los sistemas de Gran Bretaña, Nueva Zelanda y Canadá. En Gran Bretaña los jueces inspeccionan la incompatibilidad (*incompatibility*) de las leyes con el derecho británico y sus observaciones son transmitidas a un ministro para el inicio de un procedimiento legislativo abreviado en aras de corregir la novedad (Amaya, 2015, p. 215). En Canadá se halla la cláusula de *notwithstanding* “que permite, pese a la declaración judicial de inconstitucionalidad, que el legislador pueda legislar en su contra hasta por cinco (5) años, lo que reduce los efectos antidemocráticos y genera una transición social hasta la desaparición de la norma” (Jiménez Ramírez, 2021, p. 168-169). En Nueva Zelanda los jueces utilizan la declaratoria de incompatibilidad, aunque “se preserva el principio de la soberanía del parlamento y el modelo de la constitución flexible, pero ahora se impone a los tribunales el deber de interpretar todas las normas de manera consistente con la Carta de Derechos” (Orunesu, 2012, p. 46).



zanjar problemas jurídicos con efectos entre las partes en conflicto, a partir de la aplicación e interpretación de las leyes expedidas para dicho escenario fáctico. Entretanto, el control constitucional lo ejercería el mismo legislativo, única corporación que abarca la voz y garantiza el voto de la mayor parte de los habitantes de un territorio soberano (Gargarella, 2011, p. 118). Aunque se procure proteger los preceptos de la norma superior, la finalidad de esta propuesta es reevaluar la constitución como un documento de contenido pétreo, inamovible u obsoleto, en comparación con los tiempos que corren. En cambio, ha de adaptarse a las nuevas tendencias de una sociedad en permanente evolución, siendo menester de los legisladores modificar las normas constitucionales incompatibles con los intereses mayoritarios de los electores.

Una tercera proposición, más acentuada en la soberanía popular, defiende que cualquier asunto constitucional de envergadura nacional o con repercusiones en una gran porción de los habitantes sea siempre definida por el constituyente originario (Mora Sifuentes, 2021, p. 378). Aquí se exaltarían los mecanismos de participación masiva de la ciudadanía, tales como el plebiscito, el referendo o el cabildo abierto. Lo trascendental es escuchar al mayor número de personas posibles, ya sea por medio de su voto o sus argumentos en discusiones públicas. La figura del referéndum actuaría como la más adecuada en las iniciativas de reforma constitucional, al tener la capacidad de convocar a los votantes en comicios que definan, con la regla de la mayoría, cuáles son las decisiones del colectivo. Esta es la concepción de un auténtico constitucionalismo “popular”.

La objeción contramayoritaria aparenta ser un argumento sólido que pone en duda la legitimidad democrática de la revisión judicial de las leyes. Su crítica principal es que se sustrae el derecho a los connacionales de definir asuntos constitucionales de interés general mediante las reglas de las mayorías. Esta premisa erige un obstáculo a la Corte Constitucional

para fijarle límites al legislador en su actividad de tipificación punitiva, pues ¿quién más que el mismo pueblo, representado en el Congreso de la República, para diseñar la política criminal que sancione a quienes afectan sus intereses individuales y colectivos? La rigidez de la Constitución Política de 1991 para la reforma expedita de sus disposiciones y la supremacía de un órgano judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad serían entonces características incompatibles con dicho propósito.

Por consiguiente, en el próximo apartado nos avocaremos a la identificación de los resquicios de esta tesis, despejando el camino para secundar el *judicial review* como la alternativa más plausible en la tarea de amparar los derechos fundamentales o “coto vedado” y hacer respetar el procedimiento democrático en cada una de sus instancias. Estos elementos, como se explicará en líneas venideras, son indispensables para la coexistencia entre democracia y Constitución, sin que ninguna se sobreponga sobre la otra o se tergiversen los contenidos de ambos conceptos en el afán de armonizar sus valores.

## **1.2. En defensa del control de constitucionalidad**

La democracia en la manera como la entienden los detractores del control de constitucionalidad es en exceso formal e incurre en la confusión con el “mayoritarismo”. Éste último aboga por un sistema “tirano” dominado exclusivamente por unas mayorías, indistintamente del asunto que se esté tratando o las repercusiones sobre los derechos de las minorías, quienes también conforman el colectivo (Mora Sifuentes, 2021, p. 352). Concebir un modelo democrático a partir de esta premisa frívola provoca una tendencia de uniformidad, imposición y discriminación. Este absolutismo mayoritario, liderado por el parlamento, dificultaría la coexistencia de subculturas, razas e incluso religiones en

sociedades con escaso respeto a la diferencia<sup>28</sup>. Será crucial replantear esta noción de democracia, entendiéndola no solo como un modo de tomar decisiones por el principio de la mayoría, sino con un trasfondo social: garantizar la participación política bajo los principios de igualdad y pluralidad de los ciudadanos.

En cuanto a las razones utilitaristas y epistemológicas que encumbran a la democracia como un régimen ideal, hay que hacer un par de precisiones. La reunión de un conjunto de personas en un escenario participativo y la toma de una elección bajo la fórmula mayoritaria, en nada asegura la selección de la opción más acertada, ni siquiera lo hace mucho más favorable. Por el contrario, estas plazas o foros conjugan las condiciones propicias para actitudes pasionales de los individuos, haciéndolos propensos a la manipulación en el marco de la psicología de masas<sup>29</sup> y, por tanto, puede usurpar la objetividad o pensamiento concienzudo. Asimismo, el excesivo partidismo en los movimientos políticos tiende a anular la utilidad de la deliberación, la cual queda relegada a una mera simulación sucedida de votaciones guiadas por intereses exclusivamente individuales o partidistas.

Por ende, el valor de la democracia se reduce a su efecto utilitarista: alcanzar el mayor bien de la mayor parte de la población. Esta arista se topa con un escenario paradójico. La

---

28 Alexis de Tocqueville (1957), quien expuso una crítica al gobierno democrático instituido en Estados Unidos de América, advirtió en 1835: “Si alguna vez la libertad se pierde en Norteamérica, será necesario achacarlo a la omnipotencia de la mayoría que habrá llevado a las minorías a la desesperación, forzándolas a hacer un llamamiento a la fuerza material. Se precipitará entonces la anarquía, pero llegará como consecuencia del despotismo” (p. 264).

29 Gustave Le Bon (1895) define las masas como “una aglomeración de personas” con “características nuevas, muy diferentes a las de los individuos que la componen. Los sentimientos y las ideas de todas las personas aglomeradas adquieren la misma dirección y su personalidad consciente se desvanece. Se forma una mente colectiva, sin duda transitoria, pero que presenta características muy claramente definidas. La aglomeración, de este modo, se ha convertido en lo que, a falta de una expresión mejor, llamaré una masa organizada. Forma un único ser y queda sujeta a la ley de la unidad mental de las masas” (p. 24) En el escenario política, Le Bon identifica las “características generales que se pueden encontrar en las asambleas parlamentarias son: simplicidad intelectual, irritabilidad, sugestionabilidad, la exageración de los sentimientos y la influencia preponderante de unos pocos líderes” (p. 173).

satisfacción sin reparos de los deseos de las mayorías puede conllevar a la anulación de las reglas democráticas, incluso siguiendo sus propias instrucciones, cuando aquellas decidan arrebatar derechos fundamentales a otros grupos minoritarios, entre ellos, la prerrogativa de hacer parte activa en las decisiones políticas (Bovero, 2002, p. 35). ¿Qué ocurre cuando las normas que rigen un juego son trastocadas o invalidadas por sus participantes? La respuesta es sencilla: deja de ser lo que era. Esta conclusión evidencia la necesidad de contar con una herramienta capaz de eludir tales consecuencias.

La siguiente cuestión por solventar es determinar quién debería llevar a cabo esta función de revisión. En las propuestas de constitucionalismo débil se procura entregarle esta tarea al constituyente derivado, en tanto representan la voluntad popular y están legitimados para interpretar los postulados constitucionales de acuerdo con los intereses de los electores. Sin embargo, como se adujo anteriormente, en las ágoras de cada parlamento afloran las pasiones, el subjetivismo y la demagogia<sup>30</sup>. Por consiguiente, dejar a su arbitrio asuntos que involucren la existencia misma del Estado democrático es un peligro que no se debería correr. Son los jueces y magistrados, ajenos generalmente a los vaivenes políticos<sup>31</sup>, quienes

---

30 La demagogia, como discurso insidioso y falaz, ha sido acogida en los sistemas democráticos como un ingrediente infaltable en la retórica política cuando se dirige a “masas” incapaces de discernir racionalmente el discurso (Pazé, 2016, p. 11). Para Max Weber (2002) las masas se hallan permanentemente expuestas a “la influencia momentánea puramente emocional e irracional” (p. 1117), por tanto, en todo proceso de democratización la demagogia será un instrumento válido para el “aprovechamiento de la emotividad de las masas” (p. 1087) al fomentar el ejercicio de los derechos políticos.

31 Respecto a esta aseveración hay que hacer algunas de precisiones. Para asegurar un “balance de poderes”, la Constitución Política de 1991 en su artículo 239 ha previsto que los magistrados de la Corte Constitucional sean elegidos por el Senado de la República de terna enviada por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Empero, esto no significa que tengan una afiliación política. De hecho, los jueces y magistrados, por mandato de los artículos 4 y 230 de la Carta Política, están obligados en sus decisiones a apearse a la Constitución y la ley. Esto asegura, en términos normativos, la independencia que debe caracterizar a todos los integrantes de la rama judicial, según el artículo 228 de la Constitución Nacional. Por otra parte, en este proceso de selección se halla un grado de legitimidad democrática de forma indirecta. La Corte Constitucional en sentencia C-025 de 1993 explicó que cada “institución y acto del Estado para subsistir y pretender eficacia debe poder descansar en el principio democrático”. Con relación a la legitimación democrática de la administración judicial, la corporación habla de “un procedimiento electoral de segundo grado” para los magistrados de la Corte Constitucional, donde participan otras ramas del poder público. Si bien

detentan la preparación, el tiempo y los espacios adecuados para dirimir controversias constitucionales<sup>32</sup>.

Un intento por evadir la dificultad contramayoritaria ha sido la de dotar a los organismos y procesos jurisdiccionales de mecanismos electorales o escenarios de intervención ciudadana. Gargarella (2011) propone como “soluciones intermedias” la selección de jueces y magistrados mediante elecciones nacionales y regionales, la inserción de jurados en los juicios constitucionales o la creación de asociaciones civiles como voceros de grupos minoritarios ante la judicatura (p. 125-131). Si bien se percibe una intención válida para contrarrestar la objeción, ninguno de estas opciones se considera factible, por cuanto distorsionan la misma práctica judicial en su afán de convencer a los opositores del *judicial review*. Las elecciones democráticas de los togados abrirían las puertas para que sectores ideológicos promocionaran determinado candidato afín a sus programas e idearios, trayendo consigo la politización de la rama judicial y, a su vez, la negación de independencia. Sería el endosamiento de este poder público a los intereses de partidos o movimientos políticos. Mientras tanto, la inclusión de jurados o de asociaciones civiles en diferentes etapas del

---

admite que su legitimidad democrática “en el aspecto de su conformación no [es] tan intensa cómo la presente en otras ramas”, la misma “sólo adquiere una medida cabal cuando su actuación se endereza, con independencia e imparcialidad, a la configuración de un orden justo (CP arts. 2 y 228). La libre función interpretativa de los hechos y de las normas, quehacer habitual del Juez, alcanza tanta legitimidad cuanto justicia dimane de sus fallos, para lo cual deberá cuidar que las reglas sean adecuadas al caso o realidad de que se trate” (fundamento 3).

32 Dworkin (1989) admite que las decisiones de los jueces son falibles, no obstante, no estima viable delegar esta labor a alguien más. Según sus palabras, “no hay razón para atribuir a ningún otro grupo determinado una mejor capacidad para la argumentación moral; o si la hay, entonces lo que hay que cambiar es el proceso de selección de los jueces, no las técnicas para juzgar que se le piden que usen”. Por tanto, dichos reparos sirven como un “oportuno recordatorio para cualquier juez, de que bien puede equivocarse en sus juicios políticos y de que, por ende, ha de decidir con humildad los casos difíciles” (p. 208).

procedimiento afectaría la tarea de los jueces con decisiones poco técnicas o presiones ciudadanas sin carácter jurídico<sup>33</sup>.

En la actualidad, la función de control constitucional de las leyes se ejerce habitualmente bajo tres modalidades: (i) concentrada, cuando el encargo está únicamente en cabeza de un organismo público; (ii) difuso, en el evento de distribuir dicha obligación a diferentes autoridades judiciales de diversa categoría y; (iii) mixto o híbrido, al destinar esta tarea a órganos de inferior jerarquía, cuyas decisiones podrán ser revisadas por una o más corporaciones como instancias de cierre jurisdiccional<sup>34</sup>. En Colombia, así como en otros países latinoamericanos<sup>35</sup>, se ha adoptado esta última versión en la Constitución Política de 1991, diseñando una jurisdicción encabezada por la Corte Constitucional y residualmente el Consejo de Estado en materias de su competencia.

---

33 Diferente ocurre con la convocatoria de audiencias públicas para oír las posiciones y argumentos jurídicos de la ciudadanía sobre un determinado tema, sin que las mismas constituyan criterio vinculante para el órgano jurisdiccional. En Colombia, por mandamiento de los artículos 12 y 13 del Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional, a petición de cualquier magistrado y teniendo en cuenta los antecedentes del acto objeto de juzgamiento constitucional y la importancia y complejidad de los temas, está autorizada para convocar una audiencia pública a: (i) quien dictó la norma o participó en su elaboración y el demandante de la norma, para profundizar en los argumentos expuestos por escrito o aclarar hechos relevantes y; (ii) a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso, para que presenten su concepto sobre puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo. En el Reglamento de la Corte Constitucional, unificado y actualizado por el Acuerdo 05 del 22 de julio de 2015, se regula las audiencias públicas en dos etapas: (i) una intervención oral por una sola vez de las personas citadas (artículo 68) y; (ii) otra por escrito dentro de los tres días siguientes a la terminación de la audiencia (artículo 72).

34 Este modelo “atribuye a más de un órgano el conocimiento de procesos de control de constitucionalidad, incluso siendo uno de ellos Corte o Tribunal Constitucional, deformando así el modelo concentrado”. Aunque algunas veces se hace distinción con el modelo mixto, dado que en este “el control se inicia por cualquier juez, pero finaliza con la decisión de la Corte o Tribunal Constitucional” (Velandia C., 2013, p. 133).

35 Así, por ejemplo, la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988 (artículo 102); la Constitución Política de Costa Rica de 1949 (artículo 10); la Constitución Política de la República de Ecuador de 2008 (artículo 276); la Constitución Política de la República de El Salvador de 1983 (artículo 174); la Constitución Política de la República de Honduras de 1982 (artículo 184); la Constitución Política de la República de Nicaragua de 1987 (artículo 164); la Constitución Política de la República de Panamá de 1972 (artículo 206); la Constitución Política del Perú de 1993 (artículo 202) y; la Constitución Política de la República Dominicana de 2010 (artículo 185).

El objetivo de este procedimiento es asegurar la supremacía de la Constitución sobre los actos legislativos o administrativos procedente de los demás organismos públicos<sup>36</sup> y se encuentra respaldado por la expresión democrática de una Asamblea Nacional Constituyente que dio vida a la norma primaria del ordenamiento jurídico. En lo concerniente al asunto de la interpretación, que puede significar un escollo en esta función, la misma se ejecuta bajo estándares de objetividad, imparcialidad y autonomía, acudiendo al silogismo jurídico o test de proporcionalidad ante antinomias o casos complejos, con el firme propósito de develar el deseo del constituyente primario, mediante técnicas teleológicas, exegéticas, históricas y sistemáticas de la hermenéutica<sup>37</sup>.

Ante los señalamientos contra el juez constitucional de ser un “legislador encubierto”, Ronald Dworkin (1989) hace una distinción entre argumentos de principios y argumentos políticos. Los primeros discurren alrededor de la defensa de un derecho individual, atribuible a una persona o grupo en un caso determinado. Por su parte, los otros justifican la puesta en marcha de una finalidad u objetivo político como meta colectiva (p. 150-152). La confusión entre ambas cargas argumentativas es lo que distorsiona la verdadera importancia del togado en la resolución de temas constitucionales y aunque en la práctica pueda ser complicado distinguirlo, Dworkin (1989) precisa que un derecho político no es más que una “finalidad

---

36 Según Dworkin (2012) los “Estados Unidos constituyen una sociedad más justa de lo que habría sido si se hubieran dejado los derechos constitucionales a la consciencia de las instituciones mayoritarias. De cualquier manera, Marshall decidió que las cortes en general y la Corte Suprema en el último análisis tienen el poder de decidir por todo el gobierno qué significa la Constitución y declarar inválidos los actos de otros departamentos del gobierno si excedieran los poderes otorgados por la Constitución, correctamente entendida” (p. 252).

37 Esta respuesta emerge después de asumir la tesis de la indeterminación parcial del texto constitucional, en la cual, la actividad del intérprete es dual: tanto cognoscitiva como facultativa. Lo anterior, por cuanto “en principio es posible determinar el significado de las formulaciones normativas, pero siempre pueden surgir dudas de aplicación a los casos particulares en virtud de problemas como la textura abierta de las expresiones usadas o posibles conflictos en cuanto a sus alcances. Frente a estos casos los jueces tendrían discrecionalidad” (Orunesu, 2012).

política individualizada” (p. 159). Así, por ejemplo, un argumento en contra de la penalización del aborto en cualquier circunstancia sería de principio al amparar garantías fundamentales de madres gestantes; mientras que un argumento en favor de la legalización del cannabis y sus derivados para uso medicinal o recreativo constituye una finalidad política.

El razonamiento de los jueces y magistrados en sus sentencias se desarrolla en torno a argumentos de principios, con lo cual esquivada la objeción antidemocrática, pues la custodia de un derecho no puede estar sujeta a los intereses de la mayoría política. En ese sentido, el “Juez Hércules”, personaje metafórico y recurrente de Dworkin (1989), se ve encomendado a buscar aquellas preposiciones que describan derechos políticos, latentes en el texto constitucional, para construir un esquema de principios aplicable en escenarios concretos. Esta teoría servirá para imponer restricciones al legislador y señalar deberes genéricos para asegurar el bienestar público (p. 180). El otro señalamiento hacia Hércules por parte de los detractores del *judicial review* es el empleo de convicciones subjetivas en los temas de moralidad política que se resuelven en instancias constitucionales. A lo que Dworkin responde que Hércules:

“no busca primero los límites del derecho para después completar con sus propias convicciones políticas lo que éste requiere. Se vale de su propio juicio para determinar qué derechos tienen las partes que se presentan ante él, y una vez hecho ese juicio, no queda nada que pueda ser sometido a convicciones, sean las suyas o las del público (...) cuando Hércules fija derechos, ya ha tenido en cuenta las tradiciones morales de la comunidad, por lo menos tal y como se hallan expresadas en todo el cuerpo de material institucional que él, por su oficio, debe interpretar” (Dworkin, 1989, p. 202).

Esta moralidad institucional, en contraste con la moralidad de la comunidad, deviene del articulado de la Constitución y es dable colegir de allí estipulaciones destinadas a proteger a



las personas de las decisiones mayoritarias en su contra, muy a pesar de que éstas últimas gocen de un interés general. Tales estipulaciones a veces pueden parecer vagas, etéreas o imprecisas, por lo que los encargados de interpretarlas están en la obligación de elaborar principios con el ánimo de juzgar los actos de los demás poderes públicos (Dworkin, 1989, p. 217). Para el autor, esta práctica, nombrada como “activismo judicial”, es necesaria en todo sistema constitucional, para reafirmar la tesis de que los hombres y mujeres “tienen derechos morales en contra del Estado” (p. 230).

La labor hercúlea de interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales es la misma ejercida por la Corte Constitucional en Colombia a través del control de constitucionalidad de las leyes y la tutela efectiva de derechos fundamentales. Ahora, esta actividad ha de poseer un designio claro, de lo contrario, el desborde de sus facultades repercutiría negativamente en la autonomía de las otras ramas del poder público. En ese orden de ideas, la justificación de la existencia de un tribunal de cierre en materia constitucional se somete a su aporte en la continuidad y fortalecimiento de la democracia como forma de gobierno, de tal manera, que no quede hesitación alguna respecto a su legitimidad democrática. Estas razones se resumen en dos: (i) la deferencia hacia el “coto vedado”, es decir, el núcleo esencial de los derechos humanos y; (ii) la preservación de las reglas propias del sistema democrático.

### ***1.2.1. Deferencia hacia el “coto vedado”***

Finalizada la segunda guerra mundial gran parte del mundo se sumó a una reflexión alrededor de los derrotados a seguir por la comunidad de naciones para evitar otro escenario de barbarie como lo sucedido en Alemania durante el Tercer Reich<sup>38</sup> e insertar un grado de

---

38 Solo por nombrar algunas cifras, respecto a la política de eugenesia del régimen, en agosto de 1942 “después de que se había asesinado a más de 70.000 personas, se le puso fin al programa oficialmente, pero hubo

humanidad en el desarrollo de las hostilidades. De este trabajo mancomunado se consolidaron dos ramas del derecho internacional público: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)<sup>39</sup> y el Derecho Internacional Humanitario (DIH)<sup>40</sup>. La creación de una serie de listados de principios o normas inviolables atribuibles al ser humano es un logro histórico-coyuntural invaluable, obtenido después de padecer la confrontación bélica que ha cobrado más vidas humanas en la historia. El desconocimiento de estos baluartes jurídicos<sup>41</sup>

---

aproximadamente otras 100.000 víctimas adicionales de las acciones de eutanasia “no oficiales” después de esa fecha” (Müller, 2011, p. 191). Con relación a las penas de muerte impartidas las cifras ascienden entre 40.000 y 50.000 “sin contar las sentencias de los tribunales especiales militares y de la policía” (Müller, 2011, p. 268).

39 El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) es el compendio de instrumentos o tratados internacionales suscritos por los Estados que pretenden salvaguardar los derechos inherentes a la dignidad humana a nivel global y regional, a través de la imposición de obligaciones de respetar y/o promover su garantía, halladas en normas de *ius cogens*, *hard law* o *soft law* (Feler, 2015, p. 284). Está conformado por un sistema de protección universal presidido por la Organización de las Naciones Unidas, y otro regional en América, Europa y África. Algunos instrumentos internacionales en el ámbito universal son: la Carta Internacional de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 o la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En los sistemas de protección regionales se hallan: la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981.

40 El Derecho Internacional Humanitario (DIH) es el conjunto de normas consuetudinarias y convencionales aplicadas por los Estados en conflictos armados internacionales o no internacionales para regular las estrategias y métodos de guerra en aras de humanizar los actos bélicos y proteger a personas y bienes que no hagan parte de las hostilidades (Melzer, 2019, p. 17). Se circunscribe a dos principios: limitación del empleo de la fuerza por quienes participan en la confrontación y la distinción entre combatientes y no combatientes (Contreras Ortiz, 2006, p. 181). Pese a la suscripción del primer Convenio de Ginebra en 1864, un año después de la creación de la Cruz Roja Internacional, considerarlo el “punto de partida de todo ese proceso de construcción del derecho internacional humanitario como se conoce hoy sería un error” (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2005). La normatividad del DIH en la actualidad está dividida en cuatro convenios de 1949 y dos protocolos adicionales de 1977: Primer Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Segundo Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, el Cuarto Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, el Protocolo I para la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y el Protocolo II para la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales.

41 A pesar de que el DIH y el DIDH son ambas un conjunto de normas supranacionales, parten del derecho internacional público, originadas del derecho consuetudinario y de carácter *ius cogens* o vinculantes a los Estados, se diferencian en la amplitud de su campo aplicación (Salmón, 2012 p. 70-75). Mientras el DIH se utiliza en la conducción o regulación de los conflictos bélicos, el DIDH perdura en el marco de la guerra y en estados de normalidad, nunca se suspenden o limitan por ser inherentes al ser humano. En ese orden de ideas, el objeto de protección de sendos sistemas varía según su contexto, ya que el DIH procura salvaguardar a los no combatientes y evitar la desproporción de los actos de guerra, entretanto, el DIDH ampara en cualquier tiempo o lugar a los seres humanos con el propósito de garantizar su existencia y vida digna. Otra conclusión

se traduciría en un retroceso inaceptable en la armonía de las relaciones intersubjetivas al desvanecer la delgada línea entre animales irracionales y el hombre civilizado.

Así, en defensa del predominio de las constituciones nacionales, Dworkin (2005) asevera que el principal encargo de un tribunal constitucional es la protección irrestricta de los derechos básicos o fundamentales frente a la tiranía de las mayorías (p. 160-166). En efecto, las sociedades actuales encarnan el pluralismo ideológico y el multiculturalismo con frecuencia asediado por la uniformidad que en muchos casos anhela implantar la facción más representativa, despojando a las minorías de garantías o libertades históricamente obtenidas a lo largo de los años. Es precisamente la constitución de un Estado un catálogo no taxativo de prerrogativas y un estandarte por la dignidad humana, cuyos principios no son negociables ni siquiera ante la discrepancia de una abrumadora mayoría en el electorado.

Si bien es cierto el principio democrático autoriza preliminarmente a los Estados para definir cuáles serán dichas garantías fundamentales en su texto constitucional, este criterio formal no puede desconocer el carácter indivisible, universal e interdependiente de los derechos humanos (Arango, 2017, p. 183). Se propugna, entonces, por una transversalidad de la noción de derechos fundamentales, ya sea de primera, segunda o tercera generación, en las legislaciones internas como piezas insustituibles del engranaje jurídico. Así está contenido en el numeral I.5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, donde se arguye que las particularidades culturales, históricas, políticas, económicas y religiosas no

---

es la admisión del uso de la fuerza, antes denominado *ius ad bellum*, en el DIH, empero el rechazo de esta en el DIDH por considerarlo ilícito. En resumen, el “derecho humanitario en manera alguna legitima la guerra. Lo que busca es garantizar que las partes en contienda adopten las medidas para proteger a la persona humana. Las normas humanitarias, lejos de legitimar la guerra, aparecen como una proyección de la búsqueda de la paz, que es en el constitucionalismo colombiano un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento” (Corte Constitucional, C-225 de 1995, fundamento 21).

son un óbice al deber de los Estados de tutelar las libertades humanas básicas como refuerzo de la democracia.

Este conjunto de derechos, principios o prerrogativas ha sido acuñado por Ernesto Garzón Valdés como “coto vedado”, haciendo referencia a una barrera moralmente infranqueable en las relaciones humanas. En ese sentido, ni siquiera en un sistema democrático será viable tomar decisiones mayoritarias tergiversando, despojando u omitiendo alguno de estos preceptos. Permitir lo contrario, constituiría el primer paso hacia el desmoronamiento del mismo modelo democrático, al verse en riesgo los derechos políticos de elegir y ser elegido.

En palabras de Garzón (2000):

“Sólo fuera de este ‘coto vedado’ cabe el disenso, la negociación y la tolerancia. Quien pretenda abrir la puerta del ‘coto vedado’ y transformar derechos fundamentales en objeto de disenso y negociación elimina la posibilidad de que la democracia pueda satisfacer la pauta de corrección moral que de ella se espera. El disidente no puede pues abrir todas las puertas” (p. 20).

La misma naturaleza de los bienes jurídico-básicos incluidos en este “coto vedado” trae aparejado como consecuencia: (i) su indisponibilidad en las discusiones parlamentarias; (ii) su vigencia indefinida en el tiempo, al considerarse inalienables del ser humano y; (iii) su tendencia expansiva de conformidad con la evolución de las sociedades. Junto a esta última cláusula de carácter *iusnaturalista*<sup>42</sup> se posiciona el principio *pro homine*<sup>43</sup> como una fórmula

---

42 De acuerdo con Massini-Correas (2010) una posición *iusnaturalista* se fundamenta en dos presupuestos: (i) que “las fuentes sociales (positivas) de las normas jurídicas pueden ser valoradas racionalmente en cuanto a la validez de sus contenidos; en otras palabras, esta tesis mantiene que al lado de (y en un cierto sentido, sobre) las fuentes sociales del derecho normativo, existe una fuente racional de contenidos normativo-jurídico” (p. 407) y; (ii) que “existe una relación constitutiva entre el derecho y la ética” (p. 408). Ambas tesis, la razón como fuente de derecho y el vínculo inescindible entre derecho y ética, sostienen la posibilidad de inferir y expandir el conjunto de derechos inherentes al ser humano (coto vedado) sin importar si está o no positivizado.

43 “Este latinajo que traduce ‘a favor del hombre’ y representa una cláusula de interpretación de normas de diferente rango, fuente o naturaleza. Este principio, recordado por la Corte IDH en la opinión consultiva OC-

interpretativa, en la cual, siempre será preferible la apreciación que más favorezca u optimice los derechos humanos.

### ***1.2.2. Respeto por las reglas democráticas***

Es innegable que toda práctica democrática exige el reconocimiento de unas libertades mínimas a las personas que hagan realidad la idea del autogobierno y permitan llevar a cabo actividades como la deliberación, la discusión, el consenso, el disenso y la toma de decisiones. Tales concesiones, a modo de mención, serían: (i) el sufragio universal y secreto en comicios electorales u otros mecanismos de participación; (ii) la posibilidad de acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad; (iii) la licencia para participar sin obstáculos en los debates sobre asuntos públicos; (iv) la prerrogativa de conformar agrupaciones políticas y; (v) la facultad de someter al escrutinio del legislativo proyectos de ley o reformas constitucionales<sup>44</sup>.

La puesta en práctica de estas facultades demanda de reglas e instituciones reguladoras del ejercicio del poder político, así como de órganos de vigilancia o control para prevenir y castigar su desobediencia. Ahora, si el proceso democrático es quien fija las reglas mínimas

---

05/85, es entendido como un criterio hermenéutico ‘en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria’” (Opinión consultiva OC-5/85 solicitada por el gobierno de Costa Rica, 1985) (Álvarez Barajas & Quiroz Omaña, 2017, p. 126). La Corte IDH en opinión consultiva OC-20 de 2009 también definió esta cláusula hermenéutica de la siguiente guisa: “Cabe agregar que el principio ‘pro homine’ presenta la particularidad de que hay que optar entre la aplicación de la interpretación (o de la norma) que sea más beneficiosa para la persona humana” (Opinión consultiva OC-20/09 solicitada por la República de Argentina, 2009).

44 Es apenas una enunciación de los derechos políticos establecidos en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el artículo 40 de la Constitución Política de 1991. Además, existen otros derechos que por su intrínseca relación comparten su contenido en la esfera colectiva de la participación política, por ejemplo, la libertad de expresión, la manifestación pública y pacífica o la libertad de asociación (Corte Constitucional, C-009 de 2018, fundamento 39).

para su funcionamiento, delegarle a quienes lo representan la labor de supervisar su acatamiento resultaría inapropiado al estar facultados para modificarlo a su antojo. Se requiere, entonces, de un árbitro, un tercero ajeno a la fórmula de las mayorías para monitorear la incolumidad de los procedimientos democráticos. Así, en palabras de Nino (1997), el juez constitucional detenta el “poder de cualquier ciudadano que debe aplicar una norma jurídica para justificar una acción o decisión” y “no tiene otra alternativa que determinar si el proceso colectivo que conduce a esa ley ha satisfecho de legitimidad democrática” (p. 274). Se trata de reivindicar el valor epistémico de la democracia defendiendo las condiciones que la hacen posible.

Para Miguel Ángel Bovero (2002), hemos de distinguir entre condiciones y precondiciones de la democracia como parámetros teóricos. Los primeros estarían compuestos por factores internos de su funcionamiento, traducido en el respeto de los derechos políticos bajo los postulados de igualdad y pluralismo. En cambio, las precondiciones son aspectos externos sin los cuales no sería plausible constituir un gobierno democrático y se refieren a la protección de los demás derechos fundamentales, por ejemplo, la libertad personal, de opinión, de cultos o de asociación. También estima esencial garantizar a la población el acceso a la educación y condiciones mínimas de subsistencia como prerequisites democráticos (p. 37).

Según Norberto Bobbio (1986), para que una decisión tomada por un grupo de individuos “pueda ser aceptada como una decisión colectiva, es necesario que sea tomada con base en reglas (...) que establecen quiénes son los individuos autorizados a tomar las decisiones obligatorias para todos los miembros del grupo, y con qué procedimientos” (p. 14). Agrega un tercer aspecto:

“que aquellos que están llamados a decidir o a elegir a quienes deberán decidir, se planteen alternativas reales y estén en condiciones de seleccionar entre una u otra. Con el objeto de que se realice esta condición es necesario que a quienes deciden les sean garantizados los llamados derechos de libertad de opinión, de expresión de la propia opinión, de reunión, de asociación, etc.” (p. 15).

En esa medida las “normas constitucionales que atribuyen estos derechos no son propiamente reglas del juego: son reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego” (p. 15). La negación o transgresión de tales reglas base de un modelo democrático conduciría a la distorsión de su teleología. Luego, la posibilidad de que las mayorías decidan desconocerlos es una amenaza permanente que ha de ser mitigada con instrumentos jurídicos. De lo contrario, la degeneración de este sistema de gobierno hacia una olocracia<sup>45</sup> sería inminente. Aquí vuelve a entrar al ruedo la opción más factible para contener este desalentador panorama: la promulgación de una constitución y el control judicial con base en sus principios y/o preceptos.

### ***1.2.3. ¿Hacia un constitucionalismo transformador?***

La fuerza vinculante de las decisiones en sede de control de constitucionalidad cambia las realidades de individuos o colectivos enteros, al resolver situaciones jurídicas complejas y compeler a las autoridades públicas y/o privadas a su estricto cumplimiento. Esta aptitud “transformadora” ha forjado en América Latina una nueva vertiente del constitucionalismo, enfocada en hacer posible el auténtico goce de los derechos y libertades de un Estado social

---

45 Se clasifica como una deformación de la democracia porque en la “práctica, a través de una poderosa acción demagógica y/o por ignorancia popular quien llega al poder beneficia, mediante su toma de decisiones, a ciertos sectores sociales para instrumentalizarlos y perpetuarse en el poder, lo cual conlleva al detrimento de los demás sectores políticos de la sociedad democrática y del interés general” (Arrieta, 2019, p. 123).

de derecho, mediante el imperio de la cosa juzgada constitucional. Así, las sórdidas condiciones socioeconómicas en América Latina han motivado a los tribunales o cortes constitucionales a incidir de manera más significativa en las relaciones sociales con el propósito de materializar a ultranza las prerrogativas contenidas en las constituciones.

El diálogo sostenido entre la Corte IDH y los tribunales de cierre en materia constitucional de los países latinos han resultado en un fuerte “activismo judicial”, cuya compilación ha sido el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL)<sup>46</sup>. Este derecho común constitucional pretende “contribuir a la construcción de sociedades que sean más plurales y al mismo tiempo más cohesionadas” (Max Planck Institute, 2018, p. 4). Tales aspectos jurídicos compartidos por los Estados en la región son básicamente dos: (i) apertura generalizada hacia la adopción de un “estrato común” de derecho público internacional, concentrado en la CADH, llamado en algunas jurisdicciones como bloque de constitucionalidad y; (ii) la introducción al discurso jurídico de los estudios de derecho comparado, tanto en Europa como en América, en la tutela de libertades humanas y colocarlo a disposición del fortalecimiento democrático (Bogdandy, 2015, p. 10-13).

Para alcanzar el cometido del constitucionalismo transformador no bastaría amparar los derechos civiles y políticos, sino abarcar todo el espectro de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales para entrar en la discusión con las demás instituciones acerca de la solución de los problemas sociales que agobian a las poblaciones más vulnerables. Este “diálogo” debe avanzar hacia una alianza institucional que propenda por

---

46 Este concepto nace del estudio de varios investigadores del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público quienes desde el 2004 han iniciado un proyecto, cuyo objetivo es examinar “la promoción y observancia de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho, el desarrollo de la estatalidad abierta y la conformación de instituciones internacionales eficaces y legítimas” (Max Planck Institut, 2021).



hacer realidad los postulados constitucionales. De tal forma que los jueces sean “considerados como unos representantes argumentativos de las personas o grupos excluidos que acuden a los tribunales para obtener la protección de sus derechos” (Roa, 2021).

Este constitucionalismo “fuerte” colisiona aún más con el proceso democrático, al tolerar una intervención desmesurada de la judicatura en asuntos propios de la agenda política sin tener el nivel de representatividad popular suficiente para sobrepasar las facultades de otros poderes públicos. Quienes lo justifican, defienden que su empleo en la arquitectura estatal reside en “crear las condiciones sociales y políticas necesarias para hacer efectiva la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos” (Bogdandy, 2015, p. 9).

Aunque las providenciales judiciales contribuyan a la reducción de la desigualdad, la inclusión social o el fortalecimiento de la democracia, este rol transformador del juez constitucional se reputa inadmisibles en el derecho penal sustantivo, en tanto, se entregaría a un grupo demasiado reducido del conglomerado el diseño de la política criminal del Estado. En efecto, este exceso de “activismo judicial” conduciría a un escenario de alto riesgo: la selección de bienes jurídicos, los fines de las penas y la libertad humana quedaría a merced de unos pocos. El llamado al juez constitucional es velar por un respeto irrestricto de los derechos fundamentales durante el ejercicio del *ius puniendi*, no asumir o reemplazar las obligaciones de otros poderes públicos, aunque su intención sea subsanar algún déficit socio-jurídico.

Un ejemplo cercano a este panorama es la declaratoria de estado de cosas inconstitucionales. Esta figura de origen jurisprudencial, utilizada por la Corte Constitucional colombiana desde la sentencia T-025 de 2004, tiene como propósito salvaguardar los derechos fundamentales de una población desfavorecida, ante su violación masiva y sistemática. Esta institución le permite proponer soluciones de fondo a problemáticas

macrosociales e instar a las autoridades para que implementen medidas específicas, tendientes a superar o morigerar estas dificultades (Quintero Lyons, Navarro Monterroza, & Irina Meza, 2011, p. 71-72).

En el plano punitivo, la Corte Constitucional asumió un papel transformador con la declaratoria de cosas inconstitucionales en la población carcelaria del país. En tres ocasiones, años 1998, 2013 y 2015, ha estimado una transgresión permanente y en ascenso de las personas privadas de la libertad. Primero por una falla estructural que desembocó en el hacinamiento carcelario y después por la tendencia inflacionaria del legislador, al emplear cada vez más el *ius puniendi*, en su afán de brindar una sensación de seguridad ciudadana y no dejar impunes conductas reprochables.

Para paliar estas falencias del sistema se impartieron órdenes a diferentes entidades, erigiendo una auténtica política pública de carácter conminatorio. En la sentencia T-153 de 1998, por ejemplo, se ordenó al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación elaborar un plan de construcción y remodelación carcelaria con el ánimo de garantizar a los reclusos condiciones de vida digna, asegurando las partidas presupuestarias requeridas. Mientras que en la sentencia T-388 de 2013 se exhortó al gobierno revisar integralmente su política criminal para acudir al derecho penal como *última ratio*, ceñido a parámetros de proporcionalidad, razonabilidad, coherencia y sostenibilidad fiscal. Finalmente, en la sentencia T-762 de 2015 le ordenó al Congreso de la República, al Gobierno Nacional y la Fiscalía General de la Nación aplicar un estándar mínimo de una política criminal respetuosa de los derechos humanos<sup>47</sup>.

---

47 Desde el fundamento 50 hasta el 66 de la sentencia T-762 de 2015 la Corte Constitucional expuso cómo estaba compuesto dicho estándar mínimo: (i) uso del derecho penal como *última ratio* y una política criminal

Es notoria la invasión funcional de la Corte Constitucional en las ocupaciones propias del legislativo y el ejecutivo, al disponer cómo deben manejar la problemática al interior de las penitenciarías y hacia qué dirección axiológica debe apuntar la potestad punitiva del Estado. Se reitera: pese a una injerencia en favor de los derechos fundamentales de poblaciones susceptibles<sup>48</sup>, la misma no es compatible con la división de poderes consagrada en la Constitución Política de 1991, al exceder su rol de guardián y pasar a ser una especie de “junta directiva” o “consejo de administración” estatal. Con estas atribuciones la Corte Constitucional no solo valora la adecuación de una ley a la norma superior o protege derechos fundamentales, sino también fija la dirección de las políticas públicas, convirtiéndose en un legislador positivo<sup>49</sup>. Esta situación se puede hallar además en las sentencias con

---

con carácter preventivo; (ii) respeto por el principio de libertad personal, de forma estricta y reforzada; (iii) tener como meta la resocialización de los condenados; (iv) la imposición excepcional de medidas de aseguramiento; (v) una política criminal coherente, estable y consistente; (vi) fundamentación empírica de la política criminal; (vii) sostenibilidad de la política criminal con medición de costos económicos y de derechos y; (viii) una función protectora de derechos humanos al interior de las penitenciarías.

48 El disenso no se enfoca en el amparo de derechos fundamentales auspiciado por la Corte Constitucional en la declaratoria de estado de cosas inconstitucionales, puesto esa es una de las funciones defendidas a ultranza en este apartado. La inconveniencia reside, más bien, en el constitucionalismo “fuerte” que recrea la corporación cuando, al tutelar derechos fundamentales, le ordena al Congreso de la República de qué manera legislar en materia penal sustantiva. Una cosa es fijar límites al legislativo por medio de un conjunto de principios o catálogo axiológico construido en abstracto; no para un caso concreto como ocurre en las sentencias de tutela. Otra cosa, muy distinta, es dirigir la agenda del legislativo y el ejecutivo con órdenes que invaden la esfera de otro poder público. De hecho, en el tercer capítulo se analizó el papel de la Corte Constitucional cuando estudia, en el marco de las sentencias “C”, la exequibilidad de una disposición penal y su posición es más cercana a un constitucionalismo “débil”, contrario a lo que ocurre con estas tres sentencias “T” que declaran el estado de cosas inconstitucionales en el ámbito carcelario. Aunque el análisis del papel de la Corte Constitucional en sus pronunciamientos no se debería hacer de manera genérica, sino dependiendo de los asuntos y los problemas que aborden en cada providencia, la reducida muestra de sentencias examinadas en el presente trabajo reflejan una tendencia de la clase de constitucionalismo que subyace en sus decisiones.

49 Para López Daza, la Corte Constitucional asume este rol cuando “cambia el sentido de la ley, le agrega contenidos no previstos ni aprobados por el legislador y, en ocasiones, le imparte ordenes al Congreso para que legisle de determinada manera” (p. 183). Suárez Parra (2016) va más allá y la acusa de constituyente positivo cuando le otorga “la categoría de fundamental a derechos que positivamente no lo son, o interpretando las leyes en el sentido constitucional a favor del reconocimiento de derechos fundamentales, invadiendo así la esfera de competencia del legislador” (p. 172).

declaratorias de “omisiones legislativas”<sup>50</sup>, en las cuales manda al Congreso de la República suplir los vacíos indicados.

### **1.3. Recapitulación**

Desestimar la revisión judicial de las leyes por el simple argumento de un déficit democrático en la composición de juzgados, tribunales o cortes, es una posición frágil que desconoce la importancia de conservar ilesas las bases de una democracia, es decir, los procedimientos y garantías que la hacen posible. Pues bien, la legitimidad del control de constitucionalidad descansa en una tarea dual: (i) la salvaguarda férrea de los derechos o libertades fundamentales como “coto vedado” o indisponible de las mayorías y; (ii) la verificación del cumplimiento de las formas y reglas democráticas instituidas para el ejercicio del poder político.

La razón para entregar esta función a la judicatura reside en su misma naturaleza ajena al proceso democrático<sup>51</sup>, por no estar atada a la manifestación de las mayorías parlamentarias,

---

50 La Corte Constitucional, al resolver su primera demanda de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, explicó en sentencia C-543 de 1996 los tipos de omisiones en que puede incurrir el legislador: (i) “cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución”; (ii) “cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros”; (iii) “cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto” y; (iv) cuando (...) “al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella” (fundamento 2). Al toparse con estos vacíos legislativos, la Corte Constitucional exhorta al Congreso de la República “para que expida la ley que desarrolle un determinado canon constitucional. Recomendación que obviamente no constituye una imposición sino una admonición para que se cumpla la directiva constitucional” (fundamento 4).

51 La explicación del sistema de selección de los togados de las altas cortes puede llevar a suponer una contradicción en el argumento. Si bien una de las justificaciones de delegar el control de constitucionalidad de las leyes a la judicatura reside en que sus integrantes estén alejados de la agenda política, ¿por qué al mismo tiempo se resalta el carácter democrático, en segundo grado, durante la elección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana? Tal como se aclaró en otra nota al pie, la misma Corte Constitucional ha diferenciado dos grados de intensidad democrática en la formación de ciertas instituciones del Estado (sentencia C-025 de 1993). Uno directo, con mayor legitimidad en términos democráticos, por ser presididas de elecciones con participación de la ciudadanía. Otro indirecto, de menor intensidad, en la que los servidores públicos son elegidos bajo reglas democráticas, pero sin la intervención directa de la ciudadanía (fundamento 3). Esta circunstancia trae aparejado dos conclusiones: (i) primero, no es cierto, como lo asevera un sector de la objeción

los intereses de partidos políticos o los vaivenes de los comicios. El sustento de sus decisiones es el contenido del articulado constitucional como parámetro de validez normativo y evocación de la voluntad del constituyente originario. De esta manera, la objeción contramayoritaria, resumida en la crítica contra la rigidez constitucional y la supremacía judicial, no representa una tesis irrefutable. Por el contrario, se sorteja tal dificultad al argüir la necesidad de tener un ente no-político como garante de los cimientos de la democracia, esto es, el gobierno de las mayorías.

Ahora bien, el rol de la Corte Constitucional aquí defendido es el de “legislador negativo”, secundando igualmente su potestad de interpretar las cláusulas constitucionales a la luz de los principios, valores y derechos allí contemplados. En contraposición a las dos facetas del constitucionalismo popular<sup>52</sup>, acá se inclina más bien por un constitucionalismo democrático. Tanto la rigidez y supremacía de una Constitución, como la garantía jurisdiccional de revisión de las leyes por cuenta de un tribunal o corte, son las cualidades principales de una

---

contramayoritaria, que los magistrados carezcan totalmente de sustrato democrático. En virtud de la democracia representativa, el Congreso de la República representa la voluntad del constituyente primario cuando vota por X o Y magistrado de la Corte Constitucional (artículo 133); (ii) segundo, tampoco es cierto que este hecho, *prima facie*, comprometa la imparcialidad, autonomía e independencia de los magistrados. Distinto a lo que ocurre con los cargos de elección popular, *verbi gratia*, Presidente (artículo 191), Senador (artículo 172), Representante a la Cámara (artículo 177), Gobernador (artículo 303) o Alcalde (artículo 314), los miembros de la Corte Constitucional deben ostentar un grado de instrucción académica (ser abogado según el numeral 2 del artículo 232), varios años de experiencia (15 años en la rama judicial, litigio o cátedra universitaria según el numeral 4 del artículo 232), no proceder de las instituciones de donde ser ternados (no pueden haber sido Ministros de despacho o magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado según el artículo 240) ni recibir cargos gubernamentales en el ejercicio de sus funciones o un año siguiente a su retiro (artículo 245). Estos requisitos actúan como garantías de la competencia y ecuanimidad que deben detentar los magistrados de la Corte Constitucional.

52 Por un lado, lo sostenido por Jeremy Waldron o Jiménez Ramírez, quienes reconocen el quehacer del togado en la supervisión de las leyes, sin embargo, sus pronunciamientos están sometidos al consenso de las mayorías. Por el otro, el planteamiento de Larry Kramer o Roberto Gargarella en el que se despoja del control de las leyes a los jueces y magistrados, quienes atenderán otros asuntos que conciernen a particulares, más no a situaciones de importancia social. Otros autores no abordados en esta investigación, como John Locke (en *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, 1991), Jean Jacques Rousseau (en *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, 1979), Emmanuel-Joseph Sieyès (en *¿Qué es el tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, 1989) y Thomas Paine (en *Los derechos del Hombre* de 1999), se ubican en esta corriente del constitucionalismo popular, al negar la limitación de la voluntad soberana por una norma fundamental.

propuesta de constitucionalismo democrático (Ferrajoli, 2011, p. 205-206) y, al mismo tiempo, el blanco de la censura del constitucionalismo popular.

En Colombia contamos con ambos presupuestos, contemplados en los artículos 4 y 241 de la Constitución Política de 1991, y se estiman compatibles con el modelo democrático asumido por el Estado en el primer artículo de la norma superior. En contraste, los fallos “transformadores” tendientes a subsanar vacíos legislativos o solucionar problemas estructurales de la sociedad no son bien recibidos al colisionar con la independencia y autonomía de los demás poderes públicos, máxime cuando se trate de la política criminal, donde se discute las estrategias para la prevención, investigación y punición del fenómeno delictivo.

En Colombia el procedimiento de revisión judicial de las leyes goza de ciertas prácticas de connotación democrática que complementa el papel de “legislador negativo”. La acción pública de inconstitucionalidad<sup>53</sup>, consagrada en el artículo 40 de la Constitución Nacional y reglamentada por el Decreto 2067 de 1991, habilita que: (i) cualquier ciudadano interponga esta acción en defensa de la Constitución; (ii) la Procuraduría General de la Nación rinda concepto sobre la exequibilidad de la disposición demandada; (iii) el Presidente de la República pueda objetar por inconstitucional un proyecto de ley y; (iv) se realicen audiencias públicas donde participan, no sólo quien dicta la norma (Congreso de la República) o quien la demandó, sino también la sociedad civil, la academia y la ciudadanía en general con el

---

53 De acuerdo con Ernesto Rey Cantor (2010, p. 102) el Estado colombiano fue el primero en conceder este control judicial constitucional a los ciudadanos por medio del artículo 41 del Acto Legislativo N° 3 del 31 de octubre de 1910: “A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación”.

propósito de aportar elementos de juicio en la resolución del problema jurídico. Aunado a la forma cómo se escogen los magistrados de la alta corte<sup>54</sup>, el mecanismo y el órgano de control constitucional de las leyes presentan propiedades participativas, pluralistas e incluyentes con injerencia del ejecutivo, el legislativo y el pueblo de modo directo, acercando aún más el constitucionalismo con la democracia.

Las conclusiones alcanzadas en este capítulo permiten justificar la legitimidad democrática de la Corte Constitucional en la fijación de límites o criterios delimitadores, extraídos de la Constitución Política de 1991 y su bloque de constitucionalidad, a la vasta potestad de configuración legislativa en materia penal sustantiva. Esta facultad deberá ejercerse, entonces, con la única finalidad de amparar principios, derechos y demás valores constitucionales indispensables para el correcto funcionamiento de un Estado democrático, plural y enmarcado en el respeto por la dignidad humana.

Antes de entrar a estudiar la jurisprudencia de la Corte Constitucional alusiva a mencionado tema, se examinará en el siguiente capítulo a qué se hace referencia con principios limitadores, la esencia, estructura y clasificación de los mismos de acuerdo con la doctrina. Igualmente, se abordarán dos conceptos claves para entender la imprescindibilidad de limitantes a la actividad de crear tipos penales: los bienes jurídicos y el populismo punitivo.

---

54 Se recuerda, son elegidos por el Senado de la República a partir de ternas enviadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, de conformidad con el artículo 239 constitucional.

## 2. Principios limitadores del *ius puniendi* desde la protección de bienes jurídicos

*“Precisamente, por ello la historia del Derecho penal es la historia de los intereses que la humanidad eleva a bienes jurídicos y el Derecho penal de un determinado período, el balance de su ‘deber’ y ‘haber’ sociales”* (Franz Von Liszt, 1994).

La necesidad de salvaguardar los derechos de las personas de ataques indiscriminados o selectivos que impiden la realización plena del colectivo o la individualidad de sus miembros ha provocado el diseño de un sistema represor que disuada a quienes incurren en comportamientos díscolos o imprudentes, conservando la armonía o el orden social. No obstante, ¿qué es exactamente lo que se procura proteger?<sup>55</sup> El intento por develar esta incógnita ha dado lugar a la evolución de un concepto influyente en el campo del derecho penal, aunque todavía persistan inquietudes en su delimitación. Se hace referencia, por supuesto, al bien jurídico, noción relevante en la creación, organización y comprensión de los tipos penales y principio limitador de la facultad de castigar del Estado.

Según Hassemer (citado por Hormazabal, 1992), la construcción de una teoría material sobre el bien jurídico que pretenda fundamentar el ejercicio del *ius puniendi* debe responder

---

55 Polaino Navarrete (2006) identifica varias funciones del derecho penal en un Estado social y democrático: (i) la protección de bienes jurídicos, es decir, la prevención y castigo por atentar contra “bienes y valores imprescindibles para la vida social” (p. 87-88); (ii) la protección de la vigencia de la norma, esto es, garantizar la indemnidad de la identidad normativa de la sociedad (p. 88-90); (iii) una función de control social para la corrección de conductas desviadas que incumplen las prescripciones legales (p. 91); (iv) una función ético-social al estar avocado, únicamente, en defender un “mínimo ético” imperante en la sociedad, no necesariamente catalogado como “bien jurídico” (p. 92); (v) una función promocional o, en otros términos, promocionar mediante el derecho penal una actitud de respeto irrestricto a un *status quo* y, a su vez, fomentar el cambio social cuando lo demanden las necesidades del colectivo (p. 93) y; (vi) una función simbólica que aspira tener un efecto psicológico en los ciudadanos (suscitar sentimientos, sensaciones, emociones o actitudes) mediante la lucha con la criminalidad con el ánimo de convencerlos sobre la aplicación de la norma y la protección de bienes jurídicos (p. 94). Para el autor, tan solo la primera función, la protección y prevención de ataques de los bienes jurídicos, legitima por sí misma el poder punitivo del Estado, sin embargo, como función secundaria y consecuencia de su antecesora está la reafirmación de la vigencia de la norma, pues “son dos actividades que juegan en un plano diferente: la primera legitima el sistema punitivo, la segunda configura la estructura del sistema jurídico” (p. 96-97).



a dos incógnitas: ¿cómo se justifica que una acción sea considerada delito? y ¿por qué se penalizan ciertas acciones lesivas y no otras? (p. 140) En este capítulo se pretende ofrecer las respuestas a sendos interrogantes con el abordaje de los siguientes aspectos: (i) la evolución, definición y aristas del concepto de bien jurídico; (ii) los límites al derecho a castigar del Estado derivados de la postura de protección exclusiva de bienes jurídicos y; (iii) las fuentes de hiperinflación legislativa en materia penal, como el nuevo reto que afronta la teoría del bien jurídico.

Si en el primer apartado se alcanzaron unas conclusiones iniciales con relación a la legitimidad del control de constitucionalidad de las leyes en un modelo democrático, este núcleo temático se ocupará de la relevancia en la fijación de límites al legislador en el asunto que nos atañe: su potestad punitiva. Será, precisamente, desde la función crítica de la teoría del bien jurídico, como objeto de protección del derecho penal<sup>56</sup>, donde se visualizarán las

---

56 Si bien es cierto que la teoría del bien jurídico ocupa una posición hegemónica en la doctrina, tratándose de la teleología del derecho penal, Günther Jakobs (2001) sostiene otra tesis: su propósito es asegurar, no la incolumidad de los bienes jurídicos, más bien la vigencia actual de la norma mediante sus mecanismos de retribución (p. 26). En la compleja urdimbre social imperante en las civilizaciones de boga cada ciudadano está en la obligación de asumir un rol o función que corresponda a las expectativas de sus homólogos (p. 38). De lo contrario, la confianza en las relaciones intersubjetivas se desvanecería por la inseguridad entre sus miembros ante la “falta de fidelidad al ordenamiento jurídico” (p. 39). En esa medida, es menester castigar a quien violente una disposición legal con el incumplimiento de su papel en el colectivo o, en otras palabras, garantizar el vigor de las normas, ya sea de orden prescriptivo o prohibitivo. En este campo entran en juego los institutos propuestos por este autor en la imputación objetiva como parámetros para determinar la transgresión del rol social de la persona, tales como, el riesgo permitido, la prohibición de regreso, las acciones a propio riesgo o el principio de confianza (p. 29). No obstante, si el propósito es hallar límites a las facultades conferidas al legislador para criminalizar comportamientos humanos, la postura de Jakobs no es de mucha utilidad. Cuando partimos que el objeto de la legislación penal es la manutención de la vigencia del plexo normativo, se aboga por una justificación interna del sistema. La ofensa de una disposición legal sería entonces “condición suficiente para legitimar esa intervención [punitiva] y por ello como un factor de expansión y maximización del Derecho penal” (Ferrajoli, 2012, p. 107). Bajo este entendido cualquier criterio externo o por fuera del conglomerado de normas diseñado por el legislador, como una noción extrasistémica de “bien jurídico”, quedaría excluido de facto al obstaculizar la materialización de la expectativa ciudadana frente a la fuerza coactiva de la normatividad. Zúñiga Rodríguez (2001) ha catalogado este argumento del funcionalismo radical como la “falacia normativista” donde se pretende “fundamentar el ‘deber ser’ en el ser, es decir, cae en un voluntarismo científico sosteniendo que aquello que la intervención penal debe ser, es aquello que sucede en la realidad del ser” (p. 120). El resultado de una concepción del derecho penal de esta cohorte es un “subsistema hermético cuya validez no puede ser cuestionada, no permitiendo al ciudadano discutir la legitimidad de las instituciones que se le obligan a compartir” (Henao Cardona, 2004, p. 510). Lo que se debe buscar más bien es la construcción

restricciones en el proceso de criminalización; esto servirá de preludio a la tercera sección de este trabajo referente a los límites constitucionales del *ius puniendi*.

## **2.1. Desarrollo del concepto de bien jurídico**

En 1834 Johan Michael Franz Birnbaum propuso el término “bien jurídico” en forma de antítesis a la teoría de Paul Johann Anselm von Feuerbach acerca del objeto de amparo del derecho penal. Mientras que Feuerbach otorgaba este rol a los derechos subjetivos positivizados, Birnbaum trasciende la prescripción y estima que los delitos vulneran bienes concretos apreciados por las personas (Couto de Brito, 2014, p. 47-60). Feuerbach (2007) estima que “el Estado tiene el derecho y el deber de hallar institutos mediante las cuales se impidan las lesiones jurídicas” (p. 51); por consiguiente, “toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que conmine un mal sensible” (p. 54).

La postura de Feuerbach, al alimentarse de la teoría del contrato social en boga a inicios del siglo XIX, reemplaza “el pecado” como justificación de la punición estatal por la dañosidad social del comportamiento (Hormazabal, 1992, p. 13). Este fue el primer gran avance en las bases del derecho penal contemporáneo, al darse su secularización y apostar por una revolucionaria función del *ius puniendi*: la retribución del mal causado a la vida en

---

de un sistema “abierto a consideraciones axiológicas, cuya característica fundamental reside en que el conocimiento existente se dispone en un orden removible en cualquier momento (...) permitiendo superar el inmovilismo del tradicional sistema cerrado de raigambre lógico-formal para sustituirlo por un sistema permeable a las valoraciones, resolviendo con dinamismo las necesidades del individuo en sociedad” (p. 512). En resumen, mientras “que el concepto político-criminal de bien jurídico hace depender la legitimidad de una norma penal de que sirva a la protección de valores merecedores de protección, la concepción de Jakobs en cierto modo invierte este punto de partida, y convierte a la norma per se en un objeto legítimo de protección: de instrumento, que ha de ser legitimado por su fin, la norma pasa a ser un fin legitimador por sí mismo” (Mir Puig, 2004, p. 7).

sociedad, en vez de la expiación del pecado (Hormazabal, 1992, p. 14). Sus ideas fueron plasmadas en el Código de Baviera de 1813, caracterizado por la exclusión de conductas inmorales como “injurias” o delitos, pues las mismas no lesionaban derechos individuales ni situaban en riesgo la existencia del Estado (Zaffaroni, Slokar & Alagia, 2007, p. 110).

Para Birnbaum (citado por Hormazabal, 1992), la idea de “derechos subjetivos” no era suficiente. Consideraba que tales derechos permanecen indemnes posterior a la comisión de un ilícito, pues lo que ocurría era la transgresión o usurpación de un “bien” que nos pertenece y permite disfrutar de determinado derecho (p. 27). Estos llamados “bienes” surgen del consenso social como resultado de la interacción del hombre en comunidad, son preexistentes a su positivización y no son necesariamente objetos corpóreos. Por ejemplo, nociones como el honor o la moral también son susceptibles de englobar un “querer humano” que puede ser disminuido por la acción de otra persona, pese a no ser tangibles (p. 30).

Con este cambio de paradigma, primero de Feuerbach como precursor y luego Birnbaum como creador, se transforma la disciplina jurídico-penal, al insertar un elemento metajurídico en su epicentro: aparece el bien jurídico como concepto desligado de cualidades exclusivamente normativas, para dotarlo de esencia valorativa cambiante en tiempo y lugar, pues se adapta a las circunstancias histórico-culturales de la región donde se desarrolle.

Ahora bien, fue hasta la intervención académica de Franz Von Liszt y de Karl Binding que el concepto de bien jurídico adquirió una definición más sólida en la dogmática penal<sup>57</sup>.

---

57 En su modalidad dogmática el bien jurídico aporta elementos de juicio en la evaluación de la antijuridicidad o desvalor de resultado, aplicación de causales de justificación y atipicidad de la conducta, determinar la configuración de la tentativa o recorrido del *iter criminis*, identificación del sujeto pasivo o quien ostenta su titularidad y valoración del aspecto subjetivo del tipo penal. En fin, es un concepto eminentemente ontológico o fáctico. Por otro lado, en el cohorte político-criminal funge como el centro de una teoría de tutela o preservación de instituciones sociales, legitimada democrática y constitucionalmente. Así, la intención del colectivo de elevar a categoría de bien jurídico-penal un derecho tiene doble función: enviar un mensaje

Ambos sostuvieron la discusión del carácter formal y material del injusto, sin desconocer la competencia del legislador de turno para definir cuáles son los bienes a defender por los organismos del Estado. Para Von Liszt (1994, p. 84 - 89), los bienes jurídicos funcionan como elementos indispensables para la vida en comunidad, así que se extraen de la realidad para su reconocimiento y aquella es quien demanda su protección, ya sea directamente o por intermedio de una corporación<sup>58</sup>. En la medida que el bien jurídico ampare un interés vital de la sociedad, se trastoca el carácter antijurídico de la conducta al hacerse exigible la materialidad o cierto grado de ofensividad para justificar la imposición de una pena.

Entretanto Binding, sin desprenderse del valor social del bien jurídico, acudía a una postura más formal, entregando al criterio del legislador la inserción o creación de bienes jurídicos, quien debía atisbar a través de sus “ojos” las necesidades de la población (citado por González-Salas, 2001, p. 17). Según la perspectiva de Binding, al Estado le asiste un derecho subjetivo de “mandar” y cuando un sujeto incurre en una acción prohibida por el legislador desconoce o lesiona a su vez esta facultad (Polaino Navarrete et al., 2010, p. 38 –

---

coercitivo para inhibir un comportamiento y transmitir una sensación de seguridad o bienestar a los coasociados. En últimas, constituye un criterio axiológico. Hace falta añadir a este acápite que la concepción del bien jurídico trajo consigo una división tripartita de los delitos atendiendo al riesgo y mayor o menor conculcación de su contenido: las conductas de lesión y las de peligro abstracto y concreto. Los primeros exigen la consumación del verbo rector y, en consecuencia, la transgresión del bien jurídico, mientras que las conductas de peligro amenazan en diversos grados de probabilidad. Así, cuando se trate de un riesgo latente o cercano al objeto material del delito se hablará de un peligro concreto, por el contrario, las acciones potencialmente dañinas para el bien jurídico, supeditadas a un análisis *ex ante*, sin incluir una contingencia vigente se reputará de peligro abstracto (Sauquillo, 2019, p. 32 y ss.).

58 Para Von Liszt (1994) la acepción de bien jurídico, objeto de protección del derecho penal, es independiente a la norma: “Las condiciones de vida, no tan sólo del individuo, sino también de los grupos dados de individuos, son protegidas de perturbaciones por la pena, aun cuando ni tales condiciones de vida, ni tampoco sus perturbaciones, ni finalmente la fuerza protectora de la pena, sean reconocidas y comprendidas” (p. 84). No obstante, el proceso de “objetivización” de la pena mediante el reconocimiento normativo de los bienes jurídicos es esencial para limitar el ejercicio del poder punitivo: “Esta catalogación de las normas contiene una significación sobresaliente: constituye la primera autolimitación del poder punitivo estatal; la primera sedimentación del Derecho y de la moral, y precisamente por ello, una formidable palanca para el desarrollo del uno y de la otra; el primer paso hacia la prevención” (p. 86).

39). En esta premisa descansa su fundamentación del *ius puniendi*. Aunque su concepción de bien jurídico no va más allá de la ley, sí reconoce que no se trata de un derecho, más bien, es una “condición de la vida sana de la comunidad” que desde el punto de vista del legislador ostenta un valor para el entramado jurídico (Szczaranski Vargas, 2012, p. 385).

Hay dos acepciones de bien jurídico que ameritan distinción para el uso práctico del término, ya que muchas veces es empleado indistintamente en la dogmática penal y la política criminal, a pesar de que detentan alcances disímiles<sup>59</sup>. Para Mir Puig (1990), hemos de discernir entre bien jurídico como ingrediente objetivo del tipo penal y sobre el cuál recae el verbo rector perpetrado por el sujeto agente, y el bien jurídico-penal como concepto limitador del *ius puniendi* y atributo valorativo tutelado por el legislador. En la misma línea, Lascuraín Sánchez (2007) prefiere la bifurcación entre bien jurídico, como término asociado a la teoría del delito, y objeto protegible como fin de amparo del Estado. Mientras que el primero es intrasistémico o inmanente al sistema penal, de carácter formal y con función metodológica en la construcción y comprensión del injusto, el segundo es extrasistémico o trascendente al sistema, de contenido material y obra como principio limitador a la potestad punitiva derivado de la Constitución Política (p. 162 y 163).

A pesar del viraje de derecho subjetivo a bien jurídico como objeto de protección del derecho penal, será el legislador quien establezca cuáles intereses, valores o condiciones de

---

59 Silva Sánchez (1992) prefiere referirse a bien jurídico-penal como distinción al clásico bien jurídico fundamentado en criterios utilitaristas. La diferencia estriba en la apertura a consideraciones axiológicas, entre ellas, el principio de intervención mínima o de necesidad de la intervención penal, la importancia del bien jurídico a proteger y el grado de dañosidad del comportamiento lesivo (p. 277), bajo un análisis *ex ante* para las conductas de peligro y *ex post* para las consumadas. En ese entendido, un bien jurídico merecerá la tutela penal cuando se cumplan los criterios de necesidad, subsidiariedad, fragmentariedad y lesividad. Mientras tanto, los demás instrumentos procesales disponibles se encargarán de proteger, prevenir y reestablecer aquellos bienes jurídicos que no satisfacen dichos principios.

vida serán elevados a esta categoría. Más allá de ser considerados conceptos extrapenales o preexistentes, la selección y la fijación del alcance del contenido de los bienes jurídicos será tarea del órgano legislativo en un Estado democrático. Sin embargo, tal como se expuso en el capítulo anterior, dejar a merced de un parlamento, asamblea o congreso la expedición de leyes sin límites diáfanos o sin un control institucional puede significar el acabose de la misma democracia. En ese sentido, la noción de “bien jurídico” tiene el potencial de cumplir una función limitadora en la criminalización de comportamientos humanos, pero la eficacia en esta tarea depende de una condición: consagrarlo como postulado constitucional.

Pues bien, si entendemos el concepto de bien jurídico como un “valor” o elementopreciado para el libre desarrollo de las personas en sociedad, éste deberá estar entreverado ineludiblemente en la constitución política de los Estados como principio jurídico, pero al mismo tiempo ideológico o moral. Los bienes jurídicos de un conglomerado social obedecerán, entonces, a intereses constitucionales y se adaptarán a la realidad dinámica de los habitantes de un territorio. Por tanto, sin la tutela de estos se haría nugatorio el respeto por el contrato social, tanto en su dimensión dogmática como orgánica, esto es, la garantía de derechos fundamentales y el funcionamiento de los poderes públicos. Esto no implica la necesidad de deducir obligatoriamente los bienes jurídico-penales de la constitución, más bien, lo que se busca es convertir los postulados de la norma superior como una frontera no traspasable para el legislador.

La relación entre bien jurídico y democracia no solo se explica en términos formales, por fungir el primero como un elemento normativo reconocido por las instituciones democráticas. También comparten un vínculo material en sus contenidos porque si partimos de la idea de bien jurídico como una condición necesaria para la vida en sociedad, su

alteración impediría a sus titulares participar activamente en los escenarios sociales, incluyendo la política<sup>60</sup>. Para Mir Puig (1994) el derecho penal en un Estado social y democrático debe velar por la tutela de los bienes jurídicos y prevenir su vulneración, así como asegurar su participación en el sistema social (p. 37). De esta manera, se reafirman “las convicciones jurídicas fundamentales de la mayoría” y se “respeta en lo posible las de las minorías”, colocando “la pena al servicio del sentimiento jurídico del pueblo” (p. 38).

En ese orden de ideas, la escogencia de bienes jurídicos objeto de protección del derecho penal no debe quedar del todo al capricho del legislador o ser producto de su invención. Para Hormazábal (1992), la potestad de tipificación recae en el legislativo en virtud del principio de legalidad; sin embargo, la “determinación del bien jurídico corresponde a la base social que comunicará su decisión a las instancias políticas” (p. 143). Así que una política penal de protección exclusiva de bienes jurídicos representa la causa y, a su vez, el efecto del ejercicio democrático, al ser el resultado de un proceso decisorio basado en la fórmula de las mayorías y una garantía de las libertades políticas que hacen posible dicho proceso. En palabras de Hormazábal: “sólo de una sociedad democrática puede surgir el bien jurídico” (p. 143).

Si no es obra del legislador, entonces ¿de dónde surgen los bienes jurídicos? Hormazábal (1992) encuentra la respuesta en el conglomerado social. Una sociedad no es una suma de individualidades organizadas; su sustrato reside en el intercambio comunicativo, emocional

---

60 Al respecto, Winfried Hassemer (1989) opina que los “bienes jurídicos no se elaboran en un laboratorio, sino en la experiencia social, o más precisamente según los momentos de la frecuencia de una lesión a un interés, la intensidad de la necesidad vista desde el bien lesionado y la intensidad de amenaza según la percepción social de la lesión. Estos momentos tienen una constitución social y comunicativa, y son variables históricamente” (p. 283). Por ello, una teoría del bien jurídico ha de enfocarse en la “protección de instituciones sociales o unidades funcionales de valor” (p. 279).

y actitudinal de sus integrantes (p. 144). De allí, las relaciones sociales<sup>61</sup>, es donde germinan los bienes preciados para el colectivo, cuyo valor dependerá de su aporte al funcionamiento del sistema social y la satisfacción de necesidades individuales. No son bienes en un plano tangible, más bien son el “producto de las condiciones concretas de esa sociedad, de las condiciones específicas de la superestructura social y política y de un ámbito particularizado de ella: de la superestructura jurídico-penal” (p. 151). Su formalización sobreviene cuando estos “bienes” son reconocidos durante la participación del grupo en escenarios de discusión y, en los estados democráticos, tal deliberación da lugar en la rama legislativa, quien decidirá cuáles merecerán de una protección penal (p. 152).

En esta misma línea, Prías Bernal (2018) destaca la dimensión sociológica del bien jurídico como una alternativa a la tradicional teoría prescriptiva del derecho penal, la cual, concibe el actuar delictivo como una “desviación” a corregir por quebrantar una prescripción normativa (p. 15). Así, el bien jurídico no será un mero rótulo usado por el legislador para reconocer un valor o interés social a través de una norma, sino que es el resultado de un complejo proceso dialéctico entre los individuos conformantes del entramado social. Es a partir de la interacción humana (comunicación, conflictos, agrupaciones, etc.) que se “descubre” el catálogo axiológico a proteger en un período temporal de un territorio específico. Por ende, el delito se reduce a un acontecimiento “divergente” con los intereses de las mayorías, bautizados como “bienes jurídicos” en la legislación (p. 16).

---

61 Según Hormazábal (1992) la tipificación penal de un comportamiento humano es una medida adoptada por el Estado para prohibir una determinada relación social entre el sujeto activo y pasivo de la descripción típica con el propósito último de hacer prevalecer el bien jurídico como relación social contrapuesta. “El tipo contiene una relación social que niega otra relación social, la relación social concreta protegida por la norma penal, que es el bien jurídico” (p. 153).



Con base en los argumentos expuestos, la adopción de la teoría de protección exclusiva de bienes jurídicos ha de influir en la dinámica de la lucha contra la criminalidad mediante políticas públicas o decisiones que respondan a las demandas sociales de defender ciertos intereses o valores apreciados por el colectivo. Esta influencia se da en dos estadios: (i) macrosocial: se orienta al legislador, hacia dónde debe apuntar el diseño de la política criminal a partir de la deliberación en los escenarios democráticamente constituidos acerca de las ideologías, creencias, aspiraciones, estigmas, conflictos y en general las diferentes realidades sociales; (ii) microsocia: en la imposición concreta de la sanción penal el sentenciador está en la obligación de valorar cuál ha sido la afectación real a los bienes apreciados por la sociedad como parámetro de tasación de la pena o cuestionarse si el asunto debe surtir en instancias diferentes a la penal (Prías Bernal, 2018, p. 13 y 14).

Con todo lo expuesto, es posible arribar a la conclusión de que los bienes jurídicos son un resultado histórico-cultural. Pues bien, a diferencia de los otros animales, los humanos elaboran todo un ecosistema social desde la interacción, la comunicación y la imaginación, superando el determinismo biológico y moldeando la naturaleza a su antojo (Vigotsky, 1998, p. 29-30). Guerrero Arias (2002) advierte que, a pesar de esta distinción, la cultura y la naturaleza no son términos contrapuestos; son más bien complementarios, atendiendo lo imprescindible para el hombre y la mujer forjar su carácter, personalidad, hábitos y emociones en los planos biológico y social. Lo que sucede es una trascendencia, en la medida en que no basta para nosotros el mundo físico, sino que requerimos dotarlo de un mayor significado: la cultura. Por consiguiente, el ser humano es capaz de edificar un segundo medio ambiente de conformidad con la subjetividad, el raciocinio y las formas de interpretar el mundo (p. 59).

En cuanto a la incidencia de este ecosistema social sobre el individuo, Guerrero Arias (2002) detecta dos ámbitos de repercusión: el externo, ahormando sus conductas con un código ético o de valores y el interno, proporcionándole un lente de interpretación a las emociones, actitudes, costumbres y demás aspectos de génesis social (p. 63). En esa medida, cada sociedad construirá su propio medio ambiente cultural, diseñando patrones derivados de sus vivencias o experiencias colectivas a lo largo de su historia. Un subproducto de este ecosistema social son los “bienes jurídicos”, cuya titularidad se atribuye a las personas como miembros de la colectividad, esto es, “en sus creencias básicas que van más allá de su individualidad y tienen que ver con toda su visión del mundo” (Stratenwerth, 2007, p. 369).

Esta propuesta de bien jurídico como producto cultural, en el lenguaje de la tesis de sistemas sociales de Luhman (1997), es de naturaleza heteropoiética (p. 91), al irradiar sobre el estamento normativo un insumo conceptual exógeno que orienta su derrotero y legitima la construcción epistémica del sistema. Bajo esta perspectiva, se interpreta “la concepción del Derecho, del Estado y de las instituciones políticas como artificios; esto es, como instrumentos contruidos por los hombres para finalidades externas al Derecho mismo” (Ferrajoli, 2012, p. 106). Igualmente, su carácter extrasistémico representa un aporte a la limitación de la potestad punitiva del legislador cuando intente criminalizar una conducta que contraría sus principios, más no responde a la cuestión de cuáles bienes, intereses o valores han de estar amparados por el derecho penal, “pues la presencia de un bien jurídico es una condición necesaria, pero no suficiente de la respuesta punitiva” (Prieto Sanchís, 2003, p. 59). En la literatura jurídica angloamericana, por ejemplo, se habla de *harm principle*<sup>62</sup>

---

62 Similar al bien jurídico, el *harm principle* floreció como un principio del derecho penal liberal, ceñido a la idea de reducir la intervención estatal en la libertad ciudadana a casos justificados con criterios de lesividad. En su ensayo “*On liberty*” John Stuart Mill (1962) fundamenta la potestad del gobierno para imponerse sobre la individualidad cuando sus acciones se sobrepongan a la libertad de otro, en tanto, “la única razón legítima para

como un equivalente al fundamento del derecho a castigar, pues se trata de la “justificación de la criminalización de conductas humanas en torno al concepto del ‘daño’, en particular requiriendo ‘daño a otros’” (Ambos, 2013, p. 354).

### ***2.1.1. Recepción del concepto de bien jurídico en Colombia***

Restrepo Rodríguez (2010) se ha referido al concepto de bien jurídico en el contexto latinoamericano como uno “colonizado” y aún dependiente de las corrientes hegemónicas de occidente. Pese a los ajustes de cada órgano legislativo, en la identificación de los intereses vitales para el tejido social, el contenido material del “bien jurídico” no ha sufrido ningún

---

usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros” (p. 26). Esta expresión representa la génesis del principio de prevención del daño como base del derecho a castigar y en su esencia se colige la exclusión de los actos inmorales al no perjudicar directamente a otras personas de la comunidad. Un siglo después, esta tesis tomaría mayor fuerza en el Informe Wolfenden de un Comité Ministerial inglés (1957) al señalar que: “*It is not the duty of the law to concern itself with immorality as such*” (p. 247). Joel Feinberg (citado por Ambos, 2013, p. 358) amplía la tesis del daño como un “principio de lesión” de derechos de terceros, añadiendo un halo normativo a la definición. Este “*offense principle*” de Feinberg se concibe como el boicoteo de un interés ajeno o el retroceso injustificado de dicho interés. Entretanto, para su penalización exhorta al legislador tener en cuenta tres factores: (i) la magnitud del daño; (ii) la probabilidad de su materialización y; (iii) la potencialidad de la acción generadora del riesgo, individualmente considerada. Por consiguiente, es necesario ponderar la posible repercusión social de una conducta riesgosa frente a la restricción de la libertad individual que conlleva la sanción penal. En términos análogos, Joseph Raz (citado por Ambos, 2013, p. 361) califica el “daño” como un comportamiento que priva a otro la oportunidad de usufructuar su propia libertad al acortar o amenazar su autonomía mediante el uso de la fuerza. Mientras Douglas Husak (citado por Ambos, 2013, p. 365) perfecciona el estándar del daño propuesto por Feinberg al esbozar cuatro requisitos para la penalización del comportamiento humano: (i) la creación de un riesgo sustancial; (ii) la proscripción legal sea capaz de prevenir eficazmente este acto lesivo; (iii) la correlación del riesgo con el posible daño consumado y; (iv) el actuar del sujeto ha de estar dirigido bajo cierto grado de culpabilidad. Para Kai Ambos (2013) las teorías de protección bienes jurídicos y prevención o principio del daño son dos caras de la misma moneda, así que su complemento puede resultar en una propuesta más robusta acerca de la justificación para criminalizar determinadas conductas. Mientras el *harm principle* responde con satisfacción al aspecto tangible del ilícito, esto es, el resultado dañoso de un comportamiento culpable; el bien jurídico aporta el contenido normativo del objeto sobre el cuál recae el daño, dándole un sentido material a la finalidad de “prevención”. La filosofía utilitarista se suple de la teoría normativa para seleccionar aquellas acciones ofensiva o potencialmente lesivas que afectan ámbitos de libertad ajenos, situando como punto de referencia un interés o valor socialmente valioso. Bajo esta óptica, “tal daño puede ser definido como la violación real o potencial de intereses o bienes socialmente relevantes y reconocidos por la Constitución, es decir, como daños a los intereses o valores detrás de los bienes jurídicos” (p. 367). Empero, admite la dificultad de ambas corrientes en su tarea de frenar la expansión “antiliberal” del derecho penal a zonas de regulación conductual sin peligro real para bienes jurídicos o sustentadas en daños indirectos.

proceso de adaptación a las realidades sociales en América Latina. Desde el acontecimiento histórico de la conquista colonización española se ha impuesto una raigambre jurídico-penal proveniente del *civil law* europeo y su influencia continuó aun después de la independencia de las colonias<sup>63</sup>.

Aunque el vocablo “bien jurídico” no aparece en la legislación colombiana sino hasta la entrada en vigor del código actual, con la inserción del concepto de antijuridicidad en el Código Penal de 1980 se empieza a hablar de “interés jurídico” como aquel componente erosionado o puesto en peligro por una conducta típica. En los artículos 11, 25 y 32 de la Ley 599 de 2000 es más palpable la idea de bien jurídico como objeto de valoración en sede de antijuridicidad y cuya titularidad se reputa del sujeto pasivo de la conducta punible. A nivel constitucional<sup>64</sup>, el término fue introducido con el Acto Legislativo 6 del 2011 para usarlo como baremo en la conversión de la acción penal pública a privada; sin embargo, es el artículo 16 el que recrea el contenido de bien jurídico como una relación social a proteger

---

63 De acuerdo con Restrepo Rodríguez (2010), en Colombia se destacan tres influjos normativos del viejo continente: (i) la imposición desde la Corona de Castilla de leyes mediante un “sistema eurocéntrico difuso” a los Reinos de Las Indias, además de modificar el sistema político-económico, la cultura y la religión de los habitantes de la región. El primer Código Penal del país fue promulgado en 1837 bajo la inspiración del Código Penal francés de 1810 y en el proyecto español de 1821. Antes de este año, todas las leyes penales fueron impuestas por la corona española (p. 147 y 160); (ii) en el transcurso del siglo XIX la Escuela Clásica Italiana, principalmente las obras de Carmignani y Carrara, encontró acogida en el territorio nacional, dada la tendencia hacia un derecho penal liberal en Europa. Más tarde, el positivismo italiano repercutiría en la dogmática penal colombiana hasta su decadencia a mediados del siglo XX, irradiando sus postulados en el Código Penal o Ley 95 de 1936 (p. 151 y 161); (iii) desde la segunda mitad del siglo XX hasta la actualidad se ha presentado una prevalencia de teorías jurídicas alemanas en la doctrina nacional, gracias a la traducción de las obras de autores como Liszt, Beling, Welzel, Roxin o Jakobs, por nombrar algunos. El Código Penal o Decreto Ley 100 de 1980 es una muestra de la influencia alemana de la década de los '50 (p. 152 y 160).

64 En sede jurisprudencial, la Corte Constitucional desde la sentencia C-587 de 1992 ha venido usando este término como el objeto de protección de la legislación penal (fundamento 5) y el grado de su conculcación actúa como parámetro obligatorio para el legislador a la hora de establecer las penas de los tipos penales desde antes del Acto Legislativo 6 de 2011. Véase, por ejemplo, las sentencias C-591-93, C-592-98, C-1404-00, C-173-01, C-551-01, C-226-02, C-1080-02, C-317-02, C-329-03, C-622-03, C-1116-03, C-822-05, C-034-05, C-475-05, C-988-06, C-1033-06, C-291-07 y C-100-11.

por el Estado, en la medida en que los derechos ajenos y el orden jurídico constituyen una limitación al ejercicio de la individualidad.

Por su parte, en sentencia C-205 de 2003, la Corte Constitucional utilizó el significado de bien jurídico expuesto por el autor alemán Claus Roxin mientras ejercía la revisión de constitucionalidad de un artículo de la Ley 599 de 2000: “cabe señalar que por bien jurídico la doctrina contemporánea ha entendido aquellas circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social estructurado sobre la base de esa concepción o para asegurar el funcionamiento del mismo”. Esto demuestra el permanente influjo de autores europeos en las tradiciones jurídicas domésticas.

A pesar de la fuerte influencia occidental en la manera como ha concebido la legislación interna el bien jurídico, Restrepo Rodríguez (2010) estima que en los últimos años se ha anclado esta noción a las libertades fundamentales de la Constitución Política de 1991<sup>65</sup>, como una alternativa para “criollizar” el concepto de acuerdo con los principios y valores consagrados en la Carta Política. Los preceptos constitucionales, cuya interpretación recae sobre la Corte Constitucional como órgano de cierre en su jurisdicción, han retumbado en todos los ámbitos de la vida nacional y moldean las relaciones jurídicas de los habitantes. En ese entendido, la fuerza vinculante de los mandatos constitucionales ha permeado otras ramas del derecho hasta convertirse en una disciplina transversal de imperativa aplicación. Aquí subyace la función limitadora del bien jurídico frente al *ius puniendi* ejercido por el Estado.

---

65 Es preciso recordar que a finales del siglo XX un grupo estudiantil denominado la séptima papeleta, a través de un mecanismo considerado ilegal por la Corte Suprema de Justicia, logró develar la voluntad de los colombianos: la creación de una Asamblea Constituyente. De este modo, más de 70 integrantes de diversas ideologías, elegidos democráticamente, participaron en la creación de la Constitución Política de 1991, la cual introdujo una serie de cambios institucionales, axiológicos y normativos significativos (El Tiempo, 1991).

Para Peláez Mejía & Quintero Jaimes (2020), por ejemplo, el bien jurídico es “toda realidad empírica o institucional de carácter objetiva, valiosa en sí misma, y que es protegida por el orden jurídico al ser necesaria para viabilizar el desarrollo armónico de (el florecimiento de las capacidades) de los seres humanos” (p. 41). Al mismo tiempo le reconocen, entre otras, una función limitativa, por cuanto “como principio constitucional establece para el legislador el siguiente límite: el Congreso de la República no podrá convertir en delito ninguna conducta, a menos que con tal prohibición estén protegiendo exclusivamente un bien jurídicamente tutelado” (p. 43).

Mientras que Fernández Carrasquilla (2011) entiende por bienes jurídicos las “relaciones, estados, situaciones, valores, intereses y expectativas fundamentales de la vida social (del individuo, la comunidad y el Estado manteniendo en primer plano siempre la persona y su dignidad), sin los cuales ésta es imposible, precaria o indigna” (p. 279). Para su reconocimiento, el bien jurídico se apoya en “la Constitución y los tratados públicos sobre derechos humanos internacionales” (p. 279); de ahí la función de garantía que le asigna el autor a este concepto, consistente “en la limitación constitucional en que para el legislador penal se traduce en la obligación de circunscribir las amenazas penales a la afectación de bienes jurídicos relacionados con la persona, sus bienes, derechos y libertades” (p. 290).

Por su parte, Velásquez Velásquez (2020) define bien jurídico como “determinados valores sociales que, según la opinión del legislador, merecen especial protección” (p. 66) y halla su base constitucional en el artículo 2 y el párrafo 2 del artículo 250 de la Constitución Política de 1991. Dada su naturaleza, el bien jurídico cumple, entonces, una función de delimitación para el legislador porque “le demarca la órbita de su intervención y le permite actuar solo cuando sea imprescindible para la protección de los bienes vitales para la

convivencia en comunidad” (p. 70). En últimas, el autor estima que en la actualidad debe partirse de una “concepción político criminal del bien jurídico orientada desde la perspectiva constitucional” (p. 70).

Esta muestra de doctrina nacional constata una tendencia hacia la constitucionalización del concepto de bien jurídico. Esta postura, aunado al diálogo judicial con instancias supranacionales, como la Corte IDH, y la protección expansionista de los derechos humanos como mínimo ético en los estados democráticos, demuestra que el derecho punitivo ha sido investido de fundamentos constitucionales y convencionales. Así, el bien jurídico se asocia cada vez más al contenido material de los derechos humanos, “de modo que sólo puede otorgarse protección penal a aquel minimum de valores o intereses, coincidentes con los derechos humanos básicos” (Fernández Domínguez, 2004, p. 130), constituyendo para el legislador el “último límite perimetral de intervención en la vida social” (p. 131).

### ***2.1.2. La constitucionalización del concepto de bien jurídico***

Para Restrepo Rodríguez (2010) “el bien jurídico se vincula a la Constitución, pero en un modo en que tal conexión se dirige a su vez a un derecho fundamental que esta normativa superior no crea sino que reconoce, y que lleva a centrar la naturaleza pre-positiva del bien jurídico en los derechos fundamentales” (p. 182). Solo así será posible limitar el poder punitivo del legislador mediante criterios extrajurídicos difícilmente intercambiables.

De hecho, para Zaffaroni (2002) son el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos los llamados a definir o seleccionar los bienes jurídicos a cobijar, más no el derecho penal, quien solo hace uso de los mismos para la compilación de

descripciones típicas o graduar el poder coercitivo estatal. En esencia, “la legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que éstos son creados por la Constitución, el derecho internacional y el resto de la legislación (...) La ley penal sólo eventualmente individualiza alguna acción que lo afecta de cierto modo particular” (p. 486).

La utilidad de sacralizar, constitucionalmente hablando, la teoría de protección exclusiva de bien jurídico deviene en dos aspectos: (i) por un lado, se excluyen del proceso de tipificación los actos de inmoralidad por no obstaculizar el ejercicio de un derecho ajeno y; (ii) por otra parte, se introduce inexorablemente el principio de lesividad en el derecho penal sustantivo, trayendo consigo una consecuencia práctica en la teoría del delito: el análisis de la antijuridicidad material en las conductas típicas<sup>66</sup>. Sendas consecuencias representan una auténtica barrera para el legislador en el desarrollo de la política criminal, al verse impedido para tipificar conductas inmorales, sin sustrato empírico o de escasa significancia social.

Solo a partir de la categorización del bien jurídico como un precepto constitucional éste puede convertirse en un limitante a la labor del legislador<sup>67</sup>. Se insiste, las diversas teorías<sup>68</sup>

---

66 De acuerdo con Prías Bernal (2018) el principio de lesividad se forja durante la ilustración como producto conceptual del *iusnaturalismo* en contrapartida a la antijuridicidad formal, o mera desobediencia de la norma, impuesta por el positivismo como el principal motivo para punir a los infractores. Empero, las corrientes utilitaristas y garantistas posteriores al iluminismo europeo dotaron al bien jurídico, sustrato del principio de lesividad, de la capacidad para ilimitar la potestad punitiva del Estado (p. 3 y 4). En ese entendido, la constitucionalización del principio de lesividad “significa una de las conquistas más importantes del Estado de derecho como expresión del garantismo jurídico” (p. 8).

67 Así lo ha reconocido la Corte Constitucional en la sentencia C-205 de 2003 al afirmar que, “un concepto de bien jurídico vinculante para el legislador sólo puede derivar de los cometidos plasmados en la Carta Política de un Estado Social de Derecho fundado en la libertad del individuo, en tanto que límites a la potestad punitiva del Estado” (fundamento 4.2.).

68 Szczaranski (2012) distingue cuatro tipos de teorías alusivas a la función que presta el bien jurídico para el derecho penal: (i) teorías sociales o tendientes a la protección de la sociedad. En este apartado el bien jurídico se percibe, ya sea como un interés social ampliamente reconocido por los habitantes, muy ligado al arquetipo de los derechos individuales; como un elemento estructural para el orden colectivo que se halla habitualmente en el articulado constitucional o; como un medio que habilita la participación social de los individuos a través de la reducción de la violencia estatal (p. 390 – 400); (ii) teorías personales o enfocadas en la realización del sujeto por encima del grupo al cual pertenece. Aquí el bien jurídico se entenderá de forma unilateral, cuando se



sobre la función y/o propósito de una protección exclusiva de bienes jurídicos no detentan por sí mismas el suficiente peso conceptual para afrontar la legitimidad del principio democrático, en tanto siguen siendo dependientes de la voluntad mayoritaria reflejada en el legislativo. Ningún argumento construido por fuera de la norma fundamental puede justificar una merma tan significativa a la participación social en democracia, tal como pretende la teoría del bien jurídico de señalarle al pueblo hacia cuál dirección debe legislar. Máxime cuando la génesis de este concepto descansa en la dinámica histórico-cultural de una nación, quien está en su derecho de decidir cuáles intereses o valores quiere defender mediante el *ius puniendi*.

Si bien a lo largo del capítulo se ha alcanzado la definición material de bien jurídico como un valor o interés preexistente al estamento normativo, de origen cultural y de especial importancia para la convivencia en comunidad en una época y espacio determinado, su vinculatoriedad en el ordenamiento jurídico depende del reconocimiento del legislador. Por tal motivo, es necesario buscar una fórmula de validez normativa<sup>69</sup> que se sobreponga a la legitimidad popular de la democracia representativa.

---

propugne por una intervención penal ante la violación de una prerrogativa individual que impida el libre desenvolvimiento de la libertad humana; o de manera bipartita, en el evento de salvaguardar intereses personales cuando los mismos sean de utilidad en la mecánica del sistema social, solo así, el sujeto y su alrededor podrán contribuir a los fines del Estado enmarcados en la constitución (p. 400 – 405).; (iii) teorías funcionales o legitimadoras de la fuerza coactiva de la norma. Para esta corriente la sociedad no es sólo un conjunto de personas organizadas, sino incluye además el proceso comunicativo existente entre los sujetos, comunidades e instituciones, lo cual, conllevan a la edificación de un plexo normativo que procura conservar el sosiego entre sus habitantes y cualquier acto que defraude la expectativa de la norma deberá ser castigado con el ánimo de mantener su vigencia (p. 405 – 409); (iv) teorías eclécticas que conjugan el ideal de defender bienes jurídicos y la necesidad de preservar la identidad normativa del colectivo. Dependiendo de la importancia a uno u otro varía la postura. Por un lado, la concepción inmanente reconoce que la sanción al infractor de la norma, impuesta para reafirmar su contenido, contribuye al mismo tiempo a tutelar bienes esenciales de la sociedad de un modo preventivo. Por el otro, la concepción crítica no estima suficiente el quebrantamiento de una disposición para justificar la pena, *contrario sensu*, sitúa la protección de bienes jurídicos como la función principal del *ius puniendi* y de manera accesoria está la vigencia de la norma (p. 410 – 412).

69 La discusión de la validez de las normas jurídicas alcanzó su auge con “la influencia de la obra de Hans Kelsen quien, en su Teoría pura del derecho, desarrolló una doctrina positivista de la validez” (Massini-Correas,

En consecuencia, la solución a las inquietudes suscitadas por los riesgos de delegar a las mayorías el diseño de un derecho penal irrespetuoso de las libertades fundamentales se encuentra, no en un razonamiento material sobre el “bien jurídico”, sino en la posición jerárquica en que esté ubicado este concepto en la arquitectura normativa. La jerarquía establecida en un conjunto de normas es indispensable para resolver las antinomias surgidas de la implementación de las premisas comprimidas en cada disposición y en Colombia la cúspide este escalafón lo ocupa la Constitución Política de 1991, cuyo espíritu no es disponible por el Congreso de la República<sup>70</sup>. Solo por medio de su constitucionalización se le podrá conferir carácter vinculante en el orden jurídico<sup>71</sup>.

---

2019, p. 11) basada en la existencia de una estructura jerárquica del orden jurídico encabezada por una norma fundamental “donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico” (Kelsen, 2009, p. 113). Aunque en la actualidad “ha resurgido la cuestión de la validez de las normas jurídicas a partir de posiciones no positivistas, tal como resulta del planteo efectuado, entre otros, por Robert Alexy, en el que se introduce la noción de una ‘validez moral’ del derecho que hace referencia, no exclusivamente a las denominadas ‘fuentes formales’ de las normas, sino a los contenidos normativos y a su valoración ética” (Massini-Correas, 2019, p. 11). Para Robert Alexy (2004) es inevitable distinguir entre los conceptos sociológico, ético y jurídico de validez. En el primero una norma es válida cuando posee “eficacia social” (p. 87); en el segundo se predicará su validez cuando “está moralmente justificada” (p. 88) y; en el plano jurídica será válido por su “legalidad conforme al ordenamiento” (p. 88). Más allá de esta diferenciación, el autor no prescinde de la norma fundamental como parámetro de validez. Para Robert Alexy (2004) una definición de derecho, que conjugue al mismo tiempo el criterio de validez, corresponde a “un sistema de normas que formula una pretensión de corrección, consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección” (p. 123).

70 Esta jerarquía es tangible en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 4 de la Constitución Política de 1991, en la que sitúa la misma Carta Magna como norma de normas, por consiguiente, cualquier incompatibilidad con una disposición de menor rango será inaplicable. Si bien el Congreso de la República está habilitado para reformar la constitución a través de actos legislativos, al mismo tiempo le está vedado sustituir la voluntad del constituyente primario con modificaciones que alteren considerablemente el significado de un artículo.

71 Szczeranski Vargas (2012) admite que las teorías materiales del bien jurídico no arrojan “ninguna limitación real” (p. 431) porque “si se llegara a indicar concretamente aquellos bienes que constituyen bienes jurídico-penales”, por medio de una determinada corriente teórica, “se constituiría en una barrera contra-mayoritaria en directa tensión con los principios de una sociedad democrática” (p. 443). En cambio, al contemplar en la Constitución el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, es decir, “que el derecho penal se legitima por proteger las circunstancias sociales que conforman la libertad, siendo entonces su única finalidad el evitar

Si en el primer capítulo de este trabajo se dedujo el por qué y el cómo imponer límites al constituyente derivado<sup>72</sup>, acá se aborda el interrogante sobre el ¿para qué dichos límites en materia penal? La respuesta es: para asegurar la protección exclusiva de los bienes jurídicos indispensables para la vida en sociedad. Pues bien, tanto los derechos básicos para el libre desarrollo del ser humano (coto vedado), como las reglas mínimas para la participación política en condiciones de igualdad (reglas democráticas), son elementos susceptibles de positivizarse en bienes jurídicos penales<sup>73</sup>, facilitando así su amparo a través del control de constitucionalidad.

Ahora bien, la Constitución Nacional no puede ni debe aglomerar un listado hermético de aquellos bienes jurídicos susceptibles de tutela penal. De lo contrario, se le impondría la desafortada carga de definir los conceptos propios de este ámbito normativo. Tampoco es plausible determinar, a partir de los postulados constitucionales, cuáles bienes jurídicos tienen más pesos que otros y, de esta manera, fijar los extremos punitivos de los tipos penales. Mucho menos se deberá resolver en sede penal cualquier tipo de infracción a disposiciones constitucionales, como si no existiesen otras instancias procesales, ya sean administrativas o judiciales, que coadyuvasen en esta tarea. Tales pretensiones personalizan una tesis constitucionalista imposible de materializar al poner una vara muy alta a un solo texto

---

conductas socialmente dañinas que dificultan la vida en común y que sean condición y requisito del desarrollo personal (...) se podría limitar realmente al legislador” (p. 442-443).

72 La razón reside en: (i) la protección de los derechos fundamentales como “coto vedado” resumido en la dignidad humana y; (ii) la incolumidad de las reglas y procesos que rigen las instancias democráticas; entretanto, el modo para lograr este cometido es con la revisión judicial de las leyes.

73 En Colombia encontramos bienes jurídicos tutelados que guardan esta relación. En el libro II de la Ley 599 de 2000 se hallan: la vida e integridad personal (título I), la libertad personal o individual (título III), el patrimonio económico o propiedad privada (título VII), el sentimiento religioso o libertad de cultos (capítulo IX del título III), libertad de asociación (capítulo VIII del título III), los recursos naturales y el medio ambiente (título XI) y los mecanismos de participación democrática (título XIV), entre otros.

normativo, inclusive, esto resultaría perjudicial para la teoría de protección exclusiva de bienes jurídicos, al contrariar el principio de intervención mínima.

En conclusión, la teoría de protección exclusiva de bienes jurídicos atribuye como teleología del derecho penal la salvaguarda de un bien jurídico, entendido en sentido material, de una conducta lesiva o de riesgo inminente a su integridad. Su utilidad estriba en fungir como criterio o baremo confinante a la holgada potestad de sancionar, radicada en una institución pública. Igualmente, sirve como pauta de organización e interpretación de tipos penales, al permitir ordenarlos en capítulos o títulos en un mismo código, descifrar el alcance de sus descripciones fácticas y dosificar sus consecuencias jurídicas.

De esta acepción también se desprenden una serie de principios o axiomas que orbitan alrededor del bien jurídico como eje del derecho penal subjetivo. Estos actúan como límites o criterios negativos aplicables a la labor estatal de contemplar sanciones penales para los principales agravios a los derechos e intereses de los habitantes<sup>74</sup>. A continuación, se identificarán algunos de estos principios limitadores que humanizan y racionalizan el efecto disuasorio de la pena en las sociedades modernas.

## **2.2. Los principios limitadores al *ius puniendi* según la doctrina**

En la doctrina hay diversos autores que han expuesto sus puntos de vista acerca de los límites a la potestad punitiva del legislador, procurando encontrar linderos diáfanos entre el

---

74 Hassemer (1989) deja claro que “el principio de bien jurídico por sí mismo no tiene la facultad de responder a la cuestión del merecimiento de la pena”, en consecuencia, debe ir acompañado de otros “principios orientados a la limitación de la punibilidad”, entre los cuales menciona: la subsidiariedad, la dañosidad social y la tolerancia, humanidad o protección de la dignidad del hombre. En ese sentido, el “bien jurídico es la condición necesaria, pero no suficiente para criminalizar esa conducta” (p. 278).

principio democrático y las garantías penales. En este apartado abordaremos las propuestas teóricas que han esbozado algunos exponentes de las ciencias jurídicas sobre este trascendental tema.

Claus Roxin (1997) describió los principios o instrumentos de protección para el sujeto destinatario de las normas represivas del derecho penal, mencionando: la culpabilidad, la proporcionalidad y la legalidad. Estos principios procuran evitar castigos carentes de responsabilidad individual, consecuencias jurídicas excesivas o imposición de sanciones ambiguas, retroactivas o no establecidas en la ley. Así mismo, partiendo de la teoría de protección exclusiva de bienes jurídicos, desarrolló el principio de subsidiariedad que caracteriza al derecho penal como un instrumento residual o secundario, utilizable en la medida en que se agoten otras herramientas punitivas menos gravosas obrantes en el ordenamiento jurídico (p. 65).

La preservación de los bienes jurídicos de una sociedad se lleva a cabo con el empleo de diversas áreas del derecho que actúen simultánea o sucesivamente a través de las figuras procesales que proveen los estamentos normativos. Esta articulación de instituciones da sustento a la naturaleza subsidiaria de la pena, situándola como la última opción a la que debe acudir el Estado cuando pretenda conservar el orden social. De esta manera, solo cuando fallen los demás mecanismos legítimos de represión resultará plausible el uso del derecho penal como forma de corregir conductas antijurídicas y asegurar la convivencia pacífica.

Ahora, la tríada antes enunciada encuentra su fundamento, según este autor, en las siguientes premisas. La graduación o duración de la pena ha de tener unos límites y su superación devendrá en injusta o inválida, tal es el contenido del principio de proporcionalidad que se convierte en una verdadera prohibición a los excesos punitivos

(Roxin, 1997, p. 103). Concatenado con el anterior concepto, aparece la culpabilidad como vara o parámetro de medición del castigo, es decir, confluyen factores internos o subjetivos de la persona como manera de tasar la pena, impidiendo aplicarla cuando el sujeto “no la merezca” (Roxin, 1997, p. 99-100). En últimas, tampoco se recurrirá a un escarmiento sin que previamente se haya estipulado la descripción típica de un comportamiento ilícito y su respectiva consecuencia jurídica, dada la necesidad de exaltar el principio de legalidad en un Estado de derecho.

Apoyados en tales axiomas, Roxin asevera poder depurar y/o filtrar la tipificación de acciones humanas irrelevantes para las ciencias penales, como, por ejemplo, la punición de la homosexualidad, el adulterio e incluso el incesto, así como el consumo personal de sustancias estupefacientes, al gravitar estas acciones en la órbita de la personalidad del individuo y no afectar un bien jurídico concreto (Roxin, 1997, p. 122). Si bien encumbra su propuesta como postulados político-criminales, reguladores de la actividad legislativa, admite la ductilidad de su teoría ante la mayúscula dificultad de distinguir entre la dimensión del derecho penal y el administrativo sancionatorio, en tanto ambos ansían preservar bienes jurídicos; por ende, es apenas comprensible otorgar suficiente discrecionalidad al legislador (Roxin, 1997, p. 71).

La fórmula correcta para contener la inconmensurable potestad punitiva de los parlamentarios, diputados o congresistas será elevar los principios de culpabilidad, proporcionalidad, legalidad y subsidiariedad a categorías constitucionales, impidiendo la criminalización de conductas relacionadas con la dignidad o personalidad humana sin detrimento a bienes ajenos. En palabras de Roxin:

“La misión del Derecho penal está en asegurar a sus ciudadanos una convivencia libre y pacífica, garantizando todos los derechos establecidos jurídico-constitucionalmente. Si esta misión es denominada, a modo de síntesis, protección de bienes jurídicos, por bienes jurídicos han de entenderse todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad” (Roxin, 2013, p. 5).

En la obra del italiano Luigi Ferrajoli (1995) también se atisban, tal como él las denomina, “garantías sustanciales” que afectan el contenido de los preceptos normativos contenedores de tipos penales. Este jurista llega a la conclusión de la imposibilidad de estatuir conceptos absolutos que conformen cada descripción típica; sin embargo, sí estima prudente identificar criterios negativos o limitadores de los componentes de la prohibición, derivados de los elementos constitutivos del injusto (p. 463): (i) necesidad; (ii) lesividad; (iii) materialidad de la acción y; (iv) culpabilidad.

Los primeros dos principios actúan como una doble limitación a la facultad prohibitiva en cabeza del legislador, emanada de la imperiosa obligación de salvaguardar bienes jurídicos esenciales para la sociedad. La necesidad está compuesta por dos mandatos: establecer una pena mínima necesaria y una máxima economía en el diseño de los delitos, materializado en el hecho de contemplar, únicamente, los castigos institucionales indispensables en el propósito de impedir resultados lesivos, sin que la intervención coercitiva del Estado represente un mayor daño a los derechos fundamentales que el mismo ilícito (Ferrajoli, 1995, p. 465). Por su parte, la lesividad se explica por la ineludible tarea *ex ante* de constatar que todo comportamiento considerado antijurídico represente una transgresión o puesta en riesgo

de un bien jurídicamente tutelado, minimizando la interminable cantidad de prohibiciones que puede tipificar en abstracto el legislador (Ferrajoli, 1995, p. 466).

En cuanto a la materialidad de la acción y la culpabilidad, Ferrajoli los incluye porque sendos principios recurren a un análisis de los factores internos y externos del sujeto destinatario de la sanción. El nexo causal entre la acción o verbo rector ejecutado por el agente y el resultado dañino observable en la realidad debe estar plenamente probado, en tanto están excluidos los perjuicios ocasionados por eventos donde no influye la actuación del ser humano, verbigracia, cursos causales irrelevantes o meras ideaciones delictivas (p. 480). Mientras que, subjetivamente, es menester demostrar la intencionalidad o dolo, la infracción a un deber objetivo de cuidado o la omisión a un deber, para configurar la culpabilidad de un individuo o, en otras palabras, que su comportamiento sea fruto de una decisión consciente y mediamente informada (Ferrajoli, 1995, p. 487).

De manera paralela Ferrajoli (1995) estima la imprescindibilidad de cuatro criterios (p. 472 – 473) en la edificación de un derecho penal mínimo, orientado hacia la deflación de tipos penales y la lenificación de las penas. Inicia con la exigencia de justificar la criminalización de conductas con base en la potencial lesión de un bien jurídico individual o colectivo o su exposición a un riesgo próximo y verificable; la previsión de sanciones leves, cortas o alternativas como consecuencia jurídica, disponiendo los castigos severos para un reducido compendio de injustos; la idoneidad o eficiencia político-criminal de la penalización, basados en argumentos utilitaristas y; el fortalecimiento de las medidas administrativas para tutelar bienes jurídicos sin tener que acudir al derecho penal, tratándose de comportamientos culposos o agravios baladíes a derechos subjetivos o intereses públicos.



En referencia a la discusión de cómo reconocer bienes jurídicos acreedores de tutela penal, Ferrajoli explica:

“Para quien adopte una doctrina de justificación de tipo liberal democrático, los bienes que merecen protección penal se formulan asumiendo el punto de vista, externo al Derecho y por así decirlo desde abajo, de las personas de carne y hueso, y se identifican no sólo con los que Jakobs llama ‘bienes jurídicos individuales’, como la vida, las libertades y los diferentes tipos de derechos subjetivos, sino también con todos los bienes colectivos y en general aquellos determinados empíricamente, cuya tutela se da en interés de todos” (Ferrajoli, 2012, p. 107).

Las repercusiones cuantitativas para la tutela penal de bienes jurídicos, con la aplicación de los principios y criterios propuestos por el profesor italiano, son ostensibles en la restricción de incorporar determinadas infracciones a los estamentos normativos. Por ejemplo, aquellos denominados como “delitos de bagatela” o de escasa ofensividad hacia el orden social, los cuales, están penalizados con multa y son equiparables a las contravenciones (Ferrajoli, 1995, p. 477). Si el legislador reputa innecesario la implementación de la prisión u otra modalidad suspensiva de derechos fundamentales como respuesta a la comisión de un ilícito, entonces, yace desproporcionado elevar a instancias penales estos comportamientos. Otras restricciones, de orden cualitativo y estructural, como la exclusión de inmoralidades o la reestructuración de los delitos de peligro abstracto en descripciones fácticas que incluyan una lesión empírica o un riesgo concreto al bien jurídico (Ferrajoli, 1995, p. 478 – 479).

El español Santiago Mir Puig (2008) dedujo una serie de principios limitadores del *ius puniendi* relacionados estrechamente con un Estado social y democrático de derecho (p. 104). La primera característica es la inmersión en la legalidad, fuente de obligaciones primigenia

de toda agrupación, como regla insustituible para regular o modular las actividades humanas (p. 105). Un segundo aspecto es la naturaleza “social” del Estado de derecho, pues al estar las relaciones jurídicas protagonizadas por seres humanos, deprecian la salvaguarda de intereses y proclamas sociales a partir del reconocimiento, no solo de normas, sino también de principios infranqueables (Mir Puig, 2008, p. 116). El tercer elemento característico del Estado es su naturaleza democrática, es decir, que el poder público, como producto de las decisiones populares, deberá respetar la dignidad, igualdad y libertad humanas, de donde brota sus atribuciones legales y constitucionales (p. 122). En este orden de ideas, se ofrecen los siguientes aforismos: (i) legalidad; (ii) utilidad; (iii) subsidiariedad; (iv) exclusiva protección de bienes jurídicos; (v) humanidad de la pena; (vi) culpabilidad; (vii) proporcionalidad y; (viii) resocialización (Mir Puig, 2008, p. 104 y ss.).

Para Mir Puig (2008) la legalidad reconoce, al mismo tiempo, cuatro garantías básicas: la exigencia de una ley como fuente de la prohibición, la determinación de una pena específica, la regulación de reglas de procedimiento para su imposición y otras disposiciones legales que reglamenten su ejecución (p. 106). A su vez, se trazan tres apotegmas o exigencias insorteables: *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*. En otros términos, queda proscrita la retroactividad de la ley (exceptuando el principio de favorabilidad), se prohíbe la costumbre o cualquier otra fuente de delitos o penas diferentes a las leyes y se excluye de la analogía como vía de interpretación (p. 107).

Respecto a la utilidad, la misma se refiere al cumplimiento de la teleología de la pena: evitar delitos. Por esa razón, cuando no se satisface el fin preventivo de toda tipificación delictiva, devendrá en inútil el uso del derecho penal (Mir Puig, 2008, p. 117). La subsidiariedad, junto al carácter fragmentario, hacen alusión a la exigencia de recurrir a otros

medios administrativos o judiciales alternos para remediar o mitigar las repercusiones de una conducta execrable y recurrir a la sanción de las situaciones más gravosas para los bienes jurídicos, pues cualquier amenaza a los mismos no será suficiente para activar el *ius puniendi* (Mir Puig, 2008, p. 118). Hilvanado a este último, la protección exclusiva de bienes jurídicos hace un llamado a la depuración del listado de conductas punibles, dejando solo aquellas que afecten intereses sociales relevantes para la vigencia del orden público, bautizados como “bienes jurídicos” (Mir Puig, 2008, p. 120). De esta guisa, se descartan las inmoralidades, sentimientos o intereses particulares como fundamento de la represión, aunque admite existir escenarios donde la frontera de moral y derecho es casi imperceptible ante la complejidad de fijar criterios categóricos para su diferenciación, tal podría ser el ejemplo de punibles como el irrespeto a cadáveres o el maltrato animal.

Con el ánimo de resolver esta disyuntiva, se dota de un par de características el concepto: “Para que un bien jurídico (en sentido político-criminal) pueda considerarse, además, un bien jurídico-penal (también en sentido político-criminal), cabe exigir en él dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección del derecho penal” (Mir Puig, 1990, p. 209). La primera se mide de acuerdo con el riesgo de las condiciones fundamentales para vivir en sociedad y la segunda va de la mano con la incapacidad de cuidar tales intereses con otros medios de defensa.

Los cuatro principios restantes guardan estrecha relación por fungir como dosificadores y justificaciones del ejercicio el *ius puniendi*. La humanización de la pena busca que las condenas no menoscaben en demasía la dignidad humana y siempre se tienda a la suspensión, subrogación o sustitución de los castigos prolongados y/o severos (Mir Puig, 2008, p. 122). La culpabilidad conjuga varios elementos, entre ellos, la veda de responsabilizar a alguien

por delitos ajenos, la punición de hechos empíricamente perceptibles y no de personalidades o formas de pensar, la existencia de un ingrediente subjetivo de intencionalidad o imprudencia y la imputabilidad o capacidad del sujeto para comprender la realidad (Mir Puig, 2008, p. 123). La proporcionalidad es definida en términos similares de los otros dos autores en estudio, esto es, que el castigo sea equiparable al daño infringido a la víctima o la importancia social del hecho (Mir Puig, 2008, p. 127). Finalmente, la oportunidad de resocializar al condenado y no separarlo indefinidamente de la sociedad, incentivando su interacción permanente con la urbe, velar por su acceso a servicios educativos y de salud, así como permitirles la obtención de un empleo o proyectos de emprendimiento en el centro carcelario (Mir Puig, 2008, p. 129).

En el plano latinoamericano, Eugenio Raúl Zaffaroni (2007) ha contribuido al debate con la esquematización de límites indeclinables en la edificación del sistema penal. Sin embargo, Zaffaroni no los considera taxativos ni absolutos, al ser un listado inacabado que evoluciona con el paso del tiempo y cuyo contenido es graduable en la praxis (p. 95). Así como toda construcción exige reglas de simetría y carácter funcional de los objetos que la componen, al derecho penal le urge, como arquitectura jurídica, preceptos que acoten su actividad punitiva y doten de congruencia el sistema. Zaffaroni (2007) opta por una clasificación de acuerdo con su origen, ya sea por ser derivados del principio de legalidad, la intención de evitar violaciones a derechos humanos o del principio republicano de gobierno (p. 97).

En el primer grupo se desprenden cuatro reglas básicas, cada una obedeciendo la esencia de la estricta legalidad: (i) la emisión de tipos penales en modalidad escrita por una autoridad democrática, denomínese Parlamento, Congreso, Cámara o Asamblea, previamente a su aplicación. Para Zaffaroni (2007) las descripciones típicas en blanco que remiten a preceptos

infralegales, también llamadas propias, no satisfacen esta condición al no emanar de la autoridad legislativa (p. 102); (ii) la irretroactividad o activación de la consecuencia jurídica para aquellos eventos reprobables ocurridos posterior a su promulgación y/o sanción, salvo el caso se ajuste a una norma más benigna vigente durante la ejecución del verbo rector (p. 103); (iii) la taxatividad legal o mayor concisión en la redacción de los elementos configurativos del delito, de tal modo, que no dé lugar a ambigüedades y se facilite su interpretación factual. Este ítem inhabilita la analogía como método interpretativo o aplicación extensiva de situaciones similares (p. 106); (iv) el respeto histórico por el ámbito de lo prohibido o, en otros términos, la contextualización de las proscripciones de acuerdo a las circunstancias históricas, sociales y culturales, evitando tipos penales anacrónicos (p. 108)

El segundo apartado se destina a los principios de lesividad, humanidad, trascendencia mínima, buena fe y de *non bis in ídem*, todos ellos constitutivos como barreras de contención a la transgresión de libertades humanas. Para Zaffaroni (2007) la ofensa o fomento de riesgos cercanos a bienes jurídicos es una característica insustituible de un comportamiento delictivo, sin la cual no se avala la intervención coercitiva del Estado (p. 110). Entretanto, los tratos crueles, inhumanos como respuesta correctiva no están habilitados en virtud de la indemnidad que ha de gozar la dignidad de los hombres, por lo tanto, las penas privativas de derechos serán proporcionales y en algunos casos indulgentes (p. 112). La extensión del carácter retributivo del castigo a personas allegadas del penado, quienes no participaron en la comisión del injusto, es otra contingencia que contener, luego, la trascendencia mínima de la pena es otra máxima a respetar. Esto da lugar cuando se afecte gravemente el patrimonio familiar, se incurran en abusos contra los visitantes en las penitenciarías o se prohíban las relaciones sexuales durante las visitas conyugales (p. 113 – 114). Así mismo, la prohibición

de doble incriminación o el juzgamiento reiterativo por un mismo hecho es una garantía procesal que ocupa un puesto en esta letanía de principios (p. 114). Por último, la interpretación de cualquier artículo que contemple un derecho humano en tratados internacionales o la Constitución Nacional se hará conforme al principio de buena fe de la Convención de Viena y orientado hacia un desarrollo más benigno para el individuo (p. 116).

En el tercer acápite, hallamos cuatro aforismos inmanentes a todo sistema político republicano: (i) el acotamiento material de las facultades legislativas por medio de la exclusión de delitos inidóneos, ya sea por no servir a las funciones preventivas de la pena, inmiscuirse en escenarios controlados efectivamente por otras ramas del derecho o la propagación del populismo punitivo como fundamento de la tipificación de acontecimientos humanos (Zaffaroni, 2007, p. 117); (ii) la superioridad ética del Estado frente a modelos correctivos inquisitoriales o métodos de obtención probatoria ilícitas, concretamente los agentes encubiertos provocadores, la confesión mediante tortura, jueces sin rostro o testigos secretos (Zaffaroni, 2007, p. 119); (iii) el saneamiento genealógico de tipos penales en desuso, replicados de forma mecánica y sin utilidad social (Zaffaroni, 2007, p. 119 y 120); (iv) el respeto por el principio de culpabilidad, que consta a su vez de dos piezas dogmáticas: la proscripción de la responsabilidad penal objetiva y la no exigibilidad de una conducta alternativa de derecho (Zaffaroni, 2007, p. 120 – 121).

Desde el punto de vista de Zaffaroni (2018):

“El derecho penal es un proyecto de jurisprudencia y, como tal, programa el poder jurídico de contención del poder punitivo, con lo cual protege a todos los bienes jurídicos, dado que sin este impulso jurídico de contención el poder punitivo descontrolado acabaría con el estado de derecho (los bienes jurídicos perderían su

esencia) y la historia enseña que eso abre el espacio para la comisión de los peores crímenes de masa. Por ende, el derecho penal proyecta la tutela de todos los bienes jurídicos, en tanto que el poder punitivo los amenaza a todos por su potencial ofensividad en caso de descontrol” (p. 27 – 28).

Alessandro Baratta (2004), por su parte, ha defendido la tesis de un derecho penal mínimo, demarcado por ciertos principios extra e intrasistémicos para el diseño de una política-criminal consecuente con la tutela de los derechos humanos (p. 304). Éste último concepto es utilizado con una función dual por fungir como cerca limítrofe al *ius puniendi* y definir el objeto de protección de un vasto número de tipos penales. Empero, Baratta (1986) insiste en que, de “todos los instrumentos de política criminal, el derecho penal es, en último análisis, el más inadecuado” (p. 214).

La manutención del ordenamiento jurídico-penal depreca de la conservación de unos principios mínimos al interior del sistema de orden formal, funcional o personal; en cambio, su evolución del minimalismo se asienta sobre principios fuera de éste con tendencia a la descriminalización y la búsqueda alternativa de resolución de conflictos sociales (Baratta, 1986, p. 239). A continuación, los principios limitadores intrasistémicos planteados:

En el orden formal incluye los ya descritos principios de reserva legal o legalidad estricta, la taxatividad, la irretroactividad, la primacía de la ley penal sustancial sobre la procesal (Baratta. 2004, p. 306) y una novedosa, denominado como respeto por la representación popular, la cual demanda el cumplimiento de las reglas democráticas en la elección de los legisladores y el paso a paso de la aprobación de una iniciativa legislativa según la Constitución (Baratta. 2004, p. 307).

En aquellos de carácter funcional destacan los principios de subsidiariedad, proporcionalidad abstracta y concreta e idoneidad, respeto por las autonomías culturales y resarcimiento integral de la víctima, así como la respuesta no contingente e implementabilidad administrativa de la ley penal, los cuales, conminan al legislador y el ejecutivo a un exhaustivo análisis del fenómeno de la criminalidad y una selección inteligente del radio de acción del poder punitivo antes de la tipificación a mansalva (Baratta. 2004, p. 308 – 316). Mientras que, entre los principios de limitación personal, se atisba la imputación personal, la responsabilidad del hecho y la exigencia social del comportamiento conforme a la norma, todos ellos desarrollados en líneas pretéritas (Baratta. 2004, p. 317 – 323).

José María Silva Sánchez (1992) es otro exponente español que ha señalado cuáles deberían ser los principios inamovibles en la formalización del ejercicio del *ius puniendi*. En su insistencia de recrear un auténtico derecho penal mínimo, caracterizado por la reducción cuantitativa de la intervención penal, el incremento de garantías penales en el proceso y el rechazo de otros mecanismos de coerción estatal (p. 38), Silva Sánchez encuentra en la regulación normativa el vehículo para la introducción de ciertas garantías formales y materiales en calidad de límites a la práctica punitiva del Estado. De lo contrario, la “desformalización” del derecho penal trae consigo una intervención desmesurada de las instituciones públicas en el ámbito de libertad ciudadana (p. 251).

Tales principios “garantísticos” los divide en formales y materiales, así como el reconocimiento uno de carácter híbrido, pues guarda relación intrínseca con los anteriores: la protección exclusiva de bienes jurídicos.

Las garantías formales se engloban básicamente en el principio de legalidad, el cual, adquiere su protagonismo por medio de su cualidad de “preexistente”. De hecho, sin tal



aspecto se dificultaría reputarlo como barrera a la potestad sancionatoria del Estado (Silva Sánchez, 1992, p. 252). La legalidad es visualizada por el autor desde dos dimensiones, una técnica y otra política, donde subyacen otras garantías individuales y colectivas en el marco del derecho penal subjetivo. En la esfera técnica la legalidad estará vinculada con la preexistencia de una norma que incluya la descripción de los injustos. Su fin es propalar seguridad jurídica en los destinatarios de la norma, quienes podrán recibir con anticipación el mensaje coactivo de la prohibición legal y decidir libremente si acata o no la disposición.

Mientras tanto, la dimensión política explica las condiciones en que se legitima el principio de legalidad en un sistema democrático. La primera característica, estrictamente formal, es la reserva de esta función al órgano legislativo como representante de los intereses del pueblo, quienes en últimas serán los receptores de la proscripción conductual, y a su vez de un procedimiento en la discusión y aprobación basado en la voluntad general, sin desechar las opiniones de los sectores minoritarios (Silva Sánchez, 1992, p. 253). La segunda, en cambio, se refiere a la claridad en la definición de los elementos del tipo penal para su aplicación a un caso concreto, también llamado principio de taxatividad. Este mandato va dirigido tanto al legislador, en el momento que describe el comportamiento humano a prohibir, como al juez cuando verifica la adecuación típica en el juicio de responsabilidad, quien no podrá usar vía analogía una disposición en el juzgamiento de un hecho “parecido” (Silva Sánchez, 1992, p. 254). La reserva legal y la taxatividad no son más que dos cerraduras para asegurar el campo de libertad personal en el ordenamiento jurídico.

Por su parte, las garantías materiales apuntan hacia el amparo de los derechos individuales de los procesados ante el descomunal poder estatal. En atención a su vital importancia en la conservación de la dignidad humana, sus contenidos habitualmente se hallan consagrados en

la Carta Política. Silva Sánchez (1992) enuncia cuatro: la proporcionalidad, la humanidad, la igualdad y la resocialización. La proporcionalidad, en igual sentido a los demás autores, es una exigencia de toda sanción penal, la cual, debe guardar relación con la gravedad del acontecimiento. Por supuesto, lo proporcional atenderá a circunstancias históricas y culturales del conglomerado social, empero tendrá un vínculo inescindible con el daño o el riesgo generado para un interés primordial de la vida en sociedad. Para el autor, los principios de protección exclusiva de bienes jurídicos o de fragmentariedad es el aterrizaje de la proporcionalidad en la valoración del apartado fáctico (p. 260), pues el axioma aquí abordado es más cercano a la evaluación del quantum punitivo.

Los principios de humanidad y de igualdad, a diferencia de su antecesor, se centran en el sujeto, no en un examen de su conducta. Aunque la pena contenga una restricción a un derecho fundamental, no implica a su vez olvidar la deferencia hacia el ser humano, quien no pierde tal calidad y, por ende, debe ser tratado con dignidad por las instituciones. En ese entendido, a la luz de este primer principio, se excluirán sanciones que soslayen este trato humanitario, *verbi gratia*, las penas corporales, la tortura o los tratos crueles (Silva Sánchez, 1992, p. 261). En cuanto al principio de igualdad, este se resume en el tratamiento igualitario de las personas cuando se presenten circunstancias fácticas similares, habilitando la discriminación de medidas solo en eventos disímiles. Vista de este modo, la igualdad adquiere el adjetivo de material y será una premisa inamovible en la fundamentación del *ius puniendi* (Silva Sánchez, 1992, p. 262).

La última garantía material es la naturaleza resocializadora de la pena. Privar de la libertad a un hombre o una mujer tiene la misión de moldear sus hábitos conductuales incompatibles con una moral positivizada, por lo tanto, durante la amargura que produce el castigo la

persona debe tener los insumos para su “autodesarrollo” o al menos impedir su “desocialización” (Silva Sánchez, 1992, p. 263). Por esa razón, la pena de muerte o la cadena perpetua colisionan con las bases aforísticas de un Estado social y democrático de derecho basado en la conservación de la dignidad humana. A guisa de acotación, Silva Sánchez, aun cuando no reconoce la culpabilidad como un principio material, sí la considera una “síntesis de varias finalidades del Derecho penal, preventivas y garantísticas” (Silva Sánchez, 1992, p. 262) que engloba los principios de proporcionalidad y de igualdad, no obstante, en su texto no explica muy bien su exclusión ni cómo sus raíces conceptuales encierran otras garantías.

El colofón de este conjunto de prerrogativas se ve representado en la teoría de protección exclusiva de bienes jurídicos, donde se atisban las manifestaciones de las garantías formales y materiales antes mencionadas. Esta postura demarca el derrotero de la intervención penal hacia situaciones que ameriten, en términos de lesividad, cohibir el libre desarrollo de la personalidad de los individuos. Confluyen, además de la proporcionalidad y la fragmentariedad, los principios de utilidad y necesidad de la imposición de la pena. En la medida que un acto conculque un valor esencial para la armonía social y lo haga con tal magnitud que impida corregirlo con otros métodos coercitivos, se justificará el despliegue de la facultad punitiva del Estado en consonancia con la gravedad del daño causado (Silva Sánchez, 1992, p. 267). Entonces, el bien jurídico, no la “peligrosidad” de la conducta, será el punto de partida en la evaluación del merecimiento de la pena, pues la merma o amenaza hacia aquel asienta las bases del *ius puniendi*.

Silva Sánchez (1992) entiende que “sólo pueden ser bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización (que obviamente tiene lugar en la vida social)”; “determinados objetos se convierten en bienes jurídicos, por tanto, en la medida en

que están dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad” (p. 271). La introducción del daño social, por medio de la noción de bien jurídico, descartan de plano cualquier asomo de comportamientos inmorales en el repertorio de descripciones fácticas vedadas por el legislador. Una tesis en contrario desnaturalizaría la utilidad del derecho penal al no hallarse diferencia alguna con las demás instituciones jurídicas empleadas para el control social.

Ahora, el autor reconoce que ningún concepto de bien jurídico va a ser suficiente para definir *ex ante* cuáles acciones son acreedoras de reproche penal, al existir un sinfín de variables para tener en cuenta por el legislativo en su quehacer de tipificación. Ni siquiera la estrategia de asirse a los preceptos constitucionales como fuente directa de los bienes jurídico-penales tiene la potencialidad de otorgar una respuesta anticipada a esta incógnita, aunque sí la estima válida como fundamento primigenio en esta ardua labor decantada en el ejercicio democrático. En sus palabras, “el ámbito de las realidades consagradas explícita o implícitamente por la Constitución resulta describir un marco flexible y ambiguo”, así que “no todas aquellas realidades contempladas en la misma adquieren, en virtud de ello, la cualidad de penalmente protegibles” (Silva Sánchez, 1992, p. 274).

Lejos de estar resuelto este asunto, en los últimos años ha crecido en las esferas sociales una demanda a los líderes políticos y operadores de la justicia de mayor dureza en el trato contra los infractores de la ley penal. Este clamor ciudadano se ha traducido en el Congreso de la República en una hiperinflación legislativa en materia punitiva que desconoce, en muchos casos, los principios o límites razonables al derecho de castigar del Estado antes esbozados. Este fenómeno de inflación en tipos penales y dureza en sus sanciones, así como sus posibles causas, se estudiará a continuación.

### 2.3. El problema de la hiperinflación punitiva

En el primer apartado de este capítulo, entre otras conclusiones, se anticipó la aparente ineficacia de la teoría del bien jurídico en la contención de la expedición de leyes penales alejadas de los fines del derecho penal liberal, puesto que un concepto, por sí mismo, no puede limitar lo que en el plano fáctico hace una autoridad política. En Colombia, por ejemplo, ha crecido el número de reformas y la ampliación de descripciones típicas en el Código Penal<sup>75</sup> que *ab initio* no concuerdan con los principios limitadores del *ius puniendi* antes expuestos. Esta tendencia ha producido un desborde en las facultades punitivas del Estado, profundizando los inconvenientes de funcionamiento en los establecimientos carcelarios<sup>76</sup> y coartando cada vez más el campo de libertad de los ciudadanos<sup>77</sup>. De acuerdo

---

75 Según Cita & González (2017) entre el período 2000-2016 se presentaron las siguientes reformas a la Ley 599 de 2000: 86 aumentos punitivos, 69 tipos penales creados (5 de ellos fuera del Código Penal, también llamados paratipos penales), 93 ampliaciones descriptivas de tipos penales ya existentes y 4 cambios de pena principal de multa a prisión (p. 88, 125, 166 y 171). Cita & González concluyen que las “diversas transformaciones tienen principalmente dos tipos de manifestaciones: el endurecimiento punitivo y la ampliación del espectro de control penal” (p. 177). Así mismo, realiza una comparación entre el máximo de la pena establecida en la historia de la legislación colombiana. De conformidad con estos autores, desde la primera codificación penal creada con la Ley 95 de 1936 (artículo 45) hasta el código penal vigente con la Ley 599 de 2000 (artículo 31), con todas sus reformas y aditamentos, la pena máxima de prisión pasó de 24 a 60 años, evidenciando un incremento del 150% (p. 179). No obstante, se presentan escenarios donde el tipo penal supera por sí mismo esta barrera de los 60 años, por ejemplo, las descripciones fácticas contenidos en los numerales del delito de tráfico de niños, niñas y adolescentes (artículo 188C) puede alcanzar un máximo de hasta 90 años y el homicidio en persona protegida (artículo 135) en su segundo inciso se elevaría hasta 75 años. Inclusive, tratándose de lavado de activos (artículo 323) la pena máxima, al agravarse la conducta de conformidad con el inciso cuarto del artículo 323, el artículo 324 y el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011, ascendería hasta 118,12 años de prisión. Según, Cita & González (2017) se trataría de la sanción más grave del Código Penal (p. 209).

76 De acuerdo con el último informe estadístico publicado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario en 2021 (INPEC, 2021, p. 24-27) para octubre de ese año los 133 Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional (ERON) contaban con una capacidad para 80.429 reclusos y la población carcelaria asciende a 96.898, con un índice de hacinamiento de 20,5%. En comparación con la población estimada de Colombia 51'049.498 (DANE, 2018) un 0,3% se encuentra privada de la libertad, con una tasa de 338 reclusos por cada 100.000 habitantes (INPEC, 2021, p. 13). Esta cantidad de personas privadas de la libertad genera un costo promedio anual por cada interno de hasta \$28'704.586 COP, aunado a los gastos de infraestructura e inversión, exigiría al Sistema Penitenciario y Carcelario hacer erogaciones de hasta de \$2.778.230.737.818 COP (INPEC, 2021, p. 66) para un apropiado funcionamiento. Sin embargo, la apropiación presupuestal de gastos para el cumplimiento de las funciones del INPEC en el año 2021, aprobada por la Ley 2063 de 2020, fue de casi la mitad: \$1.486.434.927.818 COP.

77 El endurecimiento punitivo no sólo se presenta con el aumento de las penas o la ampliación del espectro del tipo penal, igualmente se logra este cometido con la disminución del alcance o aplicación de los subrogados

con Hernández Moreno (2020), dicha inflación punitiva se evidencia en cuatro tendencias legislativas: (i) el aumento en la duración de las penas de prisión; (ii) la creación de nuevos delitos; (iii) la limitación en el uso y aplicabilidad de medidas judiciales o administrativas alternativas a la privación de la libertad y; (iv) la modificación de las reglas procesales para facilitar la imposición de medidas privativas de la libertad (p. 14).

Una de las principales causas de esta problemática es la práctica cada vez más asidua en el espectro político del populismo punitivo, el cual, “pretende ‘dogmatizar’ la seguridad ciudadana, concibiendo un derecho penal a su servicio” (Quenta Fernández, 2017, p. 135), con una vocación exclusivamente electoral. De esta manera, se produce un desplazamiento de los expertos, es decir, profesores, criminólogos y operadores de justicia, en la discusión de la política criminal y pasan a ser reemplazados por la “gente sufrida y mal atendida, especialmente la voz de ‘la víctima’ y de los temerosos y ansiosos miembros del público”, representados por los congresistas o parlamentarios, a quienes se le endilga “voz de la ‘experiencia’, del ‘sentido común’, de ‘lo que todos saben’” (Garland, 2001, p. 49).

Las propuestas cursadas a la sombra de esta peligrosa tendencia no responden a las necesidades de lucha contra la criminalidad, ante su ineficacia para disminuir la cantidad de delitos, prevenir la comisión de los mismos y reintegrar al condenado para evitar la reincidencia. Su talante es únicamente represivo, alimentado por la sensación de inseguridad

---

penales. Prohibiciones establecidas en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 y el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 impiden la concesión de la prisión domiciliaria (artículo 38 de la Ley 599 de 2000), la suspensión de la ejecución de la pena (artículo 63 *ibid.*) o las rebajas por preacuerdos (artículo 350 de la Ley 906 de 2004), entre otros beneficios judiciales. Por ejemplo, tratándose de la suspensión de la ejecución de la pena su aplicación pasó de 79,1% de las conductas establecidas originalmente en el Código Penal original al 38,9% con las reformas entre los años 2000 al 2016 (Hernández Moreno, 2020, p. 135). Similar reducción dio lugar con la prisión domiciliaria que pasó del 74,3% de aplicabilidad de las conductas en el año 2000, al 52,3% para el año 2016 (p. 135).

ciudadana y muchas veces por el clamor de venganza, como estrategia para conseguir adeptos. Además, representa una salida fácil y rápida para entregar “soluciones” a los votantes, olvidándose de diseñar políticas públicas a mediano y largo plazo enfocadas en la prevención del delito.

Instituciones de control social, como las cárceles o penitenciarias, han adquirido una mayor relevancia entre la comunidad, quienes la perciben como un lugar de dolor, sufrimiento y castigo merecido para el infractor. Garland (2001) refiere que este “renacimiento” de la cárcel corresponde a una influencia del modelo económico neoliberal que pretende aislar un sector poblacional “problemático”. De hecho, la “cárcel se ubica precisamente en el punto de encuentro de dos de las dinámicas sociales y penales más importantes de nuestro tiempo: el riesgo y la retribución” (p. 322). Este prisma permite atisbar cómo el modelo económico contribuye a excluir al “delincuente” del tráfico social, desechándolo en los establecimientos carcelarios, sin reconocer su papel en el origen de varias modalidades delictivas surgidas de la marginalidad y la pobreza provocada por él mismo (p. 323).

Para Garland (2001) otro ingrediente cultural que fortalece el populismo punitivo en las sociedades neoliberales es la visualización cada vez más de la víctima como eje axial del proceso penal, removiendo paulatinamente al condenado. Esta es una repercusión de la privatización de los “sentimientos morales”, donde la solidaridad e indignación de las personas dependen del grado de irrupción del delito en la individualidad, cimiento del libre mercado, mas no en la afectación del sistema social o sus instituciones. Por ende, en “la cultura individualista del capitalismo consumista, el derecho depende cada vez más de identificaciones de tipo individual”, mientras que la “justicia, como los otros bienes públicos

(...) se expresa cada vez más en la moneda de la sociedad de consumo, cada vez más adaptada a la demanda individuada” (p. 324).

Los medios de comunicación ocupan igualmente un papel preponderante en la polarización de la opinión pública al avivar el sentimiento de indignación por la “degradación de la moral” y de miedo por el aumento de la inseguridad. La visibilización permanente de noticias alusivas a acontecimientos delictivos, muchas veces con morbo y exageración, genera rating a los medios y oportunidades a los políticos para la presentación de propuestas populistas en aras de satisfacer la demanda pública de más castigo. El efecto inmediato es una manipulación de la opinión pública coordinada por las esferas del poder, en contubernio tácito con los medios de comunicación masiva, que hacen ver al infractor de la ley penal como un “monstruo”, sin escrúpulos, quien ha decidido deliberadamente afectar la armonía social para sus fines egoístas, en contraposición a la “gente de bien” y, como quiera que “los buenos somos más”, se acude al derecho penal para neutralizar a la “oveja negra” de la manada. Con el beneplácito de los medios se “han puesto de moda calificaciones como las de ‘predador sexual’, ‘criminal incorregible’, ‘asesino en serie’, ‘jóvenes desalmados’ que reflejan acertadamente el nuevo estatus social, deshumanizado, del delincuente” (Díez Ripollés, 2004, p. 9).

El populismo punitivo no es la única razón del desmesurado aumento del derecho penal en la resolución de conflictos sociales. Silva Sánchez (2001) detecta otros factores que han acelerado la tipificación de conductas en la actualidad:

(i) El nacimiento de nuevos intereses o bienes jurídico-penales. La aparición de realidades y riesgos sociales, antes inexistentes, conduce a la ampliación o expedición de norma para su cobertura y regulación (Silva Sánchez, 2001, p. 25), verbigracia, la manipulación genética,



el hurto por medios informáticos o los delitos transnacionales. En Colombia, por ejemplo, hallamos el título VII BIS “De la protección de la información y de los datos”, introducido al Código Penal por medio de la Ley 1273 de 2009, cuya finalidad es punir los atentados contra la confidencialidad, disponibilidad e integridad de datos y sistemas informáticos. Así mismo, se destaca la reevaluación de la importancia social de realidades ya existentes, aunque no estaban sometidas al abrigo de la ley penal. Temas como el medio ambiente, el patrimonio cultural o los derechos de autor son elevados a categoría de bienes jurídicos como parte de una expansión “razonable” del derecho penal.

(ii) La sensación social de inseguridad. El progreso tecnológico e industrial que se experimenta desde la aparición de la internet y el proceso de globalización ha suscitado en los grupos sociales nuevas preocupaciones ante el riesgo de ver perjudicado sus intereses (Silva Sánchez, 2001, p. 30). Este sentimiento de inseguridad o desasosiego permanente conllevó a su institucionalización en la teoría del delito con la penalización de conductas de peligro abstracto, esto es, aquellas que amenazan presuntamente con la vulneración de un bien jurídico, y de comisión por omisión, es decir, recibir una sanción por no evitar un resultado lesivo estando en la obligación y la capacidad de evitarlo. El objetivo es instar a los individuos y entidades mantener bajo su control los riesgos derivados de sus actividades so pena de un reproche penal, lo que representa un síntoma de interdependencia social y una pérdida gradual de dominio de la esfera personal (Silva Sánchez, 2001, p. 33 – 35).

Parte de la causa del aumento en la sensación de riesgo en la población es el agrandamiento infundado de hechos, situaciones o escenarios hipotéticos que detentan un grado moderado de peligro, a cargo de los medios de comunicación. En estas condiciones emerge un ideal de “seguridad” como valor invaluable para la ciudadanía que demanda

medidas cada vez más estrictas para su conservación. Entonces, conceptos como el “riesgo permitido” o las conductas “socialmente adecuadas”, propias de la imputación objetiva, tienen menos cabida en el derecho penal de las sociedades actuales orientada a una “restricción progresiva de las esferas de actuación arriesgada” (Silva Sánchez, 2001, p. 45). Se trata del fenómeno de proliferación de sujetos pasivos en las relaciones intersubjetivas que busca siempre un responsable ante cualquier evento que comprometa su bienestar.

(iii) La identificación de la sociedad con la víctima del punible. Una de las explicaciones de la creciente exigencia de punibilidad es la fuerte alteridad entre los miembros de la comunidad, explicada según Garland por el sistema socioeconómico. Esto significa que, pese a no recibir los daños del ilícito, me identifico como una potencial víctima y, en consecuencia, exijo mayor severidad y celeridad en la imposición de un castigo, ya que el Estado no pudo garantizarle su seguridad a quien sí padeció los efectos del delito (Silva Sánchez, 2001, p. 55 – 57). Una muestra de este ensalzamiento de la función retributiva de la pena se encuentra en el regreso de debates alrededor de la pena de muerte o la cadena perpetua, la disminución de la edad de responsabilidad penal en los sistemas juveniles (Silva Sánchez, 2001, p. 60) o la eliminación de garantías procesales del sindicado.

Esto se acompasa con la desaparición de la compasión o “misericordia” hacia el delincuente entre los demás integrantes de la comunidad. La cólera colectiva suscitada por ocasión del delito se descargará en una “exigencia moral de retribución en lugar del compromiso por buscar una solución justa, de carácter social” (Garland, 2001, p. 45). La ausencia de empatía se alimenta cada vez más del temor a ser la próxima víctima de un crimen, sin preocuparse por las causas de este fenómeno, frecuentemente encontradas en la desigualdad social u olvido selectivo de sectores populares por las instituciones del Estado.

Ha llegado a tal punto esta animadversión con el procesado que “todo lo que se hace por los agresores (por ejemplo en términos de tratamiento humanitario) tiende a presentarse como ofensivo para las víctimas” (Gargarella, 2008, p. 87).

(iv) El desprestigio de otros medios de protección. Si bien las razones esgrimidas con anterioridad dan cuenta de una creciente reclamación de la comunidad por mayor defensa de intereses sociales, la explicación de una migración de tales solicitudes hacia el derecho penal ha sido el descrédito o insuficiencia de otros mecanismos de amparo en su quehacer de preservar bienes jurídicos (Silva Sánchez, 2001, p. 61). Esta idea de incapacidad institucional para la resolución de conflictos persiste en el imaginario colectivo por la disolución de una “ética social mínima” en los Estados modernos donde lo bueno y lo malo no son tan distinguibles, tesitura provocada en parte por la separación entre la moral y el derecho (Silva Sánchez, 2001, p. 62). El efecto inmediato es la insuflación del Código Penal de actos apenas antijurídicos e inmorales, de tal guisa, que se reemplace la ética de la sociedad por un catálogo de proscipciones.

Así, se provoca una huida hacia el derecho penal. Asuntos antes decantados en el derecho administrativo sancionatorio, ya sea en las áreas policiva, medioambiental, comercial, tributaria entre otros, han venido a recalar en el derecho penal ante la “administrativización” de la tipología de injustos, los cuales se penalizan, no por su grado de lesividad, sino por la “gestión” de los problemas sociales (Silva Sánchez, 2001, p. 130).

(v) Los nuevos gestores de la moral colectiva. La apertura de espacios de participación y la visualización de sectores desfavorecidos, antes invisibilizados por patrones de discriminación, trajeron estándares de reivindicación social y jurídica. Así, agrupaciones feministas, ambientalistas, progresistas e izquierdistas han pregonado por el empleo del

derecho penal como una de las alternativas para reafirmar sus ideologías (Silva Sánchez, 2001, p. 67), en muchas ocasiones de un modo exclusivamente “simbólico”. En la legislación nacional, los tipos penales de feminicidio y maltrato animal son un claro prototipo de la injerencia de dichos gestores de la moral contemporánea.

(vi) El gerencialismo del *ius puniendi*. Los gobiernos de turno perciben el derecho penal como un instrumento, lo despojan de sus auténticos fines y lo colocan a merced de otro propósito: la seguridad pública. En esa medida, principios procesales y sustantivos inherentes a un derecho penal garantista son vistos como escollos para la consecución de este sólido ideal colectivo de brindar más seguridad a la ciudadanía (Silva Sánchez, 2001, p. 74). Se gerencia o administra la facultad punitiva con miras a hacerlo más eficiente y transmitirles a los habitantes la obtención de logros en términos de seguridad. Una de las estrategias es la privatización de la investigación criminal o de las actividades de policía, entregarle la administración del sistema penitenciario a particulares y habilitar a las partes involucradas a finiquitar sus diferencias sin intercesión del Estado (Silva Sánchez, 2001, p. 75 – 76), sin desvincular al derecho penal en la puesta en práctica de estas medidas dada su alta carga suasoria y simbólica para el colectivo.

Los estatutos procesales también han caído en esta dinámica “eficientista” del derecho penal, pues ya no son considerados simples medios para lograr el fin principal, esto es, la imposición de una pena bajo reglas garantistas. Ahora son percibidos como un mecanismo de control en sí mismo, supeditando los aspectos sustantivos del área penal al aspecto procedimental (Sotomayor, 2007, p. 38). ¿Cuáles son las repercusiones? El uso cada vez más amplio de las medidas privativas de la libertad durante el curso del proceso penal, la privación de otros derechos, pecuniarios, políticos, entre otros, como decisiones cautelares o la

habilitación de itinerarios de terminación anticipada con figuras de preacuerdos, allanamiento a cargos y aplicación de principio de oportunidad sujetos a colaboraciones con la justicia. Se obtiene, entonces, “una máquina de producción de condenas sin proceso” (Torres Cadavid, 2010, p. 17).

En Colombia, Sotomayor Acosta (2007) advierte que los altos índices de criminalidad y la débil respuesta institucional, en especial en el ámbito investigativo, son los causantes de una irracionalidad legislativa en materia penal. Se convierte el derecho penal en un “arma de guerra” con la finalidad de “aniquilar o en todo caso vencer al adversario” y si bien resulta ilegítima, es a la vez “una herramienta necesaria en la construcción de un proyecto de ciudadanía, en cuanto mecanismo de protección de los derechos del individuo” (p. 16). La inclinación hacia el endurecimiento punitivo en el país se acrecienta, más aún, con la lucha contra la insurgencia y otros grupos armados al margen de la ley como bastión político de los últimos gobiernos de turno. Una mirada a las sanciones previstas en la Ley 599 de 2000 para el secuestro (artículos 168 y 169), la extorsión (artículos 244 y 245), el concierto para delinquir (artículo 340) o el porte ilegal de armas (artículo 365) no están concebidas para lidiar con la “criminalidad común, sino para enfrentar punitivamente al enemigo” (p. 49).

En una investigación acerca de las políticas legislativas a las reformas de los delitos sexuales en Colombia, Natalia Torres Cadavid (2010) asegura que:

“la legislación populista en el país es prevalentemente consecuencia de las ideas de los políticos y no del consenso. Es sin duda, la dinámica en dirección legisladores-pueblo la que prima en la configuración de la política criminal, con su fuerte actividad de manipulación, creación de imaginarios comunes y visibilidad mediática” (p. 33).

## **2.4. Recapitulación**

El arribo del concepto de bien jurídico a la dogmática penal transformó los fundamentos de la potestad sancionatoria, depositada por los conciudadanos en el Estado, al orientar su legitimidad en la retribución de un mal causado a un interés, valor o relación de importancia social. Por bien jurídico o jurídico-penal entenderemos como aquella condición o circunstancia social indispensable para la comunión pacífica entre sujetos que comparten una idiosincrasia, deducida de sus vicisitudes históricas y culturales, cuya afectación altera profundamente el ejercicio de la individualidad o los procesos de interacción intersubjetiva y que, por tal razón, es objeto de protección legal y/o constitucional.

Este término trae aparejado diversas consecuencias en las finalidades de la pena, las categorías del delito o la estructuración de los tipos penales. Sin embargo, se resalta acá su función limitadora a la facultad de criminalización de conductas que reposa en el órgano legislativo. Sus características previas y externas a la discusión legal guardan un enorme potencial en la fijación de linderos impasables para el legislador, tales como, los comportamientos inmorales, las acciones de escasa ofensividad social o de peligro abstracto. Además, la teoría del bien jurídico goza de una relación intrínseca con las razones que legitiman el control judicial de las leyes, al propender por el “libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales [coto vedado] y el funcionamiento de un sistema estatal [reglas democráticas] edificado sobre esa finalidad” (Roxin, 2013, p. 5).

A pesar de esto, aún gira en la órbita del congreso, parlamento o asamblea, la decisión final sobre cuáles bienes jurídicos deben ser merecedores de reproche penal, al ser el legislativo el principal representante del pueblo en un sistema democrático. En últimas, la teoría de protección exclusiva de bienes jurídicos encuentra una barrera similar a la de la

dificultad contramayoritaria, estudiada en el capítulo anterior. Esto, porque a cualquier otra entidad le estaría vedado señalarle al legislador cuáles intereses o valores sociales deben considerarse bienes jurídicos susceptibles de protección penal. Ahora bien, este escollo se puede sortear con una medida de orden normativo: constitucionalizar el contenido y alcance del bien jurídico. Solo de esta forma se obtendrá un parámetro vinculante para el legislador en el desarrollo de su tarea de tipificación punitiva, en tanto la Constitución encarna la voluntad del constituyente primario y, por ende, el marco axiológico de un Estado democrático. Aun así, este referente normativo no puede ni debe contener una lista de bienes jurídicos, más bien contribuirá a trazar unos extremos o fronteras de libertad al legislador que no podrá invadir mediante el uso del *ius puniendi*.

En la doctrina se han identificado ciertos principios, derivados de la teoría de protección exclusiva de bienes jurídicos, que fungen como límites al poder punitivo del Estado y están presentes en disposiciones de índole constitucional. Aquí se abordaron las propuestas de unos pocos autores (Roxin, Silva, Ferrajoli, Baratta, Zaffaroni y Mir Puig) quienes definen, sistematizan y clasifican diversos principios. Entre los más notables hallamos la legalidad, la proporcionalidad, la necesidad o utilidad, la culpabilidad o la lesividad. Tal como veremos más adelante, estos principios encuentran eco en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Pese a los argumentos teóricos expuestos, donde es palpable la inclinación hacia un derecho penal mínimo, en la praxis se evidencia en la sociedad una actitud adversa. En el afán de “vender” mayor seguridad a la población o de cubrir escenarios lesivos antes inexistentes se penalizan comportamientos sin incidencia alguna en bienes jurídicos. Este

retroceso<sup>78</sup> presenta múltiples causas, como la demagogia política, la aparición de nuevos riesgos sociales o la “administrativización” del derecho penal, y ha contribuido a la hiperinflación punitiva, reflejándose en el desborde del catálogo de delitos, el endurecimiento de las penas y el acotamiento de los mecanismos alternos a la privación de la libertad.

¿Cómo lidiar con este problemático panorama? Por medio del reconocimiento de los principios limitadores de la potestad punitiva extraídos de la Constitución, partiendo por supuesto de un derecho penal enfocado en amparar únicamente bienes jurídicos. Para este cometido es menester acudir a un guardián judicial que ejerza un control constitucional sobre las leyes y expulse del plexo normativo las disposiciones contrarias. En el siguiente acápite se propenderá por hallar en la jurisprudencia de la Corte Constitucional susodichos límites que cumplan con la tarea de deslindar la potestad de tipificación del Congreso de la República.

---

78 Silva Sánchez (2001) repara con preocupación: “Pese a que es innegable que la evolución histórica del Derecho penal se define por una progresiva disminución del rigor de las sanciones que impone, en la sociedad de la inseguridad se observa, de modo quizá pasajero, pero en todo caso claramente perceptible, una orientación hacia el incremento de las sanciones y, asimismo, a su ejecución rigurosa. La misma inseguridad determina, aparentemente, el definitivo abandono de tesis resocializadoras y la primacía de los aspectos de prevención especial negativa, esto es, de intimidación individual e inocuización” (p. 121).



### **3. Límites constitucionales a la libertad de configuración legislativa en materia penal**

*“Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad” (Von Bar, 1992, p. 334).*

La Constitución Política de Colombia de 1991 en su artículo 113 consagra las tres ramas del poder público: la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Otorga al primero de ellos la función de “hacer las leyes”, incluyendo la expedición de códigos en “todos los ramos de la legislación” y la reforma de tales disposiciones, según el artículo 114 y el numeral 2 del artículo 150 ibidem. Estas referencias constitucionales fundamentan la potestad de configuración legislativa del Congreso de la República en materia penal. Labor que se despliega en un amplio margen de movilidad para responder a las vicisitudes político-criminales de la sociedad. Aunado a lo anterior, las solemnidades para deliberar, objetar y aprobar la normatividad en estos asuntos, la participación de un órgano consultor como el Consejo Superior de Política Criminal<sup>79</sup> y el ejercicio indirecto de la soberanía a cargo de los senadores y representantes a la cámara, de conformidad con el artículo 3 de la Constitución, robustecen la validez en la toma de decisiones del poder legislativo en la creación de leyes penales.

Ahora bien, tal como se abordó en el primer capítulo, el principio democrático encuentra sus límites en la defensa de las reglas de funcionamiento de la democracia y el respeto irrestricto por los derechos fundamentales como conquista histórica de la humanidad. Este catálogo, no taxativo, de prerrogativas está consagrado en la misma fuente normativa de la

---

<sup>79</sup> El Decreto 2055 del 16 de octubre de 2014 instituyó el Consejo Superior de Política Criminal como “órgano asesor del Gobierno Nacional en la implementación de la política criminal” y emitir “concepto previo, no vinculante, sobre todos los proyectos de ley y de acto legislativo” sobre la materia.

potestad legislativa: la Constitución Política. Así pues, el artículo número 1 define a Colombia como un Estado social de derecho fundado en la deferencia hacia la dignidad humana y entre los artículos 11 y 41 desarrolla las garantías fundamentales de las personas en el territorio nacional. De dicho listado, es dable extractar ciertos linderos a la facultad de creación de tipos penales en cabeza del legislador:

Artículo	Límites constitucionales
6	Responsabilidad penal se deriva por infringir la ley y la Constitución. Los servidores públicos responden, además, por la omisión o extralimitación de sus funciones.
11	Prohibición de pena de muerte como sanción penal.
12	Prohibición de someter a desaparición forzada, tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes.
13	Prohibición de dar un trato desigual en los tipos penales a sujetos con identidad de condiciones fácticas.
16 <sup>80</sup>	Goce del derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.
17	Prohibición de la esclavitud, servidumbre y trata de seres humanos como sanción penal.
28	Prohibición de detención, prisión o arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles y privación de la libertad solo por motivos previamente definidos en la ley.
29	Juzgamiento conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa y derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho ( <i>non bis in ídem</i> ).

---

80 Autores como Restrepo Rodríguez (2010, p. 163), Fernández Carrasquilla (1989, p. 57), Barbosa Castillo y Gómez Pavajeau (1996, p. 44 y ss.) consideran que este artículo inserta en la Constitución la postura de un derecho penal dirigido a la protección de bienes jurídicos. En ese entendido, “una vez asumido que el Derecho penal protege bienes jurídicos, éstos necesariamente deberán encontrar referencia en los derechos fundamentales de las personas para que sea tolerable la limitación de la libertad reconocida en el art. 16 mencionado, que se presenta siempre frente a cualquier intervención penal” (Restrepo Rodríguez, 2010, p. 182).

34	Prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua <sup>81</sup> y confiscación.
----	---

**Tabla 1.** Límites constitucionales previstos en la Constitución Política de 1991.

Por su parte, los artículos 93 y 94 de la Constitución abren las puertas para la inclusión de criterios limitadores al *ius puniendi* contemplados en tratados internacionales sobre derechos humanos o en derechos inherentes a la persona humana, que no figuren expresamente en la Constitución o en los convenios internacionales vigentes. Eso implica que las decisiones emitidas por autoridades encargadas de salvaguardar la integridad de esta clase de tratados también adquieren fuerza vinculante en el orden interno, verbigracia, las sentencias de la Corte IDH<sup>82</sup>.

Para mantener la integridad y supremacía de la Constitución Política en el estamento normativo se ha asignado a la Corte Constitucional el rol de guardián e intérprete. Su función

---

81 La expresión “prisión perpetua” había sido excluida por el Acto Legislativo 1 de 2020, pero en sentencia C-294-21 la Corte Constitucional determinó que esta reforma sustituía un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución, así que declaró su inexequibilidad. El juicio de sustitución es un método que exige demostrar “que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución de 1991 fue reemplazado por otro integralmente distinto”, según sentencia C-1040-05. Aunado a lo anterior, la Corte IDH, en el fundamento 174 del Caso Mendoza y otros vs. Argentina, estableció que el artículo 5.2 de la CADH, referente al derecho de no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, se extiende a los “castigos corporales, la pena de muerte y la prisión perpetua”, razón suficiente para colegir el impedimento del Congreso de la República de prescindir de esta prerrogativa del artículo 34 constitucional. Incluso, el Consejo Superior de Política Criminal emitió concepto 01.2019 desfavorable a esta iniciativa legislativa por sus falencias constitucionales frente a los tratados internacionales, la función resocializadora de la pena y la dignidad humana.

82 La CADH es un instrumento internacional que protege garantías fundamentales y en virtud de su contenido, especialmente del artículo 2 sobre el deber de adoptar disposiciones en el derecho interno, los Estados parte están en la obligación de ejercer un control de convencionalidad a las disposiciones que rijan en su ordenamiento jurídico, incluyendo las de índole constitucional. En concordancia con lo anterior, es la Corte IDH el órgano jurisdiccional llamado a interpretar y mantener vigente la letra de susodicho tratado a través de sus fallos, los cuales, detentan fuerza vinculante en Colombia en virtud del artículo 93 superior, así lo señaló la Corte Constitucional (2000) en sentencia C-010-00 al afirmar que “la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales” (fundamento 7). En cuestión de la adopción de los pronunciamientos de la Corte IDH en la jurisprudencia doméstica por bloque de constitucionalidad puede verse *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana* de Arango Oyola (2004), *El control de convencionalidad y el sistema colombiano* de Quinche Ramírez (2009), o *Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano* de Córdoba Triviño (2007).

se justifica a partir de la naturaleza cambiante de este documento, adaptable a los paradigmas socio jurídicos contemporáneos, mediante una adecuada lectura y aplicación de su contenido. Es precisamente esta tarea que la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 le encomendó a la Corte Constitucional por medio del artículo 241 de la Carta Política. Una de las aristas de esta labor es la de decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que los ciudadanos presenten contra las leyes, ya sea por vicios de procedimiento o en su contenido material, cuyos fallos hacen tránsito a cosa juzgada. En consecuencia, el análisis de las providencias de este tipo<sup>83</sup> proveerá interpretaciones de carácter vinculante.

En ese orden de ideas, la búsqueda de los límites constitucionales a la potestad de tipificación punitiva en Colombia deberá concentrarse, principalmente, en la revisión y estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que examine la cuestión. Para lograr este objetivo, en este tercer capítulo se realizó: (i) un mapeo jurisprudencial de aquellos fallos de constitucionalidad en los que se invoquen uno o más principios o límites al *ius puniendi*. Esto lleva aparejado un análisis cuantitativo de aspectos formales de las sentencias, por ejemplo, tipología de “resuelve”, cantidad de fallos por año, leyes acusadas, principios o

---

83 El artículo 241 de la Constitución señala cuáles son las facultades de la Corte Constitucional, entre las cuales se desprende el control constitucional de las leyes, actos reformativos, decretos legislativos, decretos con fuerza de ley, convocatorias a mecanismos de participación ciudadana y la exequibilidad de tratados internacionales; la revisión eventual de las decisiones de tutela y la unificación jurisprudencial, cuestiones que resuelve mediante las sentencias “C”, “T” y “SU”. Adicional a lo anterior, los efectos de las sentencias “C” o de constitucionalidad pueden modularse, circunstancia que ha abierto paso a la clasificación de los pronunciamientos de la Corte Constitucional según la modulación de su contenido o de sus efectos. Las primeras se caracterizan por condicionar la declaratoria de exequibilidad o inexecuibilidad a través de la interpretación, integración o sustitución de la norma demandada o, en otros términos, “la Corte, en vez de retirar del ordenamiento la disposición acusada (inconstitucionalidad) o mantenerla sin modificaciones (constitucionalidad), emite un fallo que altera parcialmente ese contenido” (Martínez Caballero, 2000, p. 24); mientras que las otras afectan la temporalidad de la decisión de inexecuibilidad, ya sea de forma retroactiva *ex tunc* o diferida *ex nunc*, pues en estos escenarios la Corte constata “la inconstitucionalidad material de una norma pero decida mantener su vigencia, ya que en estos casos resulta todavía más inconstitucional la expulsión de la disposición acusada del ordenamiento por los graves efectos que ella acarrea sobre otros principios constitucionales” (Corte Constitucional, C-221 de 1997, fundamento 27.3).

límites mencionados o tipos penales abordados, entre otros; (ii) el estudio cualitativo de cada uno de los principios, límites o criterios limitadores desarrollados por la Corte Constitucional en sus pronunciamientos y; (iii) unas breves conclusiones de la actividad desplegada por el alto tribunal en la tarea de fijar linderos a la amplia libertad de configuración legislativa en materia penal sustantiva.

### **3.1. Mapa jurisprudencial**

En este apartado se hará un mapeo<sup>84</sup> de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los límites a la libertad de configuración legislativa en la edificación de la política criminal del Estado. Más exactamente, de las sentencias de constitucionalidad donde se aborde el alcance de la facultad de tipificar conductas como punibles. Antes de exponer los hallazgos de esta investigación es importante aclarar que este “mapa” jurisprudencial no se equipara a una precedente o línea jurisprudencial, dado que esta última se refiere a la identificación de una forma de resolver un problema jurídico cuando se presenten unos mismos presupuestos de hecho con el ánimo de extender el grado de vinculatoriedad de una decisión a casos análogos (López Medina, 2000, p. 141).

En la selección de providencias de este trabajo no se comparte un núcleo fáctico en particular, más bien, se extractan consideraciones de la Corte Constitucional en torno al mismo tema: los límites a la potestad de configuración legislativa en materia penal sustancial. Esto ha sido denominado por el López Medina (2006) como “jurisprudencia indicativa”, la cual se concentra en la “definición de conceptos jurídicos de sentencias anteriores” (p. 116).

---

84 El Diccionario de las Real Academia Española (DRAE) define mapear como el acto de “localizar y representar gráficamente la distribución relativa de las partes de un todo”.

El objetivo, entonces, no será develar un criterio de derecho que zanje un problema jurídico en casos similares, sino ubicar en el universo de la jurisprudencia del máximo organismo de la jurisdicción constitucional los principios, límites o criterios esbozados que contiene la vasta potestad de tipificación punitiva del Congreso de la República, en qué año aparecieron, cuál es su contenido o alcance, cómo fueron esquematizados y de qué manera han evolucionado durante el paso del tiempo.

Para tal motivación, se hará uso de la presentación gráfica de la información hallada, su parametrización en bases de datos, la sistematización de los límites constitucionales acorde a los pronunciamientos de la corporación, se estudiará el contenido material de cada uno de ellos y su relación entre sí. De esta manera, ubicaremos en: (i) tiempo, en lo atinente a los años de aparición y los momentos hito de su desarrollo y; (ii) espacio, es decir, su posición en los esquemas trazados por la Corte Constitucional y cómo se correlacionan con los demás.

Por las razones antes expuestas, en las líneas venideras de este capítulo se llevará a cabo un análisis cuantitativo y cualitativo de las sentencias de constitucionalidad emitidas por esta corporación donde se fijaron límites, criterios o principios que condicionan la libertad de configuración legislativa en el campo del derecho penal sustantivo desde 1992 hasta la actualidad. El proceso de selección de estos pronunciamientos se efectuó a partir de una pesquisa manual en el motor de búsqueda Google, la relatoría de la Corte Constitucional de Colombia y las normas demandadas en los dos códigos penales que han estado en vigencia desde la expedición de la Constitución Política de 1991, esto es, el Decreto Ley 100 de 1980 y la Ley 599 de 2000, con sus modificaciones o aditamentos.

Los baremos trazados para la inclusión de las sentencias en este mapa jurisprudencial son los siguientes: (i) debe tratarse de una decisión “C”, es decir, que se pronuncie de fondo sobre

la constitucionalidad o exequibilidad de una ley, tratado internacional, actos reformativos de la Constitución, decretos con fuerza de ley, decretos legislativos o convocatorias a mecanismos de participación ciudadana y; (ii) debe abordar uno o más principios, límites o criterios que acoten el margen de discreción de configuración legislativa en la tipificación de conductas como punibles y se invoquen en las consideraciones para esta finalidad.

De la masa decisorial estudiada se detectaron un total de 122 sentencias que cumplían con tales características y se relacionaron en una ficha jurisprudencial. Posteriormente, la información recopilada fue parametrizada en una hoja de cálculo de Microsoft Excel para facilitar su estudio, cuyos datos más notables fueron los siguientes:

El lapso decisorial es de 29 años aproximadamente, inicia con la sentencia C-587 del 12 de noviembre de 1992 y culmina con la C-294 del 2 de septiembre de 2021, período en el cual se identificaron 24 principios, criterios o límites, siendo el más recurrente el de proporcionalidad con 79 menciones. Cada uno de estos axiomas cumplen el mismo objetivo: tutelar derechos básicos o evitar su transgresión<sup>85</sup>. En ese sentido, la injerencia de la Corte en la actividad legislativa está justificada en la misión de amparar la voluntad del constituyente originario y, a su vez, los derechos individuales y colectivos indispensables para la conservación del sistema democrático.

Teniendo en cuenta el tema objeto de estudio, fueron las disposiciones de los dos códigos penales, vigentes durante el funcionamiento de la Corte Constitucional, las más demandadas

---

<sup>85</sup> De hecho, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el legislador no posee una potestad absoluta en este campo “debido al efecto impregnación de los mandatos constitucionales en el derecho penal y a la introducción de principios en la Carta que condicionan y delimitan su utilización (...) La Corte ha recalado que su ejercicio se somete a dos criterios fundamentales que están en la base de un derecho penal constitucionalmente justificado. Por un lado, el castigo oficial solo puede ser utilizado para la defensa, protección y garantía de bienes jurídicos esencialmente ligados, de manera directa o indirecta, a los derechos fundamentales y, por el otro, su uso no puede, correlativamente, invadir la dignidad humana ni restringir irrazonablemente los derechos fundamentales” (Corte Constitucional, C-539 de 2016, fundamento ii.13).

en la muestra de estudio. Por un lado, la Ley 599 de 2000, en 58 ocasiones, y el Decreto Ley 100 de 1980, en 21 oportunidades. De la totalidad de sentencias, el máximo organismo de la jurisdicción constitucional declaró la inexecutable de algún artículo en al menos 42 pronunciamientos. Entretanto, 83 veces estimó executable al menos una disposición acusada. Esta cifra revela algo singular: una tendencia del censor constitucional hacia la conservación en el ordenamiento de las normas demandadas, reflejando una deferencia a la actividad del legislativo en materia penal.

En cuanto a la parte resolutive de las providencias se avizoraron seis clases de fallos: (i) la executable (48,82%)<sup>86</sup>; (ii) la inexecutable (24,70%)<sup>87</sup>; (iii) la executable condicionada (12,94%)<sup>88</sup>; (iv) la declaración de inhibición (8,82%)<sup>89</sup>; (v) el estarse a lo resuelto a otras decisiones (3,52%)<sup>90</sup> y; (vi) la exhortación al Congreso de la República en el evento de omisiones legislativas (1,17%)<sup>91</sup>. La baja cantidad de declaratorias de

---

86 Sentencias C-587-92, C-591-93, C-504-93, C-542-93, C-565-93 C-038-95, C-225-95, C-430-96, C-609-96, C-319-96, C-364-96, C-013-97, C-285-97, C-472-97, C-659-97, C-292-97, C-237-97, C-144-97, C-404-98, C-592-98, C-038-98, C-083-99, C-368-00, C-996-00, C-1164-00, C-173-01, C-551-01, C-647-01, C-581-01, C-226-02, C-317-02, C-420-02, C-489-02, C-762-02, C-689-02, C-916-02, C-329-03, C-1116-03, C-356-03, C-248-04, C-016-04, C-034-05, C-148-05, C-238-05, C-475-05, C-674-05, C-820-05, C-822-05, C-355-06, C-988-06, C-077-06, C-535-06, C-291-07, C-1086-08, C-335-08, C-224-09, C-636-09, C-488-09, C-521-09, C-442-11, C-121-12, C-742-12, C-241-12, C-334-13, C-368-14, C-239-14, C-387-14, C-501-14, C-829-14, C-366-14, C-177-14, C-022-15, C-385-15, C-181-16, C-539-16, C-203-16, C-191-16, C-259-16, C-091-17, C-108-17, C-015-18, C-233-19 y C-407-20.

87 Sentencias C-542-93, C-125-96, C-430-96, C-364-96, C-456-97, C-285-97, C-746-98, C-559-99, C-843-99, C-1404-00, C-368-00, C-840-00, C-177-01, C-173-01, C-370-02, C-939-02, C-317-02, C-806-02, C-205-03, C-622-03, C-247-04, C-475-04, C-148-05, C-897-05, C-822-05, C-355-06, C-1033-06, C-291-07, C-575-09, C-417-09, C-468-09, C-853-09, C-225-09, C-224-09, C-365-12, C-121-12, C-385-15, C-191-16, C-091-17, C-107-18, C-407-20 y C-294-21.

88 Sentencias C-070-96, C-118-96, C-430-96, C-239-97, C-148-98, C-368-00, C-553-01, C-317-02, C-1080-02, C-916-02, C-370-02, C-271-03, C-822-05, C-355-06, C-224-09, C-100-11, C-645-12, C-084-13, C-501-14, C-297-16, C-164-19 y C-407-20.

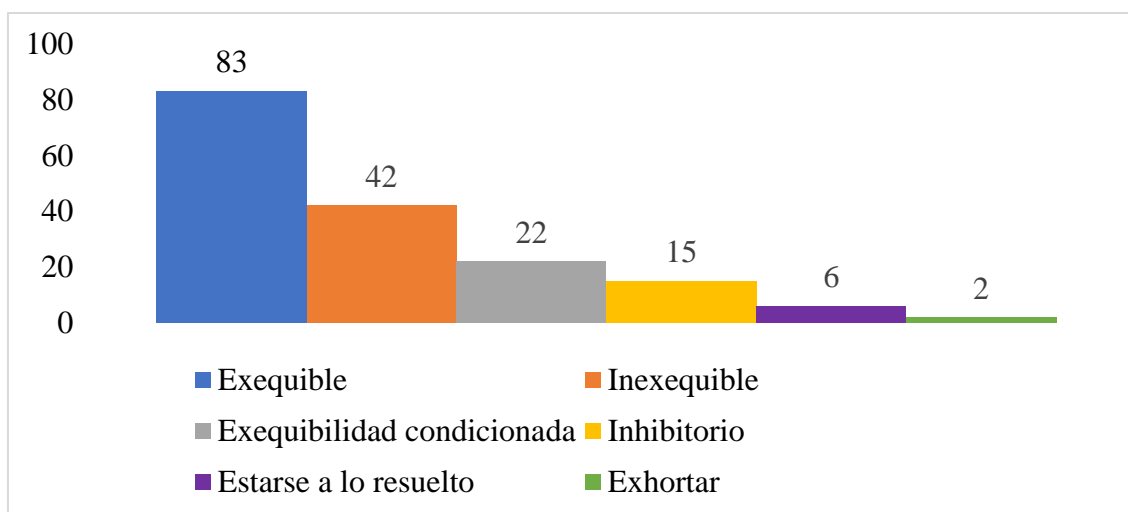
89 Sentencias C-118-96, C-592-98, C-551-01, C-420-02, C-762-02, C-329-03, C-238-05, C-822-05, C-291-07, C-682-09, C-576-09, C-100-11, C-121-12, C-385-15 y C-164-19.

90 Sentencias C-118-96, C-430-96, C-237-97, C-551-01, C-203-16 y C-108-17

91 Sentencias C-1080-02 y C-016-04.



constitucionalidad condicionadas y de exhortos dirigidos al legislador acentúa lo afirmado más arriba: la Corte Constitucional procura influir lo menos posible en la configuración del derecho penal sustancial del país al abstenerse de imponer interpretaciones a partir de la modulación de sus decisiones o de ordenar legislar en determinada dirección<sup>92</sup>. Inclusive, una de las grandes ausentes fue la exequibilidad diferida, otro modulador temporal de las cláusulas resolutivas de las sentencias<sup>93</sup>.



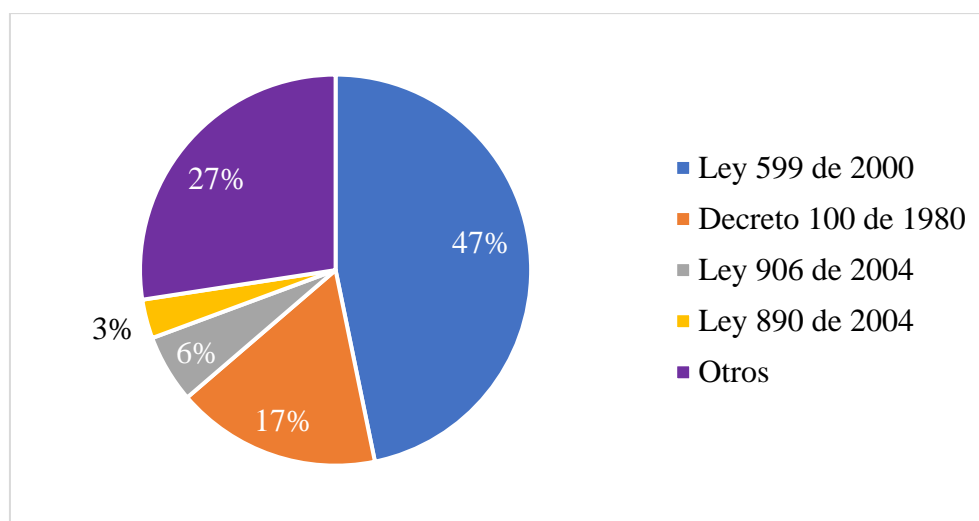
**Gráfico 1.** Resuelve<sup>94</sup>.

92 Así lo ha comprendió la misma Corte Constitucional en la sentencia C-238 de 2005 al señalar “que en caso de ambigüedad de la norma penal lo procedente no es que la Corte dicte una sentencia interpretativa, para precisar la descripción de la conducta o el señalamiento de la pena de conformidad con la Constitución, pues dicha sentencia sería contraria al principio de legalidad en sentido amplio, por tratarse de una competencia exclusiva del legislador, y en cambio debe declarar su inexequibilidad” (fundamento 4). En términos similares se manifestó en la sentencia C-368 de 2014 al considerar que “si se advierte que la descripción típica de la conducta punible no atiende con rigor a la claridad en la definición del comportamiento penalizado (...), y la consecuencia punitiva que de él se deriva, en virtud del principio de legalidad en sentido amplio (...) lo procedente es excluirla del ordenamiento dado que la Corte no puede dictar una sentencia interpretativa mediante al cual se hagan ajustes a la descripción de la conducta o al quantum o tipo de pena” (fundamento 6).

93 Un ejemplo de esta tipología de fallo se presentó con los artículos de la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) que reglamentaban el derecho de petición. La Corte Constitucional, en sentencia C-818 de 2011, declara la inexequibilidad de los artículos 13 al 33, por cuanto la regulación de un derecho fundamental sólo se puede hacer mediante ley estatutaria. No obstante, con miras a no crear un vacío o escenario caótico en el ejercicio del derecho de petición, decidió diferir o aplazar la inexequibilidad hasta el 31 de diciembre de 2014. Es decir, un plazo de más de tres años desde la emisión de la providencia (1 de noviembre de 2011).

94 Un hecho bastante notable en esta gráfica es la disparidad entre la cantidad de “resuelve” (170) y el número de sentencias estudiadas (122). Esta aparente inconsistencia se debe a que en una misma sentencia la Corte

Entre las normas demandadas u objetadas se hallan 8 decretos, 25 leyes, 1 acto legislativo y hasta un proyecto de ley, con radicado 36/99 en el Senado de la República y 196/99 en la Cámara de Representantes, para una sumatoria de 32 diferentes preceptos de estatutos normativos. Entre los más representativos están los dos códigos penales vigentes, la Ley 599 de 2000 y el Decreto Ley 100 de 1980, ineludible presencia al contener en sus disposiciones las descripciones típicas punidas en Colombia, abarcando casi dos terceras partes (64,75%) de la muestra de sentencias seleccionadas. En menor medida, aparecen los regímenes procesales actuales, la Ley 906 de 2004 y la Ley 600 de 2000, con 7 y 2 apariciones respectivamente; mientras que otra destacada es la Ley 890 de 2004, la cual introdujo modificaciones a la Ley 599 de 2000 y aumentó de la tercera parte a la mitad las penas de todos los tipos penales imperantes en aquel año. En cinco oportunidades, sentencias C-319 de 1996, C-581 de 2001, C-420 de 2002, C-762 de 2002 y C-291 de 2007, fueron acusados artículos de leyes o decretos diversos.

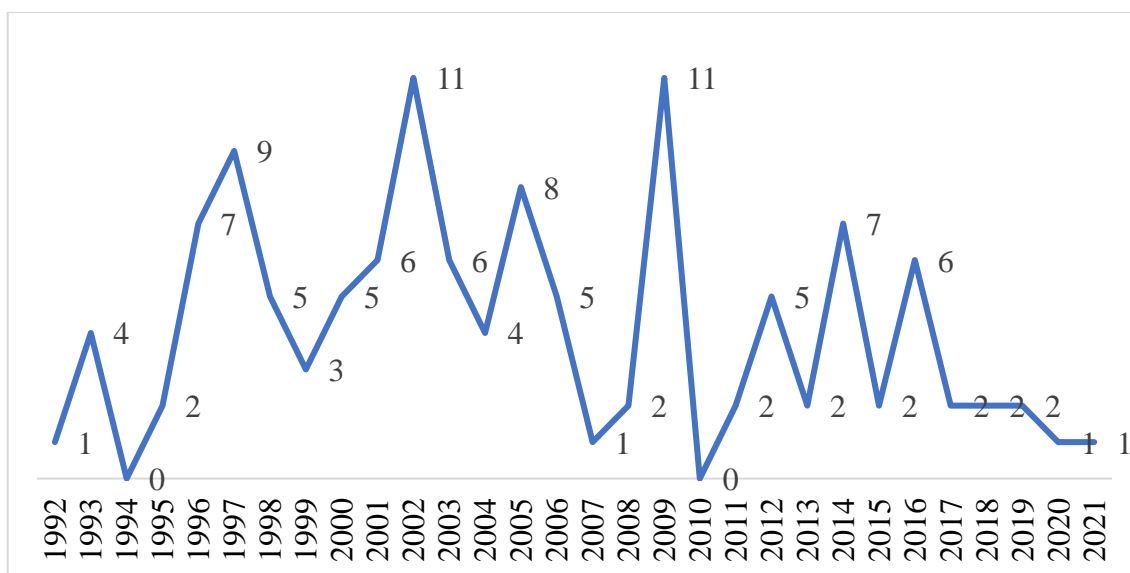


**Gráfico 2.** Normas demandadas.

---

Constitucional pudo haber examinado más de una disposición y adoptó posturas diferentes según los cargos formulados.

La sentencia más antigua encontrada fue proferida el 12 de noviembre de 1992, diez meses después a la instalación de la Corte Constitucional el 17 de febrero de dicha anualidad (Corte Constitucional, 2021). La más reciente data del 2 de septiembre de 2021, reflejando un intervalo de 28 años, 9 meses y 21 días. El número de sentencias por año no fue constante, alcanzando picos de 11 providencias en el 2002 y el 2009, y descensos de ninguna decisión en 1994 y 2010 para un promedio aproximado de 4,2 sentencias por cada año. Si bien, entre 2009 a 2021 hubo más de 40 manifestaciones de la Corte Constitucional alrededor de este tema, en ninguna se construyó o se refirió a algún criterio limitador inédito.



**Gráfica 3.** Sentencias por año.

Respecto al estudio de constitucionalidad de tipos penales, en la muestra se registraron 72 sentencias<sup>95</sup> donde la Corte Constitucional se pronunció sobre esta cuestión. En este conjunto

95 Revisar los radicados C-587-92, C-504-93, C-038-95, C-070-96, C-125-96, C-118-96, C-319-96, C-364-96, C-430-96, C-013-97, C-239-97, C-456-97, C-472-97, C-659-97, C-292-97, C-237-97, C-404-98, C-148-98, C-038-98, C-083-99, C-1164-00, C-173-01, C-551-01, C-647-01, C-553-01, C-489-02, C-762-02, C-1080-02, C-689-02, C-317-02, C-205-03, C-622-03, C-1116-03, C-247-04, C-016-04, C-034-05, C-148-05, C-475-05, C-674-05, C-820-05, C-355-06, C-535-06, C-291-07, C-335-08, C-575-09, C-636-09, C-488-09, C-417-09, C-

de fallos se abordaron diferentes clases de descripciones típicas: (i) 100 tipos penales autónomos; (ii) 11 circunstancias de agravación punitiva; (iii) 6 circunstancias de atenuación punitiva; (iv) 5 causales de “exoneración”<sup>96</sup> y; (v) 4 tipos penales del Código Penal Militar<sup>97</sup>. Para un total de 125 pronunciamientos acerca de la exequibilidad de conductas típicas, sin contabilizar 110 artículos del Decreto Ley 100 de 1980 que fueron demandados en la sentencia C-504 de 1993 y declarados todos exequibles por la corporación.

De este universo, la Corte Constitucional declaró inexecutable<sup>98</sup> 26 tipos penales, 10 de ellos de manera total<sup>99</sup> y 16 parcialmente, y otras 13 tipificaciones fueron declaradas exequible de forma condicionada<sup>100</sup>. Por último, a modo de mención los tipos penales más

---

468-09, C-853-09, C-521-09, C-682-09, C-225-09, C-576-09, C-224-09, C-442-11, C-100-11, C-365-12, C-241-12, C-334-13, C-368-14, C-829-14, C-501-14, C-239-14, C-297-16, C-539-16, C-203-16, C-191-16, C-091-17, C-107-18, C-164-19 y la C-233-19.

96 Aquí se hace referencia a presupuestos fácticos incluidos en los códigos penales que, en vez de contemplar una consecuencia jurídica, establecen un eximente de responsabilidad penal y están relacionados con algún otro tipo penal. Se trata de los siguientes: (i) la causal de exclusión de pena para los delitos de rebelión y sedición encontrada en el artículo 127 del Decreto Ley 100 de 1980, acusada en la sentencia C-456-97; (ii) la retractación como forma de extinguir la acción penal para los delitos de injuria, calumnia, injuria por vías de hecho, la injuria o calumnias recíprocas y las imputaciones de litigantes, hallada en el artículo 225 de la Ley 599 de 2000, cuya revisión se produjo en la sentencia C-489-02; (iii) del mismo modo, el eximente de responsabilidad para los delitos injuria, calumnia, injuria y calumnia indirectas del artículo 224 ibídem, abordada en sentencia C-417-09. Tanto los artículos 224 y 225 ídem fueron nuevamente demandadas en la sentencia C-442-11.

97 Se trata de los *nomen iuris* de devastación, saqueo, exacción y contribuciones ilegales desarrollados por los artículos 174, 175, 178 y 179 de la Ley 522 de 1999, respectivamente.

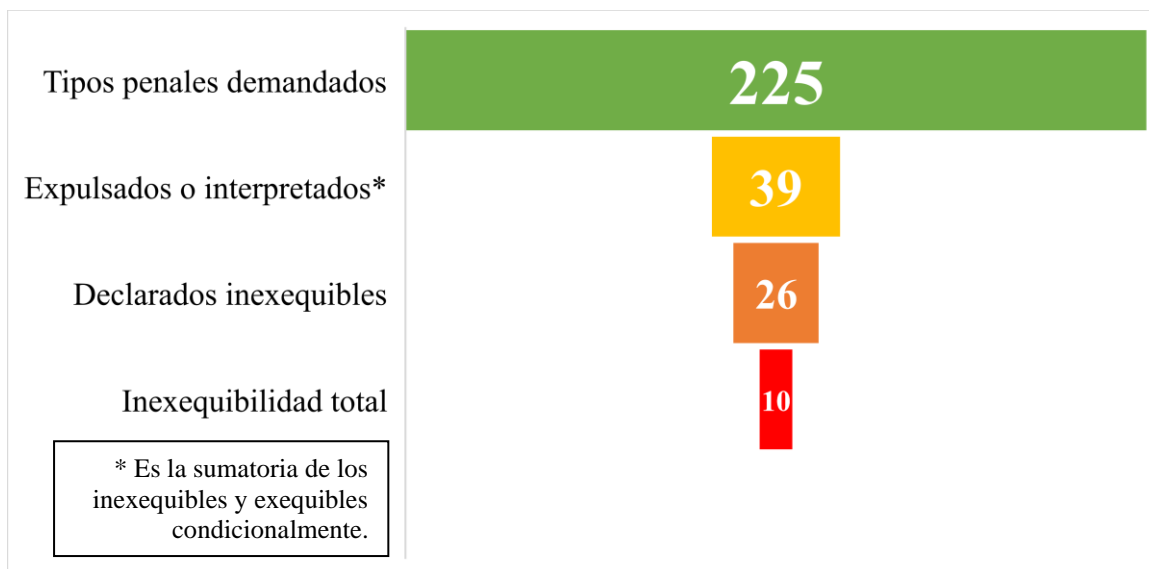
98 En las sentencias C-125-96, C-364-96, C-430-96, C-456-97, C-173-01, C-317-02, C-205-03, C-622-03, C-247-04, C-148-05, C-355-06, C-291-07, C-575-09, C-417-09, C-468-09, C-853-09, C-225-09, C-224-09, C-365-12, C-191-16 C-091-17 y C-107-18.

99 De la Ley 599 de 2000 están: la comercialización de autopartes hurtadas (artículo 447A) que fue expulsada del ordenamiento jurídico en dos oportunidades; el ultraje a emblemas o símbolos patrios (artículo 461); la omisión de control (artículo 325); la omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo (artículo 325A); la circunstancia de atenuación del aborto (artículo 124) y el eximente de responsabilidad de los delitos de injuria, calumnia, injuria y calumnia indirectas (numeral 1 del artículo 224). Entretanto, del Decreto Ley 100 de 1980 fue declarado inconstitucional la exclusión de pena para los delitos de rebelión y sedición (artículo 127). Finalmente, los paratipos penales de posesión injustificada de instrumentos para atentar contra la propiedad y hurto calificado, descritos en los artículos 7 y 10 de la Ley 228 de 1995, respectivamente.

100 En las sentencias C-070-96, C-118-96, C-239-97, C-148-98, C-553-01, C-1080-02, C-355-06, C-100-11, C-501-14, C-297-16, C-164-19, C-430-96 y C-317-02.

señalados por los accionantes son: la inasistencia alimentaria en cuatro oportunidades, una de ellas bajo la vigencia del Decreto Ley 100 de 1980, y el genocidio en tres ocasiones. Nuevamente, se ve reflejada la tendencia de la Corte Constitucional de respetar el margen de configuración legislativa en el diseño de tipos penales, pues de las 225 veces que analizó un tipo penal, tan solo en 26 (11,5%) se decretó su inexequibilidad y en 10 (4,44%) dio lugar la expulsión íntegra del artículo.

¿Por qué es valioso el dato sobre la baja cantidad de declaratoria de inexequibilidad? Primero porque apacigua las asiduas críticas de los detractores del *judicial review*, descritas en el primer capítulo, al señalar al tribunal constitucional como un usurpador de las funciones del legislador mediante el “activismo judicial”. En segundo lugar, esto muestra que la Corte Constitucional se mantiene en su papel como “legislador negativo” interviniendo exclusivamente cuando las garantías democráticas o los derechos fundamentales estén en riesgo, sin interferir en el diseño de la política criminal del Estado, confiada a los otros poderes públicos. A continuación, la gráfica 4 mostrará con mayor claridad esta tesis:



**Gráfica 4.** Resultados de las demandas de inconstitucionalidad contra tipos penales<sup>101</sup>.

Finalmente, del total de las sentencias la aludida con mayor frecuencia entre sus sucesoras fue la C-070 del 22 de febrero de 1996, con un total de 49 citas. Por otra parte, la que contenía más referencias fue la C-742 del 26 de septiembre de 2012, la cual relacionó 45 fallos predecesores. A continuación, se presentarán la totalidad de principios, criterios o límites invocados por la Corte Constitucional, la cantidad de menciones y su año de aparición en este recorrido jurisprudencial:

<b>Principios, criterios o límites</b>	<b>Cantidad</b>	<b>Año</b>
Proporcionalidad	79	1993
Razonabilidad	66	1993
Legalidad	54	1992
Valores, principios y derechos constitucionales	47	1995
Límites explícitos o materiales	30	1993
Límites implícitos	21	1996
Igualdad	21	1996
Derechos fundamentales	20	2001
Necesidad	19	1996
Bloque de constitucionalidad	18	2003
Protección exclusiva de bienes jurídicos	15	1993
Culpabilidad	13	1993
Dignidad	12	1996
Racionalidad	10	1998

101 Vale la pena aclarar que en una misma providencia la Corte Constitucional pudo haberse pronunciado de diversas maneras sobre el mismo tipo penal atendiendo a los cargos formulados. Así, por ejemplo, en la sentencia C-317 de 2002 la entidad resolvió una demanda contra el delito de desaparición forzada y lo declaró al mismo tiempo inexecutable, executable y executable condicionalmente, según el contenido de sus apartados.

Non bis in ídem o prohibición de doble incriminación	7	2009
Finalidad	6	1998
Objetividad	6	1998
Dimensión resocializadora de la pena	5	1997
Derecho penal de acto	4	1997
No discriminación	2	2002
Última ratio	3	2002
Intervención mínima en materia penal	2	2003
Moral pública	1	1998
Garantías sustanciales y procesales de la Constitución	1	1996

**Tabla 2.** Principios invocados por la Corte Constitucional.

Teniendo como insumo este cúmulo de decisiones, a continuación, se abordarán los principios, criterios o límites enunciados por la Corte Constitucional como barreras infranqueables a la actividad de sancionar, mediante el derecho penal, comportamientos humanos asignada al Congreso de la República. Para lograr este cometido, se empleará un orden cronológico para su presentación, destacando aquellas providencias relevantes del mapa jurisprudencial que hayan aportado de manera significativa al asunto. Aunque se presentaron un total de 24 límites, no todos detentan un significado autónomo, sino que hacen parte integral de otros con mayor desarrollo por el tribunal constitucional. Esta conclusión se extrajo atendiendo a la cantidad de menciones, la extensión de sus definiciones o componentes y su relación intrínseca con otros principios.

## **3.2. Límites en la jurisprudencia de la Corte Constitucional**

### ***3.2.1. Principio de legalidad***

El primer veredicto de la Corte Constitucional descubierto, respecto a los requerimientos constitucionales en la tipificación de conductas punibles, dio lugar con la C-587 de 1992. La demanda se dirigía al artículo 219 del Decreto Ley 100 de 1980, Código Penal de aquel entonces, por su redacción ambigua o equívoca al permitir un sujeto activo indeterminado en la comisión de la tortura, pues consideraban los accionantes que este comportamiento solamente podía ser ejecutado por miembros del Estado. En dicha oportunidad, la Corte Constitucional rememoró los argumentos esbozados por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia<sup>102</sup> en sentencia N° 08 del 31 de enero de 1991 sobre el contenido del principio de legalidad, definiéndolo como una exigencia al legislador de describir de manera previa, “clara, expresa, inequívoca e impersonal” el presupuesto de hecho de la norma penal, sin que esta obligación implique establecer todas las hipótesis de modalidades delictivas en la misma disposición, dada la rápida evolución del fenómeno criminal que impediría al derecho ajustarse a los casos concretos.

El concepto de legalidad fue ampliado en la providencia C-996 de 2000, en la cual, la Corte Constitucional se detuvo a analizar la exequibilidad del artículo 43 de la Ley 222 de 1995, disposición que desarrollaba un paratipo penal<sup>103</sup> sobre la promoción o facilitación de

---

102 Entre las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia en la Constitución Política de Colombia de 1886 estaba la de “decidir definitivamente sobre la exequibilidad de actos legislativos que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales” y con el artículo 41 del Acto Legislativo 3 de 1910 se introdujo a dicha Constitución Nacional la facultad de este ente judicial para decidir sobre la exequibilidad “sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales”.

103 Citando a Sandoval Fernández (1999) “Se trata de una descripción casuística hecha por el legislador que se encuentra asimilada o referida a un tipo penal” y “tienen como particularidad provenir de ordenamientos



falsedades en estados financieros. Reiterando las posturas sostenidas en las sentencias C-559 y C-843 de 1999, se bifurca el principio de legalidad en dos sentidos: (i) uno lato o reserva legal para la regulación de los delitos y las penas de manera pretérita a su reproche; (ii) otro estricto, también conocido como principio de tipicidad o de taxatividad, referente a la redacción inequívoca de los ingredientes fácticos y la consecuencia jurídica del tipo penal, especificando la “naturaleza de las sanciones, sus montos máximos y mínimos, así como los criterios de proporcionalidad que debe tomar en cuenta el juzgador al imponer en concreto el castigo” (Corte Constitucional, C-843 de 1999, fundamento 9). Estas dos aristas se desprenden de las alocuciones latinas *nullum crimen sine previa lege penale* y *nulla poena sine lege*, cuyo contenido excluyen las normas “ambiguas, extremadamente generales e indeterminadas” o con una descripción “inexacta, difusa o imprecisa” (Corte Constitucional, C-996 de 2000, fundamento 3.1).

En la ya mencionada sentencia C-599 de 1999 se plantea una discusión en torno a la satisfacción del principio de legalidad en sentido estricto de los tipos penales en blanco<sup>104</sup>, esto es, aquellos que recurren a otros preceptos, ya sea de jerarquía legal, inferior o superior, para complementar el alcance de la tipicidad objetiva de la premisa fáctica. Por unanimidad,

---

distintos al penal (comercial, laboral, tributario), pero que regulan la materia penal mediante normas que se refieren o asimilan a tipos penales”.

104 Se refiere a normas que regulan “la sanción o consecuencia jurídica pero no expresan íntegramente el supuesto de hecho o conducta delictiva, pues el legislador para tales efectos, se remite a normas no penales del mismo o inferior rango, a otras leyes, reglamentos o actos de la Administración” (Abel Souto, 2005); es una práctica bastante usual que busca conservar, desde la abstracción fáctica, la actualidad de la ley penal con remisiones a otros estamentos normativos de áreas de las ciencias jurídicas cambiantes o dinámicas donde el estancamiento del derecho surge en intervalos cortos de tiempo. Para Eugenio Zaffaroni (2007), los tipos en blanco propios, aquellos con remisiones a normas infralegales, no acatan el principio de estricta legalidad: “si la ley penal nacional remite a un decreto del poder ejecutivo, a una ley provincial, a una ordenanza municipal, a una resolución ministerial, etc. (...) resulta configurando ley penal un órgano que no tiene competencia para hacerlo o, lo que es lo mismo, el órgano competente está delegando su competencia legislativa, lo que es inadmisibile, porque ésta es indelegable” (p. 102).

los magistrados de la Corte Constitucional estimaron que “esas descripciones penales son constitucionalmente válidas, siempre y cuando el correspondiente reenvío normativo permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y de la sanción correspondiente” (Corte Constitucional, C-559 de 1999, fundamento 5). A su vez, se explican algunas consecuencias de concebir la legalidad bajo sendas ópticas: (i) en el sentido lato o reserva legal se desprende la prohibición de la retroactividad en la aplicación de la ley penal, exceptuándose los eventos del principio de favorabilidad<sup>105</sup>; (ii) por el sentido estricto se infiere la proscripción de la analogía como técnica para extender el alcance de una disposición penal a escenarios no contemplados expresamente por ésta. Como colofón, se aclara en la decisión de constitucionalidad que el principio de legalidad va dirigido al juez en la imposición de una sanción, pero en especial al legislador por ser la institución llamada a preservar la seguridad jurídica.

---

105 El principio de favorabilidad subyace del artículo 29 de la Constitución Política de 1991 y se aplica en tres supuestos: (i) cuando una norma procesal anterior es más beneficiosa; (ii) cuando una norma procesal posterior es más benevolente o; (iii) cuando exista una vigencia paralela de procedimientos penales, en los cuales, siempre se antepondrá la disposición con un tratamiento más indulgente hacia el procesado. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo considera “un principio de orden convencional y constitucional, según el cual una situación regulada desventajosamente por la ley vigente, puede solventarse mediante la aplicación ultra o retroactiva de normas que regulan de mejor manera la misma situación fáctica y jurídica de quien se encuentra avocado a un proceso penal. En términos generales, estas eventualidades se suelen presentar cuando una norma posterior es más favorable que la ley vigente para el momento de la comisión del hecho (retroactividad), o cuando la anterior que regulaba el hecho trata de mejor manera dicha realidad (ultractividad), o incluso, como se ha aceptado, ante la vigencia simultánea de leyes, cuando estatutos procesales coexistentes tratan de distinta manera una misma situación que debe ser resuelta mediante la norma más favorable al procesado, siempre que su aplicación no implique desconocer las bases esenciales del sistema” Auto AP3329-2020 Radicación 56180 del 2 de diciembre de 2020. Ahora bien, no sería admisible alegar el principio de favorabilidad con el propósito de escindir y juntar apartados de dos o más normas jurídicas para conseguir un trato aún más benévolo, ya que cada precepto ha de ser aplicado en su integridad. Sobre el particular, esta misma institución expuso: “Lo importante es que identificada una previsión normativa como precepto, cualquiera sea su conexión con otras, se aplique en su integridad, porque, por ejemplo, no sería posible tomar de la antigua ley la calidad de la pena y de la nueva su cantidad, pues un tal precepto no estaría clara y expresamente consagrado en ninguno de los dos códigos sucesivos, razón por la cual el juez trascendería su rol de aplicador del derecho e invadiría abusivamente el ámbito de la producción de normas propio del legislador”. Sentencia del tres (3) de septiembre del año 2001, radicado 16837.

La última evolución del principio de legalidad como límite a la facultad del legislador de criminalizar actuaciones humanas se presentó en la sentencia C-205 de 2003, en la que se examinó la constitucionalidad del artículo 447A de la Ley 599 de 2000, alusiva a la punibilidad de quien comercializara autopartes usadas de automotores sin demostrar su procedencia lícita. Aparte del respeto por el bloque de constitucionalidad y el principio de responsabilidad por el acto, se adujeron más manifestaciones conceptuales de la estricta legalidad de obligatorio acatamiento: (i) la ya mencionada imposibilidad de utilizar la analogía en la aplicación de la ley penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); (ii) la prohibición de emplear la costumbre o derecho consuetudinario como justificación en la imposición o incremento de una pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); (iii) la irretroactividad de la ley (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); (iv) la exigencia de delimitar los delitos en su parte fáctica y consecuencia jurídica<sup>106</sup> (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*); (v) la lesividad del comportamiento tipificado (*nulla lex poenalis sine iniuria*); (vi) la necesidad o utilidad de incluir la descripción de dicha conducta como tipo penal (*nullum crimen sine necessitate*) y; (vii) la veda de diseñar un derecho penal de autor, pues el *ius puniendi* debe dirigirse al acto en sí mismo (Corte Constitucional, C-205 de 2003, fundamento 4.2.1).

A partir de los cargos argüidos por el libelista, la Corte Constitucional abordó el asunto del grado de ofensividad de la acción descrita por el precepto demandado, por cuanto la

---

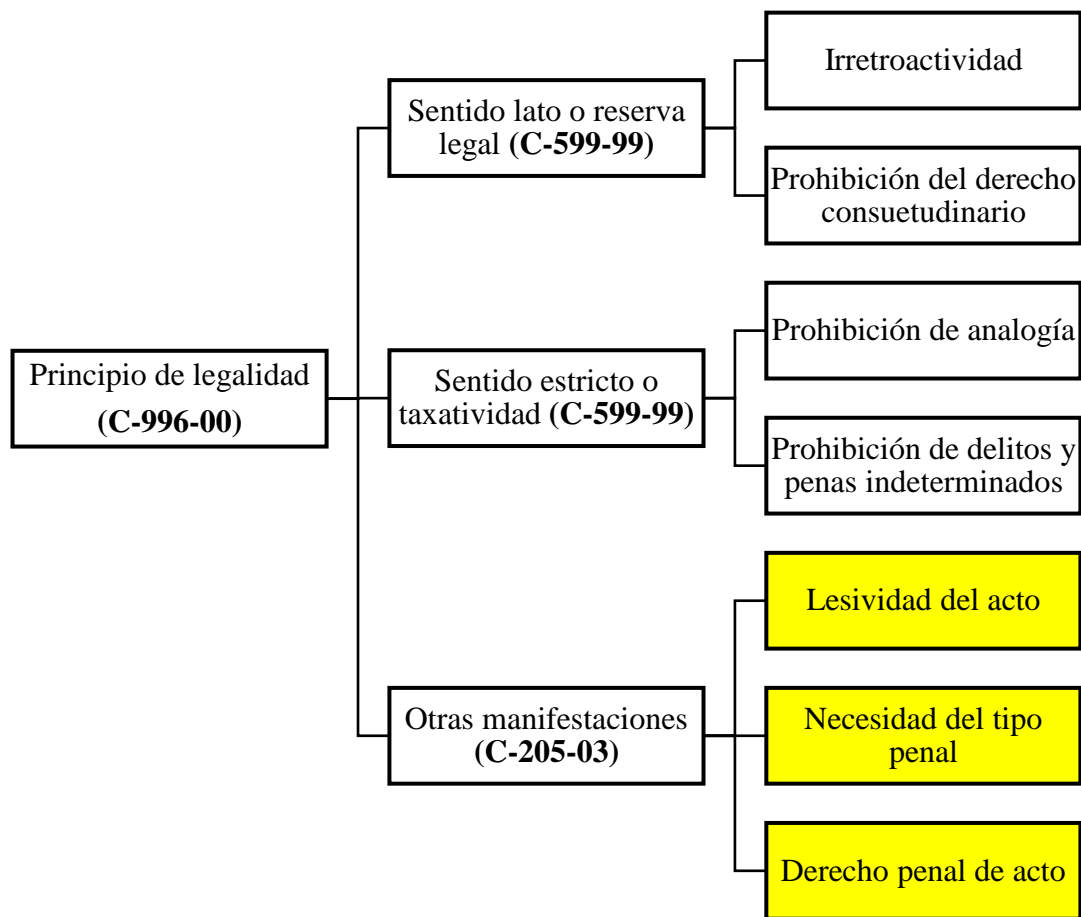
106 La indeterminación de la pena constituye una vulneración a la garantía de la estricta legalidad. La Corte Constitucional aplicó esta regla en la sentencia C-294 de 2021 al estimar la cadena perpetua revisable como una pena abierta sin límites diáfanos en su duración. Resultó inadmisibile para el alto tribunal que una sanción de índole penal dependiera de las circunstancias personales del reo, toda vez que el “principio de legalidad penal exige al legislador establecer un mínimo y un máximo de la pena, término que no puede ser modificado por las condiciones individuales de la persona condenada” (fundamento 139).

decisión de prohibir una conducta y restringir el ámbito de libertad de los ciudadanos ha de estar precedida de la evaluación del potencial daño que ha de suscitar en un bien jurídico indispensable para la convivencia pacífica<sup>107</sup>. Adicionalmente, reputó parte integral del principio de legalidad la noción del derecho penal de acto, sin que resulte admisible la punición del modo de ser, el carácter o procedencia de una persona; ergo, no podrá superar ambos raseros la penalización de una actividad comercial legítima, como enajenar autopartes, por el mero hecho de no poseer facturas u otros documentos que acrediten su origen.

Finalmente, vale la pena mencionar que la Corte Constitucional en sentencia C-091 de 2017 defendió la validez de los tipos penales abiertos, o “aquellos que utilizan expresiones con un contenido semántico amplio, de relativa vaguedad”, frente a las exigencias del principio de estricta legalidad, siempre y cuando su grado de indeterminación sea moderado y existan referentes que permitan descifrar cuál es su contenido y alcance (fundamento 22).

---

107 Esta corporación citó la definición de bien jurídico expuesta por Claus Roxin en su libro “*Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*” y adujo que el “bien jurídico está llamado a cumplir una función social; y desde una perspectiva dogmática, constituye una importante guía para la interpretación de la norma penal y se erige en un criterio de medición de la pena a imponer, dado que la mayor o menor gravedad de la lesión al bien jurídico, o la mayor o menor peligrosidad de su ataque, influyen decisivamente en la gravedad del hecho” (Corte Constitucional, C-205 de 2003, fundamento 4.2.1).



**Gráfica 5.** Principio de legalidad. Los cuadros sombreados en color amarillo representan su convergencia con otros principios.

### ***3.2.2. Límites implícitos y explícitos o materiales***

La primera vez en que la Corte Constitucional reservó un título entre sus consideraciones para desarrollar los límites constitucionales a la libertad legislativa en materia penal fue en la sentencia C-504 de 1993. En esta providencia resolvió una demanda dirigida a los artículos 1 al 110 del Decreto Ley 100 de 1980 por estar inspirados en la “escuela técnico-jurídica alemana”, filosofía del derecho penal revaluada según el actor. La corporación, previo a aclarar la naturaleza vinculante de los preceptos normativos muy a pesar de la orientación filosófica que los alimente, anuncia un catálogo de límites materiales que establece la

Constitución a la autonomía legislativa, específicamente, a la posibilidad de imponer penas de muerte, tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, la esclavitud, el destierro, la prisión perpetua o la confiscación como sanción en un tipo penal, en consonancia con los artículos 11, 12, 17 y 34 de la Constitución Política de 1991.

Tres años después, en la decisión C-070 de 1996, mencionada asiduamente entre sus sucesoras, la Corte Constitucional se refirió de nuevo a estos límites denominándolos “explícitos”. También hizo alusión a otros límites “implícitos” que cumplen el mismo papel de interdicción al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Respecto a estos últimos, el tribunal constitucional adujo que era menester del legislador “propender a la realización de los fines sociales del Estado, entre ellos, los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de un orden justo” (Corte Constitucional, C-070 de 1996, fundamento 6), por mandamiento expreso del artículo 2 de la Constitución Política. No se observa en esta definición de límites implícitos una obligación negativa o frontera a la actividad legislativa, *contrario sensu*, el alto tribunal se decanta por indicarle al legislativo hacia cuál dirección debería orientarse su producción legal en este ámbito del derecho, previendo el desnorte de sus funciones constitucionales.

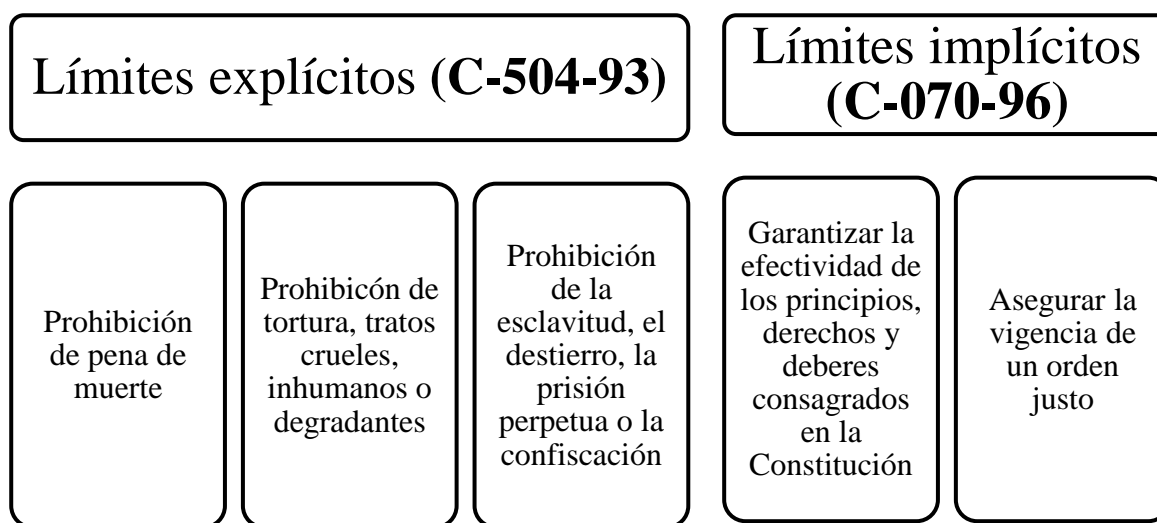
Ambas denominaciones, límites explícitos e implícitos, hicieron presencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional con la misma esencia conceptual hasta la publicación de la sentencia C-385 de 2015, en la que se amplió [varió] el planteamiento de los límites implícitos enunciando sus componentes<sup>108</sup>: (i) el deber de respetar los derechos

---

108 Estos deberes ya habían sido aducidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-239 de 2014 (fundamento 3.2.), pero en aquella ocasión no se les catalogó estrictamente como límites implícitos. La Corte precisó que se trataban de límites al margen de configuración de los tipos penales, “dados por los valores, principios y derechos reconocidos por la Constitución” (fundamento 3.2.1.).

constitucionales, principalmente su núcleo esencial; (ii) el deber de respetar el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos; (iii) el deber de obrar conforme al principio de necesidad; (iv) el deber de obrar conforme al principio de estricta legalidad; (v) el deber de obrar conforme al principio de culpabilidad y; (vi) el deber de respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad (fundamento 14.2).

Tal como se observa, se trastoca el carácter conminatorio que caracterizó a los “límites implícitos” desde 1996 hasta 2015, para incorporar linderos constitucionales en modalidad de deberes. Sin embargo, esta posición jurídica no fue reiterada en ulteriores pronunciamientos de la corporación. Es más, la sentencia C-385 de 2015 no fue citada en las demás sentencias seleccionadas. Si bien cada uno de los seis elementos tuvo más desarrollo en dicho radicado, estos principios se abordarán en apartados subsiguientes.



**Gráfica 6.** Límites explícitos e implícitos.

### 3.2.3. *Valores, principios y derechos constitucionales*

Desde la emisión de la Constitución Política en 1991 se produjo el fenómeno de la constitucionalización de los demás ámbitos del derecho, cuyas disposiciones han tenido que adaptarse al contenido axiológico de aquella en virtud del artículo 4 superior, merced a las manifestaciones de la Corte Constitucional. Razón suficiente para hallar entre los límites de la actividad de creación legislativa los valores, principios y derechos constitucionales, aunque pueda apreciarse *per se* cómo una noción abstracta.

En la sentencia C-038 de 1995, una de las más relevantes en este mapeo jurisprudencial, se dirimió una demanda contra el artículo 201 del Decreto Ley 100 de 1980 que contenía el tipo penal de fabricación y tráfico de armas de fuego o municiones porque, de acuerdo con el accionante, la Constitución no prohibía la introducción y fabricación de armas de fuego de defensa personal. El alto tribunal desestimó las pretensiones de inexecutable con el argumento de que la primacía constitucional no se traducían en la estaticidad de otros escenarios jurídicos, los cuales pueden evolucionar sin ir en desmedro de la norma de normas. Por consiguiente, el hecho de no estar expresamente proscrito un comportamiento en la Constitución no impide al legislador, en el marco de sus funciones, incluirlo como delito en el diseño de la política criminal del Estado (fundamento 4).

De hecho, la Corte Constitucional otorgó una trascendencia dual a la Constitución en el ejercicio del *ius puniendi*: (i) como fundamento, pues la aplicación de sanciones penales busca materializar postulados constitucionales y; (ii) como límite al estar vedado la restricción desbordada de derechos o garantías fundamentales de las personas. Tal como se puede notar, la primera arista se adecúa a la descripción original de los límites implícitos aducidos en la sentencia C-070 de 1996.



Pese a no estar explicitados cuáles son dichos valores o principios, la corporación sí ha hecho referencia al tercer ingrediente: los derechos constitucionales o fundamentales<sup>109</sup>; señalando que es su núcleo esencial la parte<sup>110</sup> inflexible de su composición a la que el legislador le está denegada su restricción por medio de la criminalización de conductas. Las sentencias C-504 y C-542 de 1993 fueron las precursoras de este aforismo, pero en la C-939 de 2002 se trazó el significado y alcance del deber de respetar los derechos constitucionales:

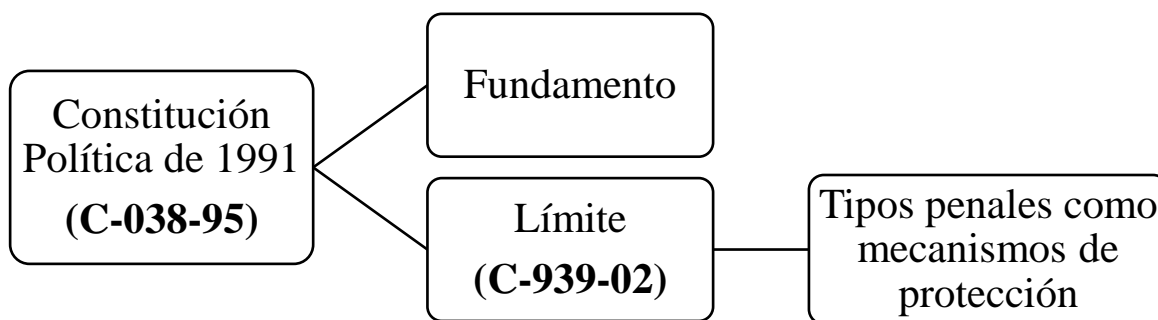
“En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales, así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia y, en general, el bloque de constitucionalidad” (Corte Constitucional, C-939 de 2002, fundamento 5.2).

---

109 Desde una etapa muy temprana la Corte Constitucional advertía la capital importancia del respeto por la dignidad humana como derrotero a seguir por los entes públicos, en especial, el poder legislativo como arquitecto del ordenamiento jurídico, por tanto, no está permitido invadir el ejercicio de este principio fundante del Estado por medio de la creación de tipos penales. En sentencia C-118 de 1996 expresó: “El Estado Social de derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden, sustrae del amplio margen de libertad legislativa para la configuración del ordenamiento penal, la facultad de fijar cualquier pena con independencia de la gravedad del hecho punible y su incidencia sobre los bienes jurídicos tutelados” (fundamento 3).

110 Así como se citó en un trabajo previo, “Teresa Freixes señala como elementos configuradores de un derecho: (i) su estructura jurídica, es decir, si representan derechos subjetivos y/o ingredientes objetivos del ordenamiento jurídico; (ii) su función en el entramado constitucional; (iii) su titularidad; (iv) su contenido; (v) su ejercicio; (vi) sus garantías jurisdiccionales o institucionales y; (vii) sus límites o posible suspensión. Es trascendental advertir, tal como lo hace la autora, que la interpretación de cada aspecto del derecho fundamental debe ser siempre en bloque como un sistema unitario e inescindible, pues de lo contrario conllevaría a apreciaciones equívocas, incompletas o insuficientes que desembocarían inevitablemente en deducciones o inferencias tergiversadas (Freixes Sanjuán, 1998). En lo que respecta a su contenido esencial o también conocido como núcleo indisponible, se define como aquellas condiciones mínimas para su existencia, sin la cual el derecho se haría nugatorio” (Álvarez Barajas & Quiroz Omaña, 2017, p. 34). En términos de Freixes (1998) el “contenido de los derechos fundamentales vendrá así definido en relación con los intereses sociales protegidos en el momento concreto en que se proceda a su juridificación, entendiéndose, eso sí, que tales intereses pueden evolucionar y originar variaciones en el régimen jurídico de la institución mientras los cambios no alteren su propia naturaleza” (p. 156).

En estas condiciones, es plausible inferir que en una etapa primigenia de este recorrido jurisprudencial la Corte Constitucional edificó como límites los valores, principios y derechos constitucionales<sup>111</sup>. No obstante, el progresivo aumento de decisiones sobre la materia obligó a desglosarlos en categorías independientes: la legalidad, proporcionalidad, razonabilidad, igualdad, culpabilidad, entre otros, que integran el repertorio aquí estudiado.



**Gráfica 7.** Valores, principios y derechos constitucionales.

### ***3.2.4. Principios de proporcionalidad y razonabilidad***

Este dualismo deóntico tuvo una presencia asidua entre el razonamiento de la Corte Constitucional desde 1993 con la sentencia C-565 de 1993, en la que se estudió la dosimetría de las penas establecidas en la Ley 40 de 1993 para delitos como el secuestro o homicidio con condenas de hasta 40 y 60 años de prisión. Para el actor, dichas sanciones eran un sucedáneo de la prisión perpetua, deviniendo en ilusorio la función resocializadora de la pena. En cambio, la corporación respaldó el mandato del Congreso de la República bajo los

---

111 En un pronunciamiento *sui generis* la Corte Constitucional rebautizó esta locución por “garantías sustanciales y procesales” de la Constitución: “Siempre que en esta materia no se superen los límites que nacen de las garantías sustanciales y procesales dispuestas por la Constitución Política y no se violen los derechos fundamentales, el legislador puede establecer los tipos penales que juzgue necesarios con el objeto de reprimir los comportamientos que lesionan las bases de la convivencia, buscando, desde luego, que el sacrificio de la libertad y de la autonomía sea el menor posible, como conviene a un sistema fundado en la libertad y en el ejercicio de los derechos” (Corte Constitucional, C-319 de 1996, fundamento 2.2).

criterios de proporcionalidad y razonabilidad, habida cuenta de las repercusiones en el orden social y los derechos fundamentales de las víctimas directa e indirectas de estos actos execrables. En lo venidero, se emplearían ambos principios como parámetro de examen a los quantums punitivos de los tipos penales, afirmando que una “mera comparación entre las penas señaladas por el legislador para unos delitos y las dispuestas para la sanción de otros, por sí sola, no basta para fundar la supuesta infracción de la Constitución por el desconocimiento del principio de proporcionalidad” (Corte Constitucional, C-070 de 1996, fundamento 12).

En la sentencia C-285 de 1997 el alto tribunal esboza las dos variables para tener en cuenta a la hora de medir la desproporción o no de una sanción: (i) la gravedad o lesividad del injusto contra el bien jurídico tutelado y; (ii) el grado de culpabilidad o juicio de reproche por incurrir, de forma voluntaria y consciente, en un ilícito. Según esta tesis, se incorporan dos principios adicionales que serán objeto de un análisis ulterior, estos son, la protección exclusiva de bienes jurídicos y la culpabilidad. En consonancia con esta idea, la Corte Constitucional se aventuró a aseverar que la proporcionalidad es el atributo por antonomasia para precisar la medida concreta de la pena, sus límites mínimos y máximos, así como sus agravantes y atenuantes (Corte Constitucional, C-647 de 2001), constituyéndose en un verdadero juicio de idoneidad del tipo penal en aras de verificar una protección real del bien jurídico-constitucional como antesala a un control de antijuridicidad material de la conducta descrita por el legislador (Corte Constitucional, C-939 de 2002 y C-329 de 2003).

El asidero constitucional de este principio son los artículos 1, 2, 5, 6, 11, 12, 13 y 214 de la norma superior. Así lo determinó la Corte Constitucional en la ya citada C-070 de 1996, además de fungir como corolario a la categoría dogmática de la antijuridicidad reglada por

el artículo 11 del Código Penal. Luego, durante la resolución del problema jurídico de la paradigmática sentencia C-355 de 2006 acerca de la despenalización del aborto, señaló que el principio de proporcionalidad actúa como una doble frontera: (i) por un lado, evita la restricción excesiva de derechos fundamentales con un castigo severo y; (ii) a su vez, esta reprimenda debe asegurar los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución. Con estas connotaciones, el criterio limitador parte como axioma de la voluntad del constituyente primario para irradiar los bornes de la dosimetría penal, con un vínculo inescindible al carácter subsidiario, residual y de *última ratio* del derecho penal.

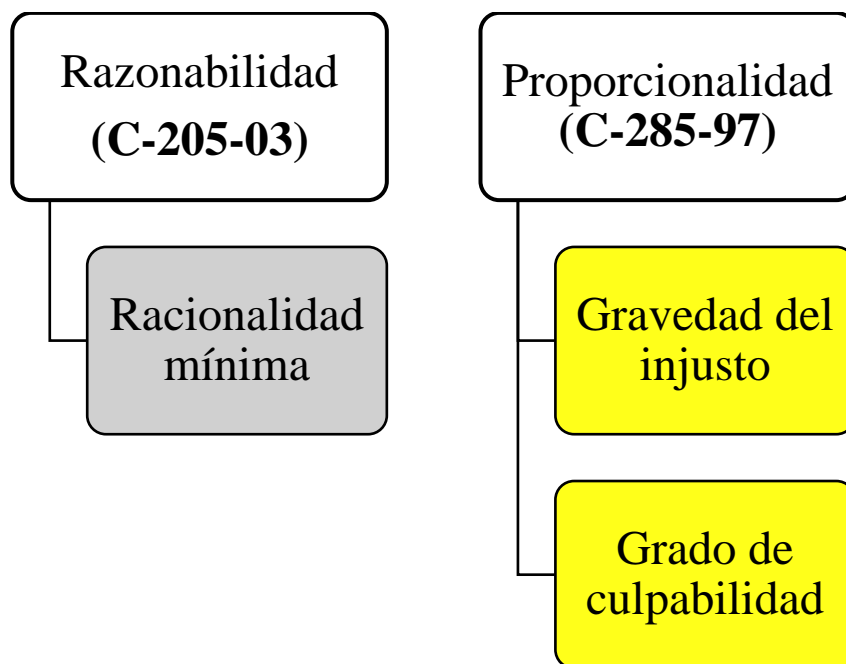
Otros factores a tomar en consideración en el aterrizaje de la proporcionalidad a las consecuencias jurídicas de los tipos penales son las funciones de la pena, dispuestas en el artículo 4 de la Ley 599 de 2000, y los mecanismos cualitativos y cuantitativos empleados por el Estado al momento de proteger ciertos bienes jurídicos, de tal forma, que no se torne más nocivo para los derechos fundamentales la criminalización de una conducta que la conducta misma (Corte Constitucional, C-368 de 2014).

A diferencia de su homólogo, el principio de razonabilidad no tuvo mayor desarrollo a lo largo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no obstante, en varias oportunidades<sup>112</sup> se hizo referencia a la misma como principio de “racionalidad” o “racionalidad mínima” y aseveró que el “principio de razonabilidad, en tanto que límite a la actividad del legislador, implica la exclusión de toda decisión adoptada de manera manifiestamente absurda, injustificada o insensata, vale decir, apartándose de los designios de la recta razón” (Corte Constitucional, C-205 de 2003, fundamento 4.2.3), lo que en términos prácticos se traduce a

---

112 Más exactamente en las sentencias C-746-98, C-173-01, C-916-02, C-1116-03, C-897-05, C-1033-06, C-988-06, C-365-12, C-742-12 y C-334-13.

la posibilidad real o verosímil de cumplir con el espíritu de la disposición penal sin afectar las actividades cotidianas de la ciudadanía.



**Gráfica 8.** Principios de razonabilidad y proporcionalidad. Los cuadros sombreados en color amarillo representa su convergencia con otros principios.

### ***3.2.5. Principio de protección exclusiva de bienes jurídicos***

En el capítulo precedente se explicó de qué se trata la teoría de protección exclusiva de bienes jurídicos, sus aristas, su hegemonía doctrinal y sus principales referentes. No obstante, ¿es un principio vinculante para los operadores jurídicos en nuestro ordenamiento? El artículo 11 de la Ley 599 de 2000 introduce la segunda categoría dogmática de la teoría del delito adoptada en Colombia: la antijuridicidad<sup>113</sup>. En su variante de antijuridicidad material

---

113 “El contenido semántico del concepto de antijuridicidad se refiere a la contradicción del orden jurídico a través de una acción, lo cual sólo es admisible desde una perspectiva semántica o gramatical, pues técnicamente la antijuridicidad contiene aspectos tanto de carácter formal, material, como valorativos. La formal en atención

se evalúa que el comportamiento típico “lesione” o “ponga efectivamente en peligro” un “bien jurídicamente tutelado”. Por ello, cualquier acción humana debe ostentar un grado de lesividad o de riesgo lesivo para activar la respuesta punitiva del Estado. En el plano constitucional, la magistratura ha admitido que el principio de antijuridicidad no está expresamente contemplado por la Constitución Nacional, aunque se interpreta en conexidad con el principio de proporcionalidad o “prohibición en exceso”, reconocido en los artículos 1, 2, 5, 6, 11, 12, 13 y 214 de la norma superior (Corte Constitucional, C-070 de 1996).

Aun así, la Corte Constitucional ha erigido un concepto supralegal autónomo, concatenado con el aspecto sustancial de la antijuridicidad u ofensividad de un comportamiento humano, denominándolo principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Este es aludido por primera vez en la sentencia C-565 de 1993, donde lo posiciona en conexión con las funciones preventivas de la pena. De este modo, el *ius puniendi* fungirá como una herramienta para materializar el inciso segundo del artículo 2 constitucional, esto es, salvaguardar la “vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades” de las personas residentes en Colombia, ciñendo la naturaleza de la sanción a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y protección de bienes jurídicos.

Este faro orientador trae como consecuencia la justificación del amplio margen del Congreso de la República al momento de trazar el contenido de los tipos penales, sus agravantes y atenuantes, cuya inclusión en la política criminal estará respaldado por su papel de amparo de algún bien jurídico relevante para la vida en sociedad. A su vez, esto implica la demarcación de fronteras a la tarea selectiva del legislador. Así lo señaló la Corte

---

al ataque o contravención a lo dispuesto en la ley, en tanto, la material se enfoca a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido en la ley penal” (Plascencia Villanueva, 2004, p. 132).

Constitucional en sentencia C-489 de 2002 al explicar la existencia de dos extremos a saber: (i) la tutela obligatoria de bienes jurídico-penales de especial relevancia constitucional en atención a compromisos internacionales, *verbi gratia*, los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario (DIH)<sup>114</sup>, los crímenes de lesa humanidad o el crimen de genocidio, derivados del Estatuto de Roma; (ii) la imposibilidad de criminalizar conductas desplegadas en “ámbitos de libertad constitucionalmente garantizados” o de “escasa significación del bien jurídico que afectan” (Corte Constitucional, C-489 de 2002, fundamento 3.5). La vasta extensión de movilidad jurídica entre estos dos puntos limítrofes hace parte del libre albedrío del legislador, quien podrá optar por la tipificación o acudir a otras instancias, como el derecho administrativo sancionatorio o las demás jurisdicciones, en su meta de cohibir o alentar un comportamiento, según las circunstancias sociales, económicas, históricas o políticas de la época.

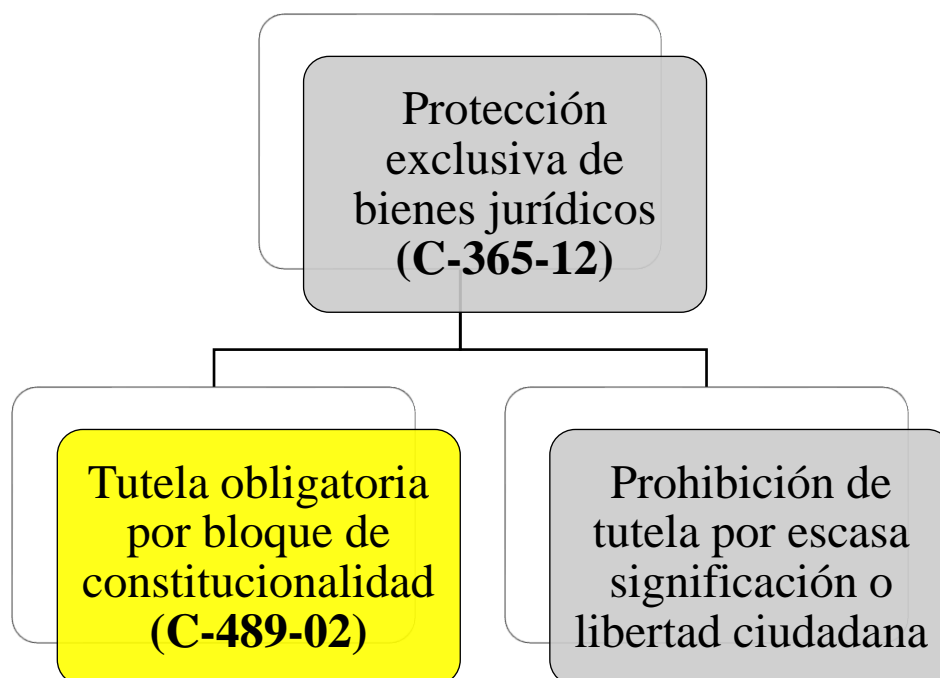
Una década más tarde, en las sentencias C-365 y C-742 de 2012, este principio fue enlistado en un bloque axiomático para frenar el vasto poder del legislador en la materia, definiendo este deber como la evaluación ética de valores esenciales para la comunidad, susceptibles de positivizarse en un estamento normativo, sin que resulte indispensable deducirlos de postulados constitucionales<sup>115</sup>. Tal como se verá en líneas posteriores, la

---

114 Son normas supranacionales, parte del derecho internacional público, originadas del derecho consuetudinario y de carácter *ius cogens* o vinculantes a los Estados (Corte Constitucional, sentencia C-177 de 2001), utilizados en la conducción o regulación de los conflictos bélicos y que procuran salvaguardar a los no combatientes y evitar la desproporción de los actos de guerra.

115 En palabras de la Corte Constitucional, “no implica que la Constitución haya definido de una vez por todas el derecho penal, puesto que el Legislador, obviamente dentro de los marcos fijados por la propia Carta, tiene ante sí un espacio relativamente autónomo, caracterizado, a su turno, por unos valores, presupuestos y finalidades propios, pese a su acentuado grado de constitucionalización. Así, a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena) y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio Legislador lo considere políticamente necesario y conveniente” (Corte Constitucional, C-038 de 1995, fundamento 4).

exclusiva protección de bienes jurídicos es la antesala a la manifestación del principio de necesidad, con sus criterios de subsidiariedad, fragmentariedad y *ultima ratio*.



**Gráfica 9.** Protección exclusiva de bienes jurídicos. El cuadro sombreado en color amarillo representa su convergencia con otro principio.

### ***3.2.6. Principio de culpabilidad***

En la atribución de responsabilidad penal es requisito *sine qua non* la confluencia de ingredientes subjetivos que permitan el reproche del acto lesivo a su autor o partícipe. Esto es, un análisis endógeno del comportamiento desde los conceptos de voluntad y cognición. Esta premisa se deduce del artículo 29 de la Constitución Política y se inserta en el Código Penal mediante los artículos 12 y 21, en los cuales se desarrollan las categorías dogmáticas de la tipicidad subjetiva y la culpabilidad, respectivamente. En el cuerpo decisorial escogido se encuentra por primera vez este principio en la sentencia C-565 de 1993 con un parvo



nombramiento y como orientador de la función preventiva de la pena, sin embargo, en el radicado C-239 de 1997 la Corte aparta un capítulo entero para la exposición de la naturaleza de la culpabilidad implícita en el artículo 29 superior.

A juicio de la Corte Constitucional este precepto insta en Colombia el derecho penal de acto, excluyendo cualquier señalamiento criminal por el carácter, personalidad, modo de pensar o ideologías, particularidades de un derecho de autor que pugna con la dignidad humana<sup>116</sup>. Además, añade al acto objeto de censura el factor volitivo, en tanto, cada comportamiento del hombre o mujer ha de estar adherido a una voluntad consciente con un propósito socialmente dañoso, de tal forma que se evidencie una “relación causal entre su decisión, la acción y el resultado” (Corte Constitucional, C-239 de 1997, fundamento 1.a). De este plano subjetivo del derecho penal de acto se desprenden: (i) los grados de culpabilidad de la conducta, conocidos en el Decreto Ley de 1980 como dolo, culpa y preterintención, ligada a la proporcionalidad de la pena y; (ii) los ingredientes subjetivos de la tipicidad que ilustran el ánimo de autor, útil en la distinción entre tipos penales, sin interesar que sean ubicados en la tipicidad subjetiva o en la culpabilidad.

Hubo que esperar hasta la sentencia C-365 de 2012 para que la Corte Constitucional llevara a su máxima expresión el principio de culpabilidad con el desglose de los componentes insertos en el artículo 29 de la Carta Política: (i) un derecho penal de acto enfocado en la valoración de una conducta social o exteriorización de la voluntad,

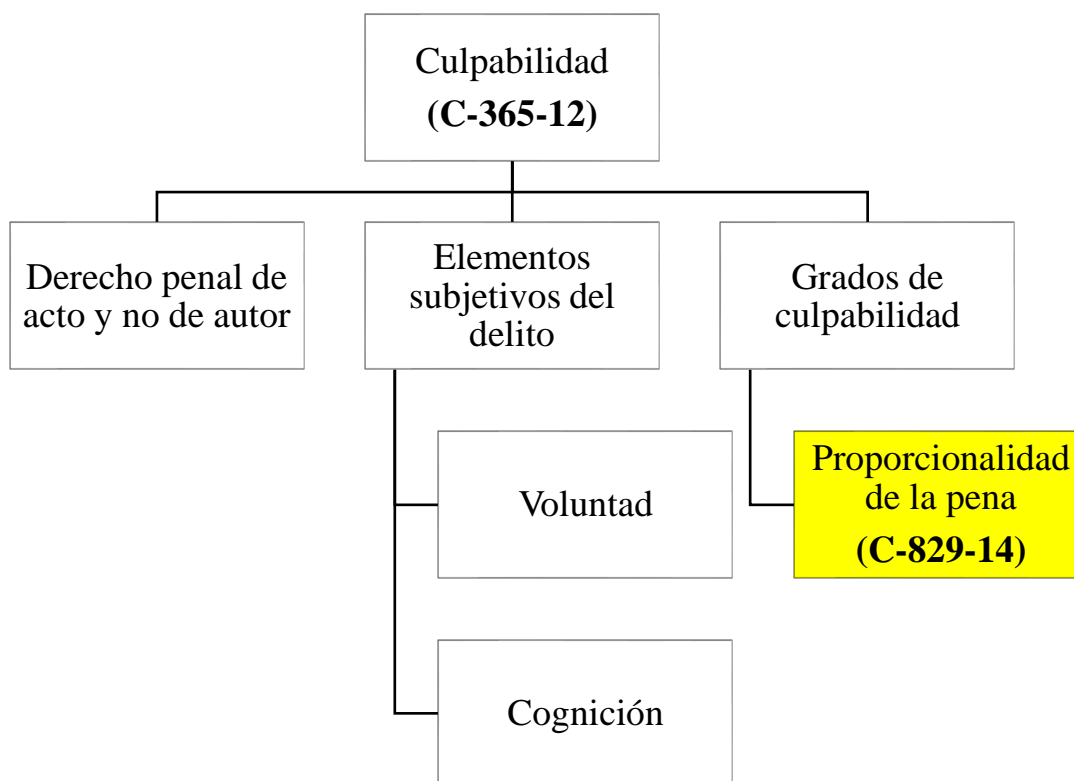
---

116 Un ejemplo de justificar el derecho penal en argumentos peligrosistas dio lugar con el Acto Legislativo 01 de 2020, por medio del cual se modifica el artículo 34 de la constitución política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable. En el estudio del juicio de sustitución de la Constitución llevado a cabo por la Corte Constitucional se arribó a la conclusión que a través de la cadena perpetua el “mensaje que se envía a la sociedad en general es que la persona es indeseable y es “incorregible”, y por tanto debe permanecer aislado en una prisión sin la posibilidad de recuperar su proyecto de vida por el delito cometido” (Corte Constitucional, C-294 de 2021, fundamento 137). Se trató de una norma dirigida a la inocuización del individuo al desechar la posibilidad de reinsertarlo a la sociedad.

prescindiendo de corrientes deterministas que prejuzguen o definan el grado de peligrosidad de un sujeto por su morfología o pensamiento; (ii) la presencia insorteable de un elemento subjetivo en la acción humana, dotada de la comprensión de la realidad, conocimiento de la ilicitud y una intencionalidad o voluntad exenta de vicios y; (iii) los grados o niveles de culpabilidad, verbigracia, dolo, culpa o preterintención, como baremo a la dosificación y/o proporcionalidad de la pena.

En un ulterior pronunciamiento, la Corte Constitucional profundizó en el “juicio de reproche” indispensable en el proceso de incriminación de una persona, sumado a los acápites de tipicidad y antijuridicidad, denominado igualmente como “imputación personal”. En efecto, en la sentencia C-829 de 2014 la corporación caviló en torno a la constitucionalidad de los delitos de muerte y abandono fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, tildados de atentar contra el principio de igualdad al contemplar penas inferiores a las de homicidio agravado o abandono de menor por tratarse de una fecundación no consentida. Aprovechó esta coyuntura para referirse al derecho penal “culpabilista” instaurado en nuestro ordenamiento jurídico por la exigencia de un actuar culpable, caracterizado por las posibilidades fácticas de adoptar un comportamiento conforme a la norma, previo a la declaración de responsabilidad penal. Lo anterior requiere una capacidad dual, tanto cognitiva como física, para conformar una “intención” suficiente que evitara el resultado dañino. En ese sentido, la culpabilidad tendrá dos efectos prácticos en el derecho penal general: (i) determina la admisibilidad de imponer o no una pena y, al mismo tiempo; (ii) fija su extensión o duración conforme al “juicio de evitabilidad”, “la capacidad de acción y de motivación” y el “daño culpable provocado por el agente” (Corte Constitucional, C-829 de 2014, fundamento 7).

En otras oportunidades, el principio de culpabilidad ha sido mencionado exclusivamente como derecho penal de acto o responsabilidad por el acto sin aludirse mayor diferencia conceptual a las antes expuestas.



**Gráfica 10.** Principio de culpabilidad. El cuadro sombreado en color amarillo representa su convergencia con otro principio.

### ***3.2.7. Principio de igualdad***

La Constitución Nacional pregona que todos los individuos en el territorio deben recibir atención igualitaria en torno a sus derechos, libertades y oportunidades ante las autoridades públicas o privadas, muy a pesar de su condición religiosa, racial, sexual, lingüística, religiosa, política o familiar. También establece que todos aquellos en situaciones de palpable

desventaja serán objeto de una discriminación inversa o positiva<sup>117</sup>, en aras de subsanar este déficit. Ha sido un hecho notorio en los pronunciamientos de la Corte Constitucional el empleo de esta premisa, no obstante, ¿qué implicaciones ha traído para contener el arbitrio del Congreso de la República en la tutela penal de bienes jurídicos? Pues bien, en la reiterada sentencia C-070 de 1996 se sacó a relucir el principio de igualdad como el itinerario discursivo para evaluar el exceso punitivo de una norma, compuesto a su vez por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, concentrándose en las circunstancias propias del caso; mientras que en el radicado C-125 de 1996 se declara por primera vez la inexequibilidad de un precepto legal por conculcar el principio de igualdad, más exactamente el inciso segundo del artículo 263 del Decreto Ley 100 de 1980 al dejar por fuera, sin justificación válida, los ascendientes y descendientes superiores al primer grado de consanguinidad como víctimas del delito de inasistencia alimentaria.

Se ha precisado, además, que el principio de igualdad en materia penal no supone “la previsión ni la aplicación de normas exactamente iguales a todas las personas, sino la ausencia de discriminaciones en cuya virtud se dé un trato preferente o peyorativo a ciertos individuos sin causa razonable o injustificada” (Corte Constitucional, C-038 de 1998, fundamento 2), por lo que resultaría improcedente prever penas disímiles para escenarios fácticos idénticos. En ese entendido, la determinación de los diversos quantums punitivos

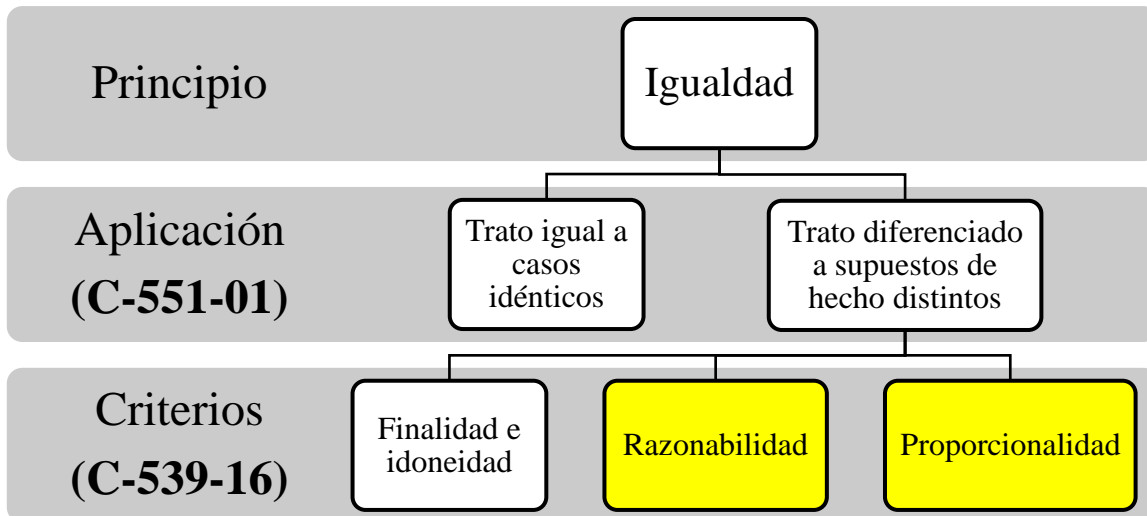
---

117 Estas acciones han sido objeto de estudio en las decisiones de la Corte Constitucional y, precisamente, en el radicado C-115 de 2017 las definió como aquel “trato diferente que propende por materializar la igualdad real, a través de acciones afirmativas de igualdad que recurren a criterios tradicionalmente utilizados para profundizar o al menos perpetuar la desigualdad, tales como el origen racial, el sexo o las preferencias sexuales (discriminación negativa), pero son utilizados, por el contrario, para romper esa situación de desigualdad o, al menos, para estrechar la brecha de la desigualdad no formalmente jurídica, aunque presente en la sociedad”. La compatibilidad constitucional de estas medidas depende también de: (i) La real operancia de circunstancias discriminatorias; (ii) Obedezcan a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y; (iii) Sean temporales hasta lograr una igualdad real y efectiva (Corte Constitucional, C-371 de 2000).

estará ceñido a “una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, entre otros” (Corte Constitucional, C-592 de 1998, fundamento 1.2.1).

En vista de este panorama, la Corte Constitucional estimó necesario desarrollar un test o aplicativo para discernir cuándo nos hallamos ante la vulneración del derecho a la igualdad en la regulación jurídica de tipos penales. En la sentencia C-551 de 2001 relacionó los siguientes requisitos: (i) que se esté ante dos situaciones de hecho distintas; (ii) que el tratamiento diferenciado posea un objetivo constitucionalmente válido; (iii) que dicha finalidad sea razonable de conformidad con los valores y principios constitucionales; (iii) que los anteriores elementos guarden congruencia y; (iv) que la medida no sea desproporcional atendiendo a las circunstancias fácticas y el fin del trato desigual. Estos requisitos fueron extraídos de la providencia C-530 de 1993, cuya discusión versó alrededor de un tema ajeno al derecho penal.

Más adelante, en la sentencia C-539 de 2016 se propusieron tres criterios que está en obligación de considerar el legislador al momento de graduar las penas, con el ánimo de evitar la transgresión al principio de igualdad: la idoneidad, la razonabilidad y la proporcionalidad. Por último, una consecuencia lógica de este apotegma para esta corporación es la inadmisibilidad de aplicar el test de igualdad entre tipos penales que tutelen bienes jurídicos desemejantes, así lo señaló en sentencia C-1116 de 2003.



**Gráfica 11.** Principio de igualdad. Los cuadros sombreados en color amarillo representa su convergencia con otros principios.

### 3.2.8. Principio de necesidad

Uno de los pilares sobre los cuales descansa la legitimidad de un castigo es el carácter apremiante del mismo, es decir, que esté sustentado en argumentos de conveniencia, urgencia y utilidad. De lo contrario, podría ser considerado sustituible o prescindible. He aquí la importancia del principio de necesidad en la estructura aforística que actúa como barrera a la facultad punitiva adscrita al Estado. Su aparición en este mapeo jurisprudencial dio lugar en la sentencia C-647 de 2001 en términos discretos, al aducirse que la imposición de la pena debe procurar la preservación de la convivencia pacífica entre los coasociados y garantizar la reincorporación del penado al entramado social, lo que se traduce, en la optimización de las funciones de la pena previstas en el artículo 4 de la Ley 599 de 2000: prevención general,

retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado<sup>118</sup> (Corte Constitucional, C-806 de 2002).

Con relación a esta perspectiva, en la sentencia C-329 de 2003 este tribunal, encargado de resolver una acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 52 de la Ley 599 de 2000, acerca de la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas, enfatizó en la dimensión resocializadora como integrante de la tríada de finalidades de la sanción penal, junto a la prevención y la retribución. Esta faceta se trata de reinsertar al recluso de manera paulatina al hábitat social con el empleo de subrogados penales o beneficios administrativos<sup>119</sup> y está avalada por el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratado perteneciente al bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, el efecto resocializador no es el único inmanente al principio de necesidad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado de forma más prolífica respecto a su exteriorización como intervención penal mínima, en el entendido de que el ejercicio del *ius puniendi* se realizará como el último de los recursos para cobijar bienes jurídicamente relevantes de las más graves vulneraciones o peligros próximos. Fue hasta el 2003, con la sentencia C-356 de 2003, que la corporación planteó inicialmente los componentes de subsidiariedad, fragmentariedad y *ultima ratio* para afincar el campo de libertad legislativa

---

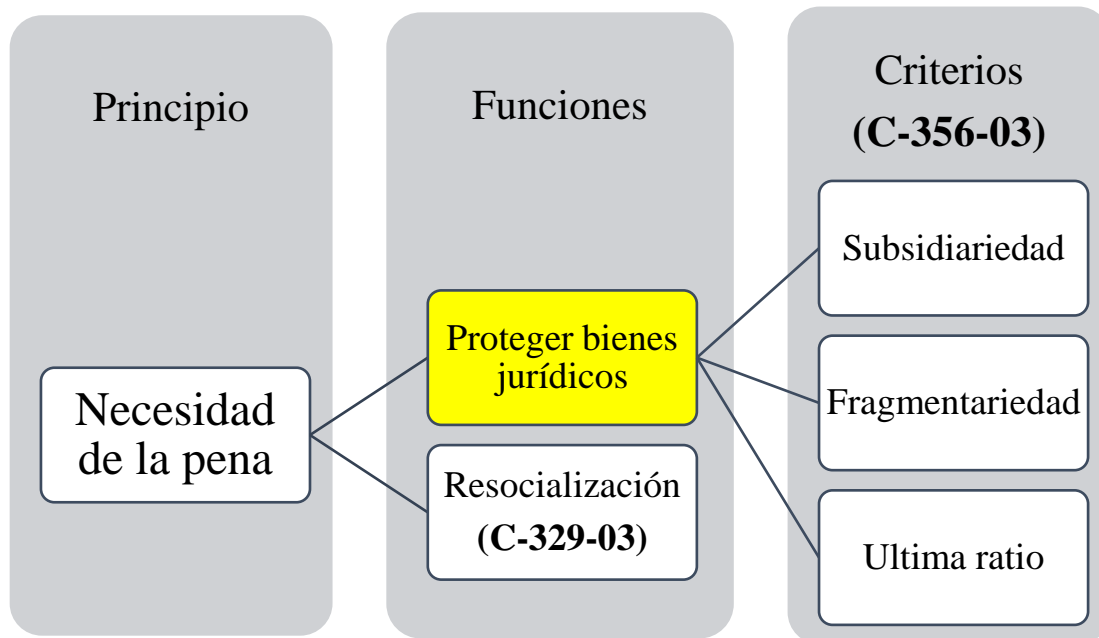
118 En un reciente pronunciamiento, C-407 de 2020, la Corte Constitucional promovió las funciones de la pena descritas en los artículos 3 y 4 de la Ley 599 de 2000 (retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado) a límites del “ejercicio del *ius puniendi* en todas sus expresiones (legislativa, judicial y de ejecución)” por estar ligadas al principio de dignidad humana. Además, arribó a la conclusión que de esta premisa se desprende “el fundamento de la necesidad de finitud temporal de las penas”, toda vez que “el derecho a no ser sometido a penas imprescriptibles, parte de un entendimiento de la función resocializadora de la pena—incluso como derecho—” (fundamento 19).

119 En las sentencias C-565 de 1993, C-806 de 2002, C-329 de 2003, C-552 de 2016 y C-294 de 2021 el máximo órgano de la jurisdicción constitucional ha insistido en el ineludible vínculo entre la finalidad resocializadora de la pena con las figuras jurídicas de subrogados penales y mecanismos redención de la pena, sin los cuales no daría lugar su adecuado tránsito hacia la reinserción social.

en la penalización de actividades humanas y desde la sentencia C-365 de 2012 en adelante permaneció inalterable el alcance de este trípode: (i) subsidiario, pues se recurrirá inicialmente a otros medios menos represivos disponibles en el sistema jurídico; (ii) fragmentario, dado que se perseguirá penalmente solo a las ofensas más nocivas para los bienes jurídicos y; (iii) *ultima ratio*, en tanto se utiliza cuando se hayan agotado los demás mecanismos de control social. A modo de mención, en la sentencia C-191 de 2016 se introdujo una cuarta pieza estructural: la protección exclusiva de bienes jurídicos, sin embargo, esta fue una posición aislada sin eco en sus sucesoras.

En diversas ocasiones se ha usado el principio de necesidad de intervención penal para evaluar la exequibilidad de una descripción típica: (i) en la sentencia C-897 de 2005 se excluye del orden interno el inciso segundo del artículo 454 de la Ley 599 de 2000 porque achacar una pena de prisión por concepto de fraude a resolución judicial a quien no acate la directriz de un togado en audiencia no era necesaria ni estrictamente proporcional; (ii) en la sentencia C-226 de 2002 se defendió el descarte de la bigamia y el matrimonio ilegal como figuras delictivas en el recién expedido Código Penal al existir otras instancias, como la jurisdicción ordinaria civil, para dirimir estos asuntos y; (iii) en la C-804 de 2003 fue respaldada la decisión del Congreso de la República de abandonar como recurso de lucha contra el secuestro la criminalización del pago del rescate por la libertad del retenido, tipificado mediante el artículo 172 del estatuto penal.





**Gráfica 12.** Principio de necesidad. El cuadro sombreado en color amarillo representa su convergencia con otro principio.

### 3.2.9. *Bloque de constitucionalidad*

Esta figura jurídica paradigmática, emergida de la sentencia C-225 de 1995<sup>120</sup>, representó una evolución a la rudimentaria expresión de “valores, principios y derechos constitucionales”, expandiendo el volumen normativo y la vinculatoriedad de la Constitución Política de Colombia de 1991. El bloque de constitucionalidad nace con los artículos 93 y 94

120 Definido como “aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*” (Corte Constitucional, C-225 de 1995, fundamento 12).

superiores, los cuales abren la posibilidad de reconocer y prevalecer en el orden interno las libertades y derechos humanos innominados incorporados en instrumentos o desarrollados por decisiones de entes supranacionales. Su alineación como límite axiológico a la libertad de configuración legislativa en materia penal dio lugar en la sentencia C-205 de 2003, en la que también se le otorgó un papel más preponderante al entrañar compromisos internacionales sobre tipificación de conductas punibles, como por ejemplo, el genocidio o la desaparición forzada<sup>121</sup>. Lo anterior, está hilvanado con la posibilidad de identificar en la Carta Política bienes jurídicos de obligatoria protección durante la tarea interpretativa de la Corte Constitucional como su legítimo guardián.

Con base en estos dos presupuestos, es viable advertir que el bloque de constitucionalidad fija los mismos dos extremos a la potestad de tipificación del legislador, previstos en la sentencia C-489 de 2002 para el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos: (i) por un lado, el imperativo constitucional de proscribir la comisión de ciertos comportamientos mediante el efecto disuasorio de una pena; (ii) por el otro, la exclusión de conductas como objeto de sanción, por cuanto su judicialización implica la transgresión de principios o derechos constitucionales. En palabras de la Corte Constitucional:

---

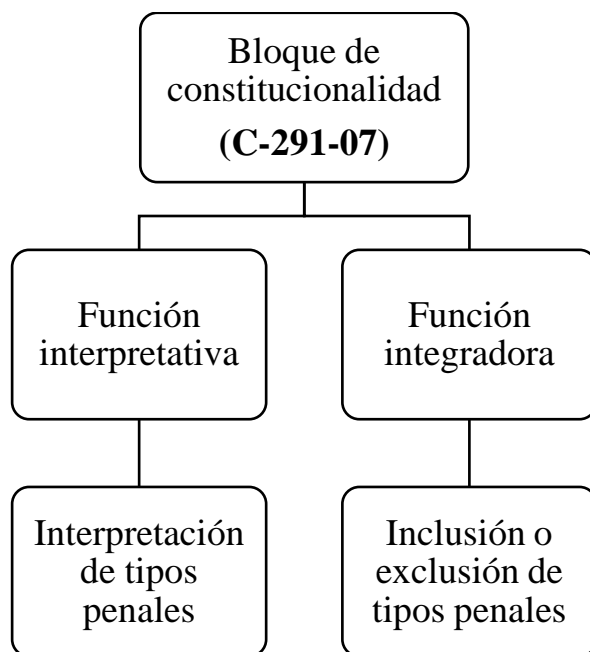
121 La sanción de la tortura, el tráfico de menores, el feminicidio, la trata de personas, el reclutamiento de menores, la pornografía o prostitución infantil, la discriminación racial o la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad son otras conductas punibles que obligan al Estado colombiano criminalizarlas en su legislación por mandato expreso de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, inhumanos o degradantes, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Para”, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional “Protocolo de Palermo”, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, el Protocolo facultativo de la Convención de los derechos de la Niñez relativo a la venta, prostitución y pornografía infantil, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, respectivamente.

“Así, hay casos en los que, tanto la naturaleza de los bienes jurídicos que se afectan, como la gravedad de las conductas cuya exclusión se impone como medida para la protección de los mismos, hacen imperativa, desde la perspectiva del ordenamiento constitucional, incluidos en él los tratados que forman parte del bloque de constitucionalidad, la criminalización de tales conductas. Por el contrario, expresó la Corte, en el otro extremo se encontrarían aquellas conductas que, dado que se desenvuelven en ámbitos de libertad constitucionalmente garantizados, estarían constitucionalmente excluidas de la posibilidad de ser objeto de sanción penal” (Corte Constitucional, C-674 de 2005, fundamento 4.2).

Más tarde, en la sentencia C-291 de 2007 la corporación ampliaría aún más el repertorio funcional de este concepto imprimiéndole dos propósitos, uno de índole interpretativo y otro integrador, en el marco de su rol como techo del margen del diseño punitivo en cabeza del legislador. En el primero, el bloque de constitucionalidad servirá como cláusula hermenéutica de los preceptos constitucionales y las restricciones tolerables a los derechos fundamentales, tal como ocurrió en la sentencia C-578 de 2002, cuando se determinó que las sanciones de los delitos de genocidio, crímenes de guerra o de lesa humanidad deben estar acorde con el estándar de protección del Estatuto de Roma; entretanto, su función integradora consiste en una remisión expresa a los tratados internacionales sobre derechos humanos reconocidos por Colombia como parámetro de control de constitucionalidad a las leyes penales, sin perjuicio de tomar en cuenta para esta labor aquellas garantías inherentes a la persona que no figuren en estos textos. Un ejemplo de este segundo escenario se presentó en la sentencia C-148 de 2005 al establecer que el término “grave” como ingrediente de tipicidad

objetiva en los *nomen iuris* de tortura y tortura en persona protegida no estaba en armonía con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Tal como se adujo al comienzo, el bloque de constitucionalidad constituyó un complemento a su antecesor límite: “el deber de respetar los derechos constitucionales”. Por lo tanto, en varias ocasiones<sup>122</sup> se nombra parte integral de este último. Sin embargo, la Corte Constitucional ha sido asidua en destacarlo como principio autónomo en la limitación de la potestad de configuración legislativa en materia penal, teniendo en cuenta su valor agregado por su función interpretativa e integradora.



**Gráfica 13.** Bloque de constitucionalidad.

---

122 Revisar las sentencias C-355 de 2006, C-853 de 2009, C-239 de 2014 y la C-829 de 2014.

### 3.2.10. Prohibición de doble incriminación o *non bis in ídem*

La persona sindicada por la comisión de un ilícito tiene el derecho a “no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”, así reza el último apartado del cuarto inciso del artículo 29 constitucional, garantía habitualmente hallada en la esfera procesal del derecho penal. Mas aún, la Corte Constitucional ha aterrizado esta prerrogativa como límite al diseño o creación de injustos penales, particularmente, en la agravación de un tipo penal cuando el escenario fáctico ya esté incluido entre los elementos constitutivos de este último. Si bien es cierto, en pronunciamientos pretéritos la corporación había aludido tímidamente al principio de *non bis in ídem* en la esfera del derecho penal sustantivo<sup>123</sup>, fue hasta la sentencia C-521 de 2009 que lo instituyó como una auténtica empalizada al ejercicio del *ius puniendi*, dirimiendo la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 4 del artículo 211 del Código Penal, en el que se incluía como agravante de determinados delitos sexuales la perpetración de sus verbos rectores contra un sujeto pasivo menor de 14 años.

En esta providencia la Corte Constitucional erigió el *non bis in ídem* como un cerrojo que ha de pasarse cuando concurren las siguientes condiciones: (i) establecer como causal de agravación punitiva una circunstancia contenida en el tipo penal autónomo; (ii) que la agravación no esté justificada por el legislador e; (iii) identidad en el bien jurídico afectado, el régimen sancionatorio aplicable y la finalidad buscada de ambas normas. Estas reglas

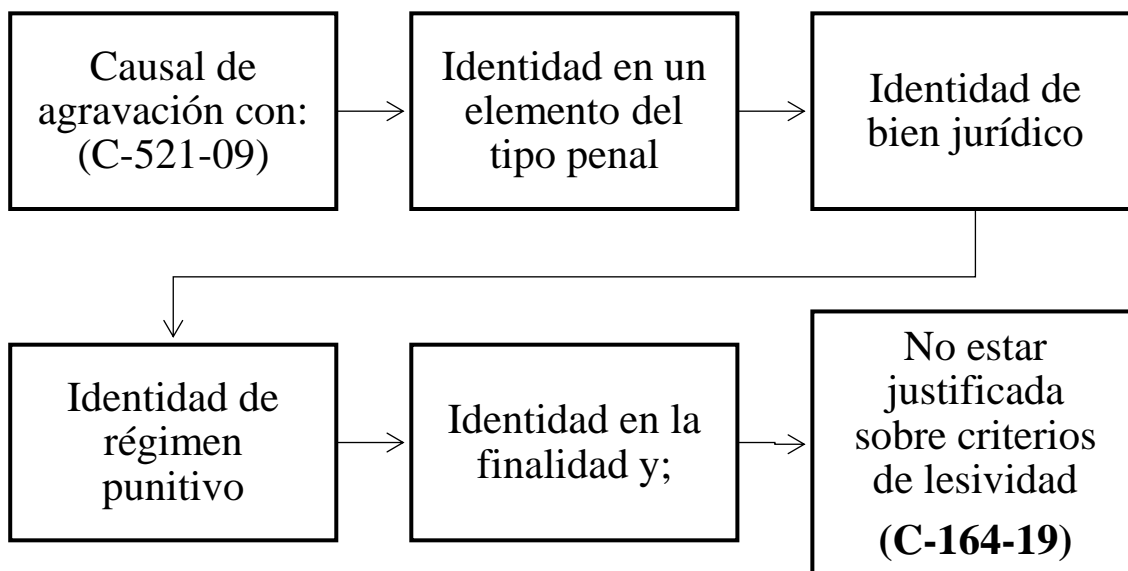
---

123 En la sentencia C-271 de 2003, citando la decisión de tutela T-260 de 1999, la Corte Constitucional se refirió al carácter sustancial del *non bis in ídem* sin diferenciarlo de sus repercusiones en materia procesal penal. Allí, se catalogó como una garantía que proscribe al “legislador sancionar, a través de distintos tipos y en una misma rama del derecho, una misma e idéntica conducta” (fundamento 5.5.2). Inclusive, en la providencia C-554 de 2001 vinculó este instituto con los principios de derecho penal de acto y de antijuridicidad material y aclaró que “la prohibición de una doble sanción no depende del rito procesal de la cosa juzgada, sino del concepto de imputación fáctica, es decir, de la conducta punible independientemente de su denominación jurídica” (fundamento 3.2). Sendas manifestaciones del alto tribunal se aproximan a una acepción del *non bis in ídem* asociada a la fase de producción normativa, no obstante, no se consolida como un límite a la libertad de regulación legislativa en materia penal sustantiva.

fueron extraídas de otras decisiones que abordaron de forma aislada el principio de prohibición de doble incriminación, tales como, la C-006 de 2003, C-1265 de 2005, C-115 de 2008 y la C-229 de 2008. De este modo, “al prohibir que una misma circunstancia se convierta en elemento constitutivo del tipo penal y en causa de agravación del mismo, el principio *non bis in ídem* persigue evitar que las causales de agravación se impongan de modo arbitrario e injustificado a quienes sean responsables de un delito” (Corte Constitucional, C-521 de 2009, fundamento 5.2.4).

Más tarde, en la providencia C-539 de 2016, se reiteró la doble dimensión de este axioma, tanto procesal como sustantivo. En este sentido, se adujo que el desconocimiento de esta figura se configura con la existencia de un supuesto de hecho punido por dos o más tipos penales con identidad de causa, objeto y persona, deducible de “la naturaleza jurídica de las sanciones, su finalidad, el bien jurídico protegido, la norma que se confronta con el comportamiento sancionable o la jurisdicción que impone la sanción” (Corte Constitucional, C-539 de 2016, fundamento iii.26).

Como corolario, la máxima autoridad de la jurisdicción constitucional rememoró en la sentencia C-164 de 2019 que no basta una agravación de una conducta típica fundamentado en el mismo supuesto, sino que eran requeridas ciertas exigencias para el advenimiento de este principio, por consiguiente, recapituló las mencionadas en la C-521 de 2009, agregando que la justificación o propósito del agravante ha de estar en consonancia con la necesidad de protección el bien jurídico ante un evento de mayor lesividad.



**Gráfica 14.** Principio de prohibición de doble incriminación en derecho penal sustantivo.

### **3.2.11. Otros límites**

Una gran variedad de criterios limitadores a la libertad de configuración legislativa en materia penal fue enunciada por la Corte Constitucional a lo largo de sus decisiones. Empero, no todos tuvieron resonancia en las siguientes magistraturas, otros se adecuaron conceptualmente a principios de mayor envergadura y unos pocos no fueron descritos a plenitud por dicho tribunal. A modo de ejemplo, categorías como la *última ratio*<sup>124</sup>, la dimensión resocializadora de la pena<sup>125</sup> o la intervención mínima<sup>126</sup> en materia penal gozan

124 Mencionada por la Corte Constitucional como un límite, aparentemente autónomo, en las sentencias C-489-02, C-674-05 y C-294-21.

125 Nombrado en las sentencias C-144-97, C-329-03, C-271-03, C-407-20 y C-294-21.

126 Fue elevado a nivel de principio en las sentencias C-233-19 y C-356-03. Durante el análisis de constitucionalidad del tipo penal de elección ilícita de candidatos, efectuado en la sentencia C-233 de 2019, la Corte Constitucional impuso tres excepciones al principio de mínima intervención del derecho penal. Aclaró que, si bien esta máxima orientaba al legislador recurrir al derecho penal solo cuando no hubiese otros mecanismos para afrontar el fenómeno criminal, hay tres escenarios constitucionalmente válidos para la coexistencia de diferentes vías sancionatorias: (i) “cuando se trate de las mayores afectaciones a los bienes jurídicos de mayor importancia constitucional”; (ii) “cuando se pretenden intervenir fenómenos de alta complejidad y gran calado que han desbordado la capacidad ordinaria del Estado”; y (iii) “cuando los

de un vínculo inescindible con el principio de necesidad, cuyo alcance conceptual los abarcaba en su totalidad; en idéntica guisa ocurrió con otros límites a saber: (i) el respeto por los derechos fundamentales<sup>127</sup>, las garantías sustanciales y procesales de la Constitución<sup>128</sup> y la dignidad humana<sup>129</sup> contenidos por los valores, principios y derechos constitucionales; (ii) la racionalidad<sup>130</sup> o racionalidad mínima como sinonimia de razonabilidad; (iii) el derecho penal de acto<sup>131</sup>, comprendido por las aristas de la culpabilidad y; (iv) la no discriminación<sup>132</sup>, propio de la noción de igualdad.

Diferente aconteció con los criterios de “objetividad” y “finalidad”, pues en ninguna providencia fue explicado su alcance, significado o repercusión, aunque hayan estado enrolados, desde 1998 hasta 2018<sup>133</sup>, como extremos a la actividad legislativa de diseñar tipos penales. Por último, vale la pena mencionar el caso de la “moralidad pública” mencionado por la Corte Constitucional en la sentencia C-404 de 1998, al zanjar los cargos por inconstitucionalidad presentados contra el artículo 259 del Decreto Ley 100 de 1980,

---

instrumentos alternativos carecen de las cualificaciones para desplazar la vía penal, en términos de accesibilidad, disponibilidad, idoneidad y eficacia” (fundamento 5.1.6).

127 Nombrado en las sentencias C-504-93, C-542-93, C-225-95, C-319-96, C-456-97, C-148-98, C-1404-00, C-553-01, C-916-02, C-622-03, C-475-05, C-897-05, C-575-09, C-682-09, C-225-09, C-853-09, C-742-12, C-368-14, C-829-14 y C-203-16.

128 Mencionada únicamente en la sentencia C-319-96.

129 Nombrado en las sentencias C-070-96, C-118-96, C-144-97, C-148-98, C-939-02, C-897-05, C-355-06, C-417-09, C-539-16, C-091-17, C-407-20 y C-294-21.

130 Nombrado en las sentencias C-746-98, C-173-01, C-916-02, C-1116-03, C-897-05, C-988-06, C-1033-06, C-365-12 y C-334-13

131 Nombrado en las sentencias C-226-02, C-205-03, C-355-06 y C-294-21.

132 Nombrado en las sentencias C-916-02 y C-897-05.

133 Para mayor precisión, se nombraron en las sentencias C-746 de 1998, C-173 de 2001, C-551 de 2001, C-553 de 2001, C-1116 de 2003 y C-015 de 2018.



recipiente del delito de incesto, achacándole la calidad de criterio auxiliar en el examen de exequibilidad de una norma.

De acuerdo con la Corte, el argumento moral funge como motivo válido, más no suficiente, en el control de constitucionalidad de un tipo penal, siempre y cuando la teleología de aquel sea salvaguardar un asunto de moralidad, verbigracia, “el comportamiento humano sexual”. Con base en este razonamiento, el tribunal declara compatible con la Carta Política el delito de incesto al tratarse de una conducta que “expresa un factor trascendental de cohesión y definición cultural, que sólo puede ser alterado por la propia sociedad a través de decisiones políticas o de procesos culturales complejos” (Corte Constitucional, C-404 de 1998, fundamento 10.17).

### **3.3. Recapitulación**

Ha sido ostensible la discontinuidad y la heterogeneidad del mapa jurisprudencial sobre los límites a la potestad de configuración legislativa en los tipos penales. Los principios mencionados por la Corte Constitucional aparecen en las sentencias de forma repetitiva, no se desarrollan lo suficiente o exponen de manera desorganizada. Aunque en ciertas ocasiones se hilvanaron dichos criterios en esquemas que asignaron un orden a la variopinta muestra de sentencias examinadas, ninguna de estas sistematizaciones de principios se ha asentado por completo en la jurisprudencia.

Aun así, la particularidad en cada decisión del tribunal constitucional ha sido velar por la indemnidad de aquel “coto vedado” para las mayorías parlamentarias mediante la expulsión de normas incompatibles con los derechos y libertades humanas. Aunque la dificultad

contramayoritaria continúe aduciéndose al carecer, supuestamente<sup>134</sup>, la Corte Constitucional de un germen democrático, lo cierto es que la prevalencia del constituyente primario como poder soberano se ratifica cada vez que se defienden los postulados de la Carta Política. Aunado a lo anterior, fue notoria la tendencia de la corporación a respetar el amplio espectro de movilidad del legislador para diseñar la política criminal del Estado al reposar en ellos la voluntad de sus electores<sup>135</sup>. He ahí el balance entre constitucionalismo y democracia: la toma de decisiones con base en la regla de la mayoría sin desatender la protección de las minorías.

A partir de los resultados obtenidos en el mapeo jurisprudencial es plausible afirmar que, pese a estar inmersos en un constitucionalismo fuerte o democrático<sup>136</sup>, la posición de la Corte Constitucional ha sido la de contenerse y no afectar, sin ser imprescindible, la libertad de configuración legislativa del Congreso de la República. Ahora bien, el desarrollo de los límites a la potestad legislativa en materia penal sustantiva no ha sido lo suficientemente sistemático, por lo que hace falta imprimir un orden o estructura a este conjunto de criterios limitadores. De este modo, con la sistematización y/u organización de los principios

---

134 No es cierto que la Corte Constitucional colombiana carezca de un talante o germen democrático. Tanto en su diseño como en su funcionamiento nuestro tribunal constitucional goza de esta cualidad, así se refleja en los siguientes aspectos: (i) el procedimiento electoral en segundo grado en la selección por mayoría simple de los magistrados a cargo del Senado de la República, previa terna del Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (artículo 239 de la Constitución Política de 1991); (ii) el sistema de votación en los proyectos de fallos o sentencias (artículo 14 del Decreto 2067 de 1991) y; (iii) la convocatoria a audiencias públicas donde se escucha a la ciudadanía antes de decidir sobre la constitucionalidad de un precepto legal (artículos 12 y 13 del Decreto 2067 de 1991).

135 Se recuerda que del universo de providencias analizadas en el mapeo jurisprudencial se decretó la exequibilidad de al menos una disposición en el 48,82% de los fallos. Mientras que, de los 225 tipos penales acusados de inconstitucionales, la corporación declaró exequibles 186, esto es, un total del 82,66%.

136 En la recapitulación del primer capítulo se coligieron dos características inamovibles de un constitucionalismo democrático: (i) la rigidez en la modificación de la Constitución Política y; (ii) la creación de un tribunal de cierre en asuntos de interpretación y aplicación de disposiciones constitucionales.

recreados en la jurisprudencia constitucional, se visibilizará aún más el indispensable rol de la Corte Constitucional para la conservación de la democracia y los derechos fundamentales.

A modo de resumen temporal, se presentará una división en tres etapas de los 24 límites desarrollados por la Corte Constitucional, cuya aparición dio lugar entre 1992 hasta 2021:

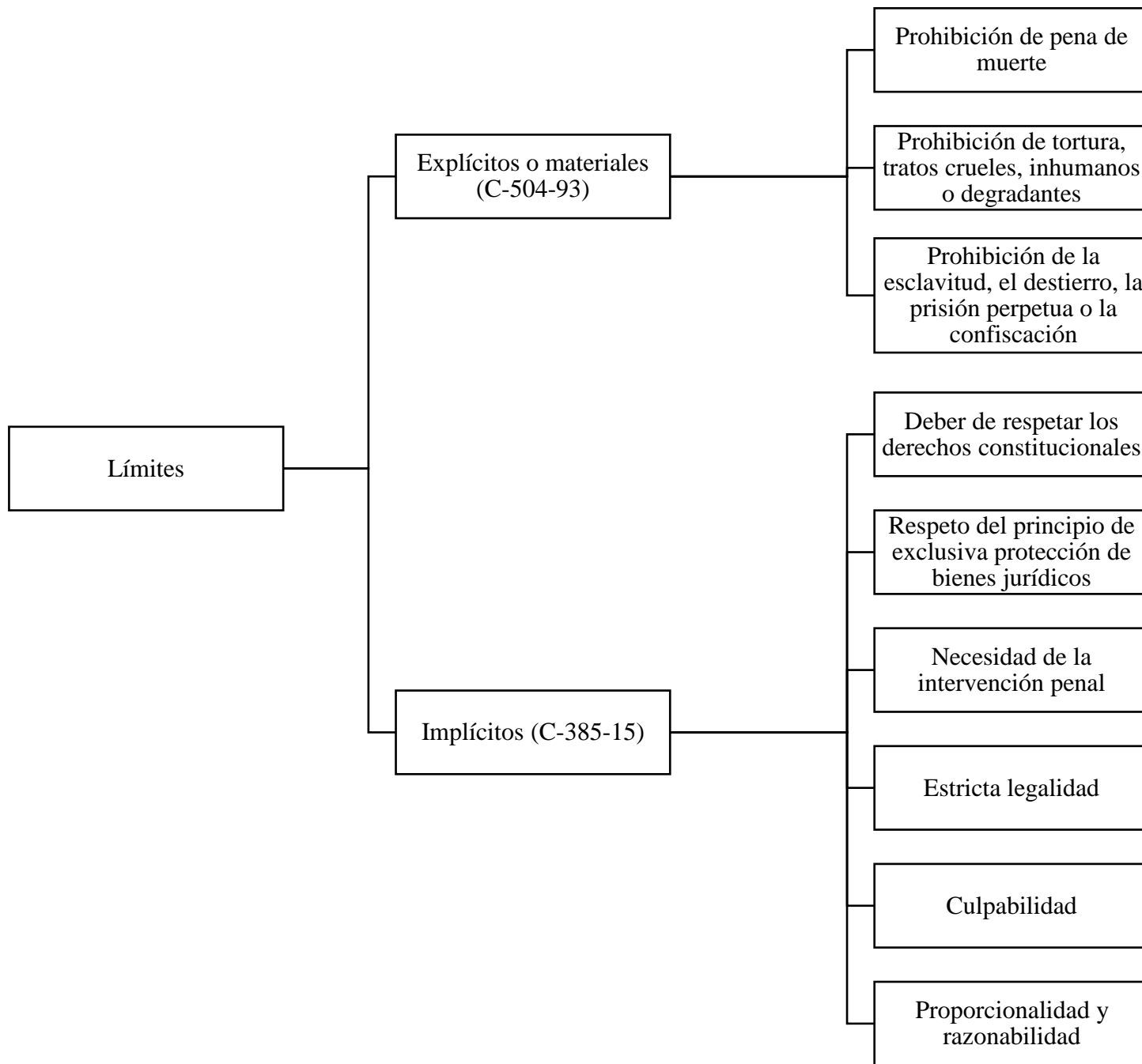
(i) Los inicios, comprendido entre 1992 a 1996, donde emergen los principios esenciales e inamovibles en la modulación de la tarea de diseño de tipos penales, elaborados por el tribunal en apenas 13 sentencias. Se hace referencia a la C-587 de 1992, las C-591, C-504, C-565 y C-542 de 1993, las C-038 y C-225 de 1995 y las C-070, C-125, C-118, C-364, C-609 y C-319 de 1996. Aquí aparecen la legalidad, la proporcionalidad, la razonabilidad, los límites explícitos, la protección exclusiva de bienes jurídicos, la culpabilidad y los valores, principios y derechos constitucionales, los límites implícitos, la igualdad y la necesidad.

(ii) El intermedio, a partir de 1997 hasta 2009, con la aparición de una caterva de criterios accesorios o residuales, a excepción del bloque de constitucionalidad y el principio *non bis in ídem*, susceptibles de ser subsumidos en las categorías emergidas en el primer período. Entre ellos están las categorías de derecho penal de acto, racionalidad, objetividad, finalidad, moral pública, derechos fundamentales, no discriminación, *última ratio*, dimensión resocializadora de la pena e intervención mínima en materia penal.

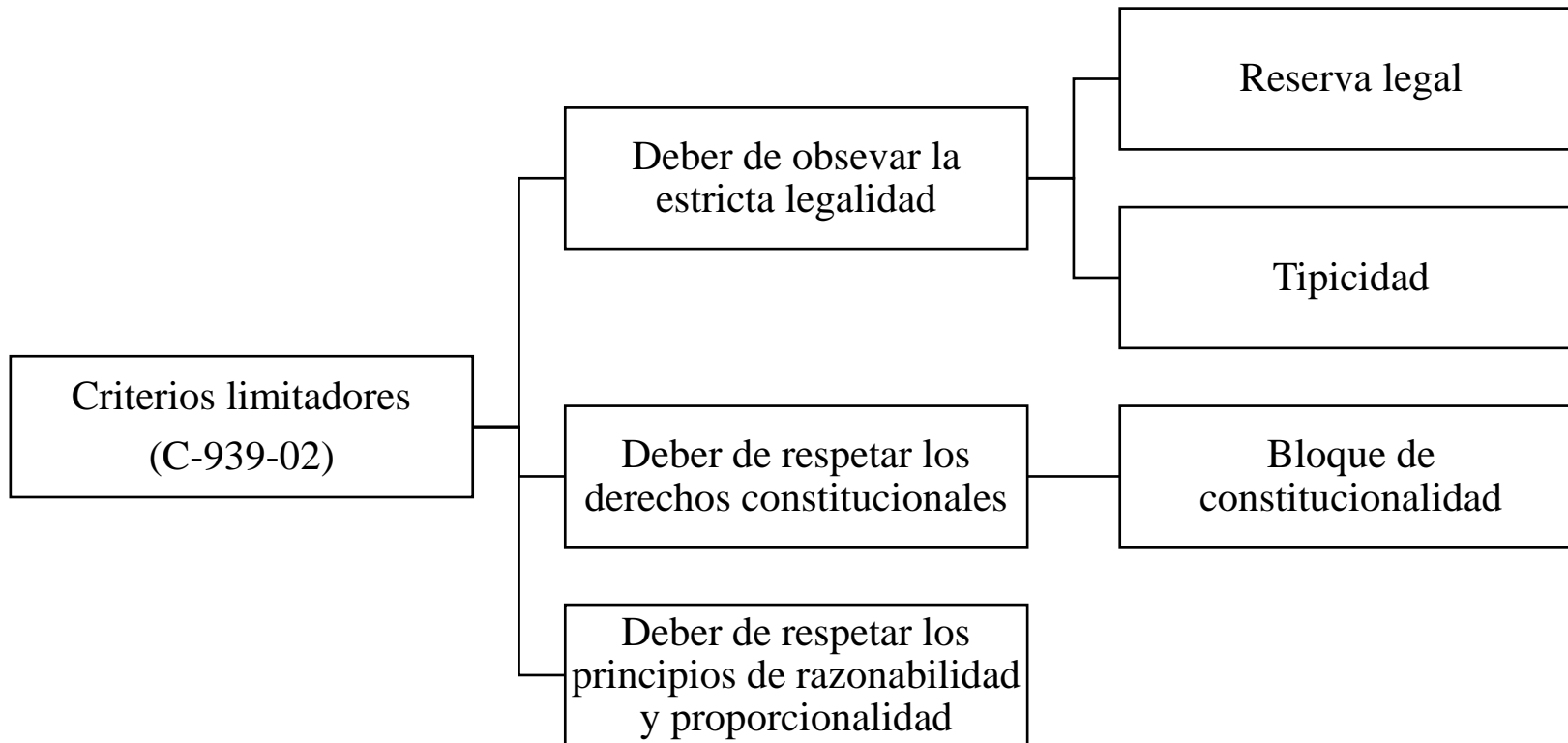
(iii) El final, de 2010 a 2021, en la cual se encontró una significativa cantidad de pronunciamientos. No obstante, en ninguno se construyó un criterio limitador que detentara autonomía conceptual, al ser todos nociones complementarias a los principios de las etapas pretéritas. Lo que sí se logró en este último período fue mejorar la esquematización del conjunto de axiomas esbozados en años anteriores, ayudando al discernimiento de la

composición de cada uno de ellos. Véase, por ejemplo, las sentencias C-365 de 2012, la C-385 de 2015 y la C-015 de 2018.

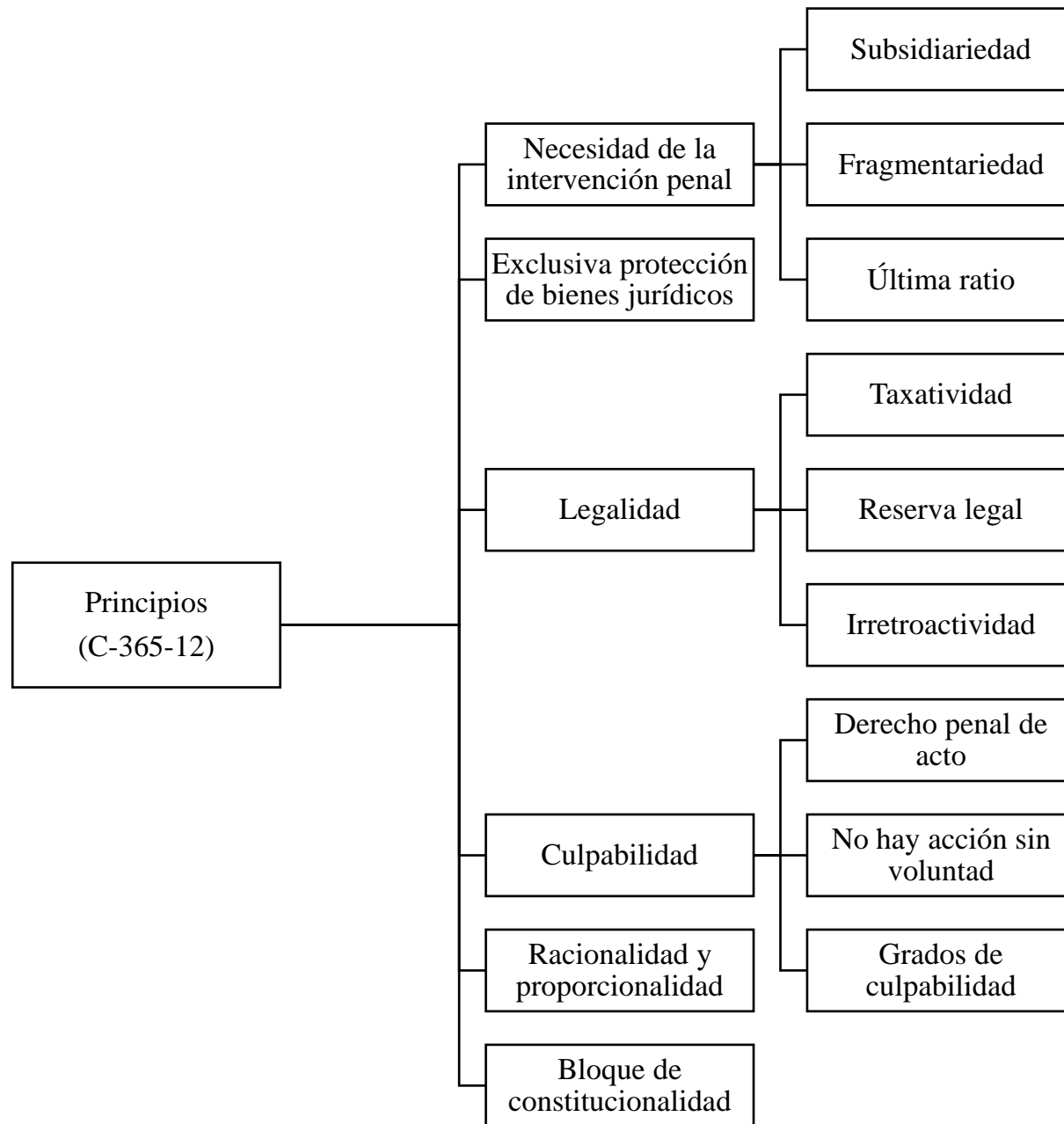
Para una mayor claridad de la sistematización de los límites, criterios y principios argüidos por la Corte Constitucional en sus decisiones se exhibirán tres esquemas construidos a partir de ciertas sentencias hito de este mapeo jurisprudencial. Es notorio cómo la corporación usa indiscriminadamente estas tres denominaciones para referirse a lo mismo: límites a la potestad de configuración legislativa en derecho penal sustancial.



Gráfica 15. Primera esquematización.



Gráfica 16. Segunda esquematización.



Gráfica 17. Tercera esquematización.

#### 4. Una propuesta de delimitación constitucional al derecho de castigar en Colombia

*“Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal”* (Claus Roxin, 1997, p. 137).

En los anteriores capítulos se solventaron cuestiones o inquietudes necesarias antes de hablar con propiedad sobre una propuesta, organizada y con un uso práctico, de los límites a la potestad de tipificación que posee el cuerpo legislativo. Paso a paso se abrió el camino para llegar a este punto: (i) primero, se argumentó por qué está legitimada la revisión judicial de las leyes en una democracia y cómo debería cumplir ese rol el guardián de la Constitución (legislador negativo); (ii) después se abordó el concepto de bien jurídico como punto de origen de los límites al *ius puniendi* y se indagó sobre las proposiciones de diversos autores con relación a las barreras del derecho a castigar del Estado en los modelos democráticos; (iii) finalmente, se buscaron y explicaron los criterios limitadores a la libertad de configuración legislativa en materia penal sustantiva expuestos por la Corte Constitucional colombiana en su jurisprudencia indicativa. Así que, en este último apartado, queda por presentar un planteamiento personal como colofón a los insumos teóricos aprehendidos hasta ahora, no sin antes rememorar ciertos aspectos claves para resolver el problema jurídico.

La arquitectura jurídica del Estado colombiano está cimentada en el principio democrático<sup>137</sup>. Según este principio, la soberanía popular empodera a las instituciones públicas para la administración o ejecución de los recursos, la regulación legal de los ámbitos

---

137 “Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

“Artículo 3. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”.



sociales y la impartición de justicia. Como resultado de la división de este poder público, le corresponde al cuerpo legislativo el diseño de las leyes y actos reformativos de la Constitución, exteriorizando la voluntad de los electores. En asuntos atinentes a la política criminal el legislador goza de un amplio radio de acción, lo que la Corte Constitucional ha bautizado como “margen de configuración legislativa”, y está expresamente autorizado para:

“(i) crear, modificar o suprimir figuras delictivas; (ii) introducir clasificaciones entre ellas; (iii) graduar las penas y fijar su clase y magnitud; (iv) establecer regímenes para la atenuación o agravación punitiva; y (v) consagrar reglas para el juzgamiento y tratamiento de los delitos, de acuerdo con las garantías del debido proceso” (Corte Constitucional, C-164 de 2019)<sup>138</sup>.

Esta delegación constitucional, encontrada en el numeral segundo del artículo 150 de la norma superior, busca encargarle a un órgano popular el análisis, escogencia y descripción de los comportamientos vedados por su naturaleza perniciosa a la vida en sociedad, así como la ponderación y fijación de la consecuencia en caso de incurrir en ella. Dentro de esta ardua labor el legislador, entre otras cosas, se debe encargar de<sup>139</sup>: (i) avizorar la existencia de un bien, valor o interéspreciado socialmente y positivizar su protección; (ii) reseñar con

---

138 Desde la sentencia C-591 de 1993 la Corte Constitucional ha sido insistente en la holgada competencia del legislador en la materia, al reservarle “la determinación de los comportamientos que ameritan sanción y el establecimiento de su naturaleza, alcance y de la respectiva dosimetría punitiva (CP arts. 150-2 y 29). A través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, la sociedad tipifica las conductas reprochables y fija las condignas sanciones y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas” (fundamento 8).

139 Según la sentencia C-259 de 2016, esas tareas hacen parte de la órbita de decisiones sobre política criminal que debe adoptar el legislador. Incluye en total: “(i) tipificar las hipótesis de comportamiento que ameritan sanción y reproche punitivo[87]; (ii) seleccionar tanto los bienes jurídicos, como los instrumentos a través de los cuales se hace efectiva su protección[88]; (iii) consagrar las circunstancias en las que cabe la privación de la libertad de las personas[89]; (iv) disponer la forma como se hace efectiva la persecución de las distintas modalidades de delincuencia[90]; y (v) desarrollar las garantías que integran el derecho fundamental al debido proceso[91]” (fundamento 6.6.1.). Además de “graduar las penas aplicables” (fundamento 6.6.2.).

precisión la conducta humana prohibida. Esto implica la estructuración de los elementos objetivos del tipo penal<sup>140</sup>, tales como, los sujetos, los verbos rectores, el resultado o la forma de peligro para el bien jurídico, la modalidad subjetiva (dolo, culpa o preterintención) y otros ingredientes descriptivos o subjetivos y; (iii) determinar las sanciones principales o accesorias a imponer, que van desde la privación de la libertad en establecimiento carcelario hasta la inhabilitación para el ejercicio de otros derechos<sup>141</sup>.

Ahora bien, tal como se ha recalcado a lo largo de este trabajo, la potestad de tipificación punitiva no es absoluta. El orden democrático exige el amparo de dos componentes para su conservación, por un lado, la indisponibilidad de los derechos fundamentales de los individuos y, por el otro, el acatamiento de las formas o procedimientos para la participación en la fiesta de la democracia y consigo la continuidad del Estado<sup>142</sup>. Estos presupuestos se consagran en la Constitución Política, máxima expresión de la voluntad popular y norma cumbre en el entramado jurídico. En ese sentido, los valores, derechos, principios y demás preceptos contenidos en la Carta Política actuarán como límite al *ius puniendi* en cabeza del Congreso de la República.

La Corte Constitucional ejerce una actividad de control material a las leyes y formal a los actos reformativos de la Constitución<sup>143</sup>, para que se acompasen al espíritu del contrato

---

140 Dichos componentes fueron nombrados por la Corte Constitucional en las providencias C-996-00, C-191-16 y C-091-17 como la materialización del principio de estricta legalidad o taxatividad penal.

141 En la legislación nacional se habla de penas principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos. De acuerdo con la Ley 906 de 2004, las penas principales corresponden a la prisión y la multa (artículo 35), las sustitutivas son la prisión domiciliaria y el arresto de fin de semana (artículo 36), mientras que las penas accesorias se enlistan en el artículo 43.

142 En el subtítulo 1.2. se amplía por qué sendos componentes representan los motivos de la supremacía judicial en la revisión de las leyes en un Estado democrático.

143 Este poder de revisión de la Corte Constitucional se sustenta en la teoría de los límites competenciales del legislador tratándose de reformas a la Constitución, según la cual, “la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad” (Corte Constitucional, C-551-03,

fundacional del Estado colombiano. Empero, no resulta admisible que este quehacer desplace las competencias asignadas a otras instituciones públicas. En concreto se refiere a la regulación normativa de los ámbitos de la vida social asignado al Congreso de la República por mandato de la Constitución. Por eso, los fallos “transformadores” abordados en el primer capítulo<sup>144</sup>, que compelen al legislador a desarrollar sus funciones en determinada dirección, no son compatibles con el “margen de configuración legislativa”, mucho menos en el campo del derecho penal objetivo, por ser el último instrumento disponible para el control social.

En cambio, la revisión judicial de las leyes y su eventual expulsión del ordenamiento jurídico por contravenir la teleología de una disposición constitucional guarda legitimidad en el modelo democrático, al defender los cimientos del sistema y acatar la división de poderes. Estaremos, entonces, ante un “legislador negativo”<sup>145</sup>, un censor que sólo puede evaluar la compatibilidad de una ley con la norma de validez o encontrar una interpretación ajustable a la misma.

---

fundamento 39). Por el contrario, un poder de reforma sin límites competenciales eliminaría “la distinción básica entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado o de reforma” (fundamento 37).

144 En el numeral 1.2.3. se profundizó sobre esta tipología de fallos, vinculado a un constitucionalismo fuerte y al activismo judicial, y su incompatibilidad con el sistema de división de poderes de la Constitución de 1991.

145 El cuestionamiento a la Corte Constitucional no estriba en la imposibilidad de ir más allá de la declaratoria de inexecutable o exequibilidad de una disposición. La modulación de sus fallos, según sus contenidos o de sus fallos, son parte fundamental en la manutención del orden jurídico-constitucional. La crítica consiste en la adjudicación *motu proprio* de “creación” de normas o directrices para la promulgación de las mismas cuando: (i) ordena al Congreso de la República en qué dirección legislar a partir de las consideraciones del fallo; (ii) conmina el ejecutivo cómo administrar, invertir o gastar los recursos o impone un modelo de política pública e; (iii) inventa preceptos aplicables a casos concretos no emitidos por el legislador, sino obtenidos de sus razonamientos judiciales. Ahora, las reglas de derecho y la hermenéutica jurídica, al estar adheridas a sus funciones jurisdiccionales, sí están acorde con un sistema democrático respetuoso del balance de poderes.

#### **4.1. Propuesta de sistematización de los principios limitadores de la competencia legislativa para definir tipos penales**

En estas condiciones, ya es factible aventurarse en la construcción de un planteamiento propio sobre aquellos criterios limitadores de la potestad punitiva encabezada por el órgano legislador. La propuesta descrita en este subtítulo se compone de dos cosas: (i) la sistematización y jerarquía de los principios constitucionales, al identificar la relación que existe entre ellos y; (ii) la construcción de una ruta o estructura de análisis con base en esa sistematización, como herramienta metodológica para el examen de constitucionalidad de los tipos penales.

Se advierte desde ahora que no se incluirá el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos en la propuesta, por cuanto se considera una posición teórica y político-criminal, en contraposición a otras tendencias como el funcionalismo radical, de donde parte la edificación del sistema y se halla transversalmente en cada una de sus piezas. Evocando una de las conclusiones del capítulo 2.1., el “bien jurídico” se estima en sí mismo como un criterio delimitador de la potestad de tipificación punitiva, pero ostenta una naturaleza “extrasistémica” o “heteropoiética”.

Para Ferrajoli (2012) “la idea del bien jurídico merecedor de tutela penal como bien empíricamente determinado remite a la idea de su lesión como comportamiento a la vez determinado” (p. 110), el cual, bautiza como principio ofensividad y contiene otros dos subprincipios:

“el de ofensividad en abstracto, que podría anclarse a la Constitución mediante una formulación del tipo ‘nadie puede ser castigado por un hecho que no ofenda bienes

jurídicos de relevancia constitucional’; y el de ofensividad en concreto, con el cual se podría establecer que ‘nadie puede ser castigado por un hecho que, aún correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por éste protegido, ningún daño o peligro’” (Ferrajoli, 2012, p. 111).

A pesar de lo anterior, la magnitud del daño como criterio o pauta legislativa en la criminalización de conductas, tal como repasaremos más adelante, ya se encuentra inmerso en la necesidad de la intervención penal. La protección exclusiva de bienes jurídicos actúa, más bien, como base teórica a partir de la cual se erigen los demás principios. En ese entendido, los axiomas que a continuación se enlistan derivan de una política criminal enfocada en la penalización de comportamientos que afectan intereses o valores de relevancia social, denominados “bienes jurídicos”<sup>146</sup>.

Ahora bien, su importancia como base teórica en esta propuesta reside en la exclusión de cualquier tendencia punitiva dirigida a castigar meras inmoralidades, pecados, ideologías, sentimientos y tabúes. Sin este punto de partida no podría concebirse un derecho penal democrático respetuoso de las libertades humanas como “coto vedado” e indisponible para el legislador. Así lo ha asumido la Corte Constitucional en su jurisprudencia indicativa desde la sentencia C-565 de 1993, al sostener que en el modelo de Estado social y democrático “la

---

146 Para Luigi Ferrajoli (2012) la respuesta a la polémica en torno a cuál es el objeto de tutela del derecho penal se encuentra “relacionada con las diversas opciones ético-políticas posibles. Para quien adopte una doctrina de justificación de tipo liberal democrático, los bienes que merecen protección penal se formulan asumiendo el punto de vista, externo al Derecho y por así decirlo desde abajo, de las personas de carne y hueso, y se identifican no sólo con los que Jakobs llama ‘bienes jurídicos individuales’, como la vida, las libertades y los diferentes tipos de derechos subjetivos, sino también con todos los bienes colectivos y en general aquellos determinados empíricamente, cuya tutela se da en interés de todos (...) En cambio, para quien adopte una doctrina de justificación de tipo autoritario, los bienes jurídicos que merecen protección penal serán los formulados desde un punto de vista interno al sistema jurídico y por así decirlo desde lo alto, de la conservación –como expresan Jakobs y Amelung- del orden existente mismo, o de la estructura normativa de la sociedad, o cosas similares. La consecuencia, entonces, es que para la tutela de éstos se justificará todo tipo de expansión del Derecho penal” (p. 106 y 107).

pena ha de cumplir una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos y delitos que atenten contra estos bienes”. Así mismo, la Corte definió la noción de delito como “aquellos comportamientos que el orden jurídico califica como dañinos para sus bienes jurídicos fundamentales, en la medida en que los considera graves” (fundamento D.a).

La adopción de esta postura político criminal<sup>147</sup>, derivada de la naturaleza del Estado colombiano, también se halla en la Constitución Política de 1991. Pues bien, en el artículo 2 superior se destacan los fines esenciales del Estado y entre ellos está la de “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. En vista de este propósito, el inciso segundo de este artículo hace un llamado a las autoridades de la República a “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades”. En igual sentido, el artículo 16, al desarrollar el derecho a la libre personalidad, fija como su único límite los derechos de los demás y el orden jurídico<sup>148</sup>. Este derecho fundamental contiene la “garantía general de la libertad de actuar, que puede ser limitada sólo en función de otro derecho fundamental” (Restrepo Rodríguez, 2010, p. 182). De esta manera se crea una conexión entre “la limitación del Derecho penal a la protección de bienes

---

147 Por “política criminal” la Corte Constitucional entiende como “el conjunto de herramientas necesarias para mantener el orden social y hacerle frente a las conductas que atenten de forma grave contra el mismo y, así, proteger los derechos de los residentes en el territorio nacional y, puntualmente, a las víctimas de los delitos” (Sentencia T-718 de 2015, fundamento 4.1). En múltiples pronunciamientos esta institución ha resaltado que la política criminal del Estado debe estar enfocada únicamente en la protección de bienes jurídicos. Revisar las sentencias C-565-93, C-430-96, C-489-02, C-742-12, C-365-12, C-334-13, C-387-14, C-829-14, C-239-14, C-368-14, C-022-15, C-385-15, C-181-16, C-259-16, C-091-17, C-015-18, C-233-19 y C-294-21.

148 De hecho, en la sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional elevó este derecho fundamental como límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal al reconocer que, “sin importar la relevancia de los bienes constitucionales que pretenda proteger, no puede establecer medidas perfeccionistas que supongan una restricción desproporcionada del derecho al libre desarrollo de la personalidad” (fundamento 8.2).

jurídicos con el reconocimiento constitucional del libre desarrollo de la personalidad que se da en el art. 16 de la Constitución de 1991” (Restrepo Rodríguez, 2010, p. 182).

Aparte de la presencia transversal de la teoría de protección exclusiva de bienes jurídicos, para este planteamiento hemos de considerar la existencia de cinco estadios principialísticos<sup>149</sup>: (i) un metaprincipio de primacía del bloque constitucionalidad que irradia toda la estructura; (ii) el macroprincipio de la estricta legalidad y; (iii) los principios de necesidad, culpabilidad y proporcionalidad. Todos ellos fungen como columnas vertebrales y están compuestos por otros subprincipios, dimanados de estos, tal como se verá a continuación.

#### ***4.1.1. Bloque de constitucionalidad***

El bloque de constitucionalidad fue definido por la Corte Constitucional en providencia C-225 de 1995, considerando esta figura jurídica como el compendio de normas y principios no contemplados de manera expresa en la Constitución, pero que sí han sido integrados a la misma por remisión del artículo 93 constitucional u otras vías. En consecuencia, su contenido servirá igualmente como parámetro de control de constitucionalidad de las leyes y actos reformativos de la Carta Política. Este artículo 93 les confiere dos características a los tratados y/o convenios internacionales que reconocen derechos humanos: (i) prevalencia sobre la normatividad doméstica y; (ii) cláusula de interpretación obligatoria de los derechos

---

149 Por principios vamos a entender “mandatos de optimización que exigen el cumplimiento de su contenido en la mayor medida de los posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas” (Alexy, 2003, pág. 95). En este sentido, los principios “no se reputan válidos o inválidos en un determinado caso, pues su núcleo se considera inexpugnable y, por consiguiente, resulta necesario garantizar su cumplimiento atendiendo a las circunstancias del caso concreto” (Álvarez Barajas & Quiroz Omaña, 2017, p. 69).

y deberes de la Constitución<sup>150</sup>. Como complemento de lo anterior, el artículo 94<sup>151</sup> de la Carta Política “establece una cláusula iusnaturalista<sup>152</sup> que garantiza la salvaguarda de cualquier derecho fundamental que pese a no estar estipulado en el orden interno o internacional hace parte de la naturaleza humana” (Álvarez Barajas & Quiroz Omaña, 2017, p. 31).

En ese sentido, durante el ejercicio del control de constitucionalidad los particulares, la Corte Constitucional y demás operadores judiciales también han de tener en cuenta lo dispuesto en la CADH y las sentencias de su intérprete autorizado: la Corte IDH<sup>153</sup>. Esta

---

150 Los dos primeros incisos del artículo 93 de la Constitución Política de 1991 establecen: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...)”.

151 “Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

152 La Corte Constitucional en la sentencia C-284 de 2015 reconoce que los artículos 5 y 94 de la Carta desarrollan categorías “vinculadas a las doctrinas del derecho natural” (fundamento 5.3.3.5). La misma corporación, en sentencia C-574 de 1992, admitió que para “este texto constitucional, el valor inherente o fundamental no depende de la consagración expresa: es, pues, un valor normativo independiente de toda consagración en el ordenamiento positivo, tal como lo entendía el clásico derecho natural racionalista” (fundamento B.2.c). Para Rodrigo Uprimny (2021) el artículo 94 superior incorpora una “cláusula de derechos innominados” (p. 128), la cual, “permite la constitucionalización de derechos que no tienen ninguna consagración textual” (p. 139).

153 El debate alrededor de la delimitación de la facultad sancionatoria del Estado debe adoptar una perspectiva constitucional multinivel. El constitucionalismo multinivel “entiende que el sistema jurídico no sólo está compuesto de normas jurídicas (en sentido estricto) sino que también incluye distintos contenidos materiales vinculantes, tales como principios, valores, objetivos, funciones, instituciones, derechos y criterios jurisprudenciales; que conforman determinados contenidos democráticos y además constituyen fundamento y límites a las normas, a la aplicación y a la interpretación del derecho” (Remotti, 2016, pág. 37). Según esta metodología de estudio, hay que partir, en primer lugar, del marco constitucional en el contexto colombiano, construido con los postulados de la Constitución Política de Colombia de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Luego, se da apertura al contenido de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y pronunciamientos de la Corte IDH como organismo supranacional de la región americana, veedor del respeto a los derechos humanos. De esta manera, se conjuga el contenido normativo y jurisprudencial del ordenamiento jurídico nacional y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Esta metodología, bautizada como constitucionalismo multinivel, es explicada por el catedrático español José Remotti (2016) en las siguientes palabras: el “constitucionalismo multinivel parte, pues, de considerar que en las propias normas constitucionales de los distintos países se regulan habilitaciones, cesiones o transferencias de competencias constitucionales a partir de las cuales se abre el ordenamiento jurídico a otros niveles (supranacionales, regionales, locales), conformando todos juntos un sistema y una serie de subsistemas integrados. De esta manera las normas de desarrollo directo de tales habilitaciones (a través de las cuales se configura un subsistema) resultan funcionalmente constitucionales” (p. 27). Por lo tanto, “el análisis multinivel



labor ha sido denominada control de convencionalidad<sup>154</sup> y la misma Corte Constitucional reconoció que “la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la CADH, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad” (Sentencia C-442 de 2011, fundamento 7). De la misma forma que la Corte Constitucional en Colombia vela por la integridad y la supremacía de la Constitución Política en el estamento normativo nacional, la Corte IDH revisa el cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones que se derivan de la CADH. No han sido numerosos los pronunciamientos de la Corte IDH sobre los límites del Estado

---

depende de una figura trascendental para la justicia constitucional: el bloque de constitucionalidad, el cual emana del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y pregona la vinculatoriedad de los instrumentos internacionales que regulan y protegen derechos humanos” (Álvarez Barajas & Quiroz Omaña, 2017, p. 30). En pocas palabras, estamos “frente a la existencia de diversos sistemas normativos de orden constitucional, sin que ello implique que uno anule al otro. Se trata de una estructura basada en la coexistencia y coordinación entre sistemas normativos en la que no existe un ‘primado del derecho internacional’ ni tampoco la del derecho interno” (Torres Zuñiga, 2013, pág. 353).

154 Tal como aduje en otra investigación, en “diferentes pronunciamientos la Corte IDH ha desarrollado jurisprudencialmente el concepto de control de convencionalidad, instrumento por medio del cual se establece la vinculatoriedad de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los ordenamientos jurídicos internos, por ejemplo el caso *Almonacid Arellano vs Chile* en el que la Corte IDH expresó que: ‘Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana’ (Caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*, 2006). También en el caso *Heliodoro Portugal vs Panamá* la Corte IDH dejó claro que: ‘Es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina ‘control de convencionalidad’, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos’ (Caso *Heliodoro Portugal vs Panamá*, 2008). En otros casos como el de *Radilla Pacheco vs México*, también se ratificó el concepto de control de convencionalidad de la siguiente forma (p. 139): ‘El Poder Judicial debe ejercer un ‘control de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes’ (Caso *Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*, 2009). Se aclara que el control se lleva a cabo no solo entre las normas internas y la Convención, sino también las interpretaciones que realiza la Corte IDH de este instrumento” (Álvarez Barajas & Quiroz Omaña, 2017, p. 32).

durante el ejercicio del *ius puniendi*, no obstante, en algunos casos se han fijado parámetros obligatorios que los Estados parte de la Convención han de garantizar en sus legislaciones<sup>155</sup>.

En resumen, tratándose de la libertad de configuración legislativa en asuntos penales, el bloque de constitucionalidad reporta utilidad en tres aspectos: (i) la obligación de sancionar penalmente determinados comportamientos reprochables<sup>156</sup>; (ii) la imposibilidad de proscribir ciertas conductas, porque la respuesta punitiva del Estado transgrede garantías fundamentales y; (iii) la supeditación interpretativa de los tipos penales y sus finalidades a las disposiciones constitucionales y tratados internacionales que regulan la materia. La función del bloque de constitucionalidad será, por lo tanto, integradora e interpretativa. Así

---

155 En los casos *Ricardo Canese vs Paraguay* y *Palamara Iribarne vs Chile* se insistió en que el derecho penal es el mecanismo “más restrictivo y severo” en la atribución de responsabilidades a civiles por la comisión de ilícitos. Empero, fue en el caso *Kimel vs Argentina* donde la Corte IDH desarrolló las condiciones que deben cumplirse para la suspensión, limitación o restricción de alguna libertad protegida por la CADH mediante la tipificación de un delito: (i) la estricta formulación de la norma o legalidad penal, lo que se traduce en la formulación del tipo de forma expresa, precisa, taxativa y previa a través de una terminología diáfana e inequívoca, de tal manera, que se identifiquen claramente las características y las consecuencias de la conducta proscrita, diferenciándola de otros comportamientos “no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales” (Corte IDH, 2008, fundamento 63); (ii) la idoneidad de la medida restrictiva como instrumento adecuado para “la obtención de una finalidad compatible con la Convención” (Corte IDH, 2008, fundamento 70); (iii) la necesidad de la medida utilizada, acápiteme donde confluyen los principios de intervención mínima y de *última ratio* característicos del derecho penal. Según el órgano supranacional, los Estados han de considerar la vía civil u otros medios menos lesivos a los derechos fundamentales para castigar comportamientos reprochables, en tanto, el “empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido” (Corte IDH, 2008, fundamento 77), de lo contrario, se reputaría abusivo el ejercicio del poder punitivo del Estado y; (iv) la estricta proporcionalidad de la medida, develada a partir del examen prolijo del grado de afectación de uno de los bienes jurídicos, la importancia de la satisfacción del bien jurídico adverso y si la satisfacción de uno de ellos justifica la restricción del otro. Por último, en el fundamento 116 de la sentencia de excepciones preliminares, fondos, reparaciones y costas del caso *Petro vs Colombia* la Corte IDH argumenta el motivo de ordenar la exclusión del artículo 389 de la Ley 599 de 2000. Esta norma describe el delito de elección ilícita de candidatos y se estimó contraria al artículo 23.2 de la Convención, toda vez que “puede generar el efecto de inhibir a una persona para postularse a un cargo público cuando haya sido objeto de una sanción disciplinaria o fiscal, constituyendo así un riesgo para sus derechos políticos y los de sus electores” (Corte IDH, 2020, fundamento 116). Representa un ejemplo de que un tratado internacional sobre derechos humanos puede actuar como criterio limitador a la facultad de tipificación punitiva del Congreso de la República de Colombia.

156 En el apartado 2.9. ya se presentaron algunos ejemplos de compromisos del Estado colombiano en la persecución penal de comportamientos considerados ilícitos por la comunidad internacional.

lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-291 de 2007<sup>157</sup>, reiterado por las sentencias C-1086 de 2008, C-488 de 2009 y C-742 de 2012.

Dentro de los tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad es posible identificar ciertas obligaciones para los Estados firmantes con relación a la sanción penal de comportamientos execrables. Dada la vastedad de tratados, se tomaron los más representativos en el plano universal y americano para presentar, a modo de ejemplo, algunos límites y principios a la potestad punitiva:

Tratado internacional	Límites contemplados
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Principio de igualdad ante la ley (artículo II).</li> <li>2. Principio de legalidad (artículo XXV).</li> <li>3. Prohibición de encarcelamiento por incumplimiento contractual (artículo XXV).</li> <li>4. Prohibición de penas crueles, infamantes o inusitadas (artículo XXVI).</li> <li>5. Los derechos de las personas están limitados por los derechos de los demás (artículo XXVIII).</li> </ol>
Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Prohibición de la pena de esclavitud o servidumbre (artículo 4).</li> <li>2. Prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes como pena (artículo 5).</li> <li>3. Principio de igualdad ante la ley (artículo 7).</li> <li>4. Principio de legalidad e irretroactividad de la ley (artículo 11.2).</li> </ol>
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones (artículo 2.a).</li> </ol>

157 La Corte Constitucional explica que “en relación con el establecimiento de límites al margen de configuración del Legislador en materia penal, el bloque de constitucionalidad cumple dos funciones distintas: una función interpretativa –sirve de parámetro guía en la interpretación del contenido de las cláusulas constitucionales y en la identificación de las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales-, y una función integradora -provisión de parámetros específicos de constitucionalidad en ausencia de disposiciones constitucionales expresas, por remisión directa de los artículos 93, 94, 44 y 53 Superiores” (C-291 de 2007, fundamento C).

Discriminación Racial de 1965.	
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Principio de igualdad ante la ley (artículos 3, 14.1 y 26).</li> <li>2. Prohibición de aplicación de la pena de muerte a niños o mujeres en gravidez e implementación en los países que la hayan abolido (artículos 6.1, 6.2 y 6.5).</li> <li>3. Prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes como pena (artículo 7).</li> <li>4. Prohibición de la pena de esclavitud o servidumbre, trabajo forzoso u obligatorio (artículo 8).</li> <li>5. Principio de legalidad (artículos 9.1 y 15.1).</li> <li>6. La reforma y readaptación social del condenado como finalidad de la pena (artículos 10.3 y 14.4).</li> <li>7. Prohibición de encarcelamiento por incumplimiento contractual (artículo 11).</li> <li>8. Prohibición de doble incriminación (artículo 14.7).</li> </ol>
Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Prohibición de la pena de muerte en países que la han abolido o no la tengan contemplada (artículos 4.2, 4.3 y 4.4).</li> <li>2. Prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes como pena (artículo 5.2).</li> <li>3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente (artículo 5.3).</li> <li>4. La reforma y readaptación social del condenado como finalidad de la pena (artículo 5.6).</li> <li>5. Prohibición de la pena de esclavitud o trabajos forzados y obligatorios (artículos 6.1 y 6.2).</li> <li>6. Principio de legalidad (artículos 7.2 y 9).</li> <li>7. Nadie puede ser detenido por deudas, excepto por el “incumplimiento de los deberes alimentarios” (artículo 7.7).</li> <li>8. Restricción de derechos políticos por condena de juez competente en proceso penal (artículo 23.2).</li> <li>9. Principio de igualdad ante la ley (artículo 24).</li> </ol>
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979.	Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer (artículo 2.g).
Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984.	Prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes como pena para castigarla por un acto que haya cometido (artículo 1.1).

Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura de 1985.	Prohibición de la tortura como fin de investigación criminal, medida preventiva o pena (artículo 2).
Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte de 1989.	No se aplicará la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción (artículo 1.1).
Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Ningún niño será sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua (artículo 37.a).</li> <li>2. No se podrá acusar ni judicializar un niño por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron (artículo 40.2.a).</li> <li>3. Establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales (artículo 40.3.a).</li> </ol>

**Tabla 3.** Límites constitucionales en los tratados internacionales sobre DDHH.

Solo restaría dirimir ¿qué se eleva exactamente a metaprincipio cuando se alude al bloque de constitucionalidad? Si por principio nos hacemos la idea de un “mandato de optimización” (Alexy, 2003, pág. 95), es decir, un imperativo o exigencia que ha de satisfacerse en la medida de lo posible, al añadirsele el prefijo meta- se obtiene un “mandato de optimización que va más allá”<sup>158</sup> del sistema normativo o como prefiero denominarlo un “principio que trasciende”. Garzón Galvis et al. (2014) definen un metaprincipio como aquel que “debería ser aplicado por el operador jurídico por ser de aplicación directa, excluyente, y preferente, sobre cualquier otro principio constitucional o derecho fundamental, en caso de existir un

---

<sup>158</sup> Es un prefijo que “relaciona sustantivos y adjetivos. Significa ‘además, más allá o después’” (Santana Suárez, Carreras Riudavets, Pérez Aguiar, & Rodríguez Rodríguez, 2004, p. 101).

conflicto de interpretación” (p. 171). En ese sentido, lo que se encumbra como metaprincipio es el deber de respetar el contenido de la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos y demás normas o principios que hagan parte, en sentido lato o estricto, del bloque de constitucionalidad<sup>159</sup>.

Esta “trascendencia” se reputa del resto de límites constitucionales al *ius puniendi* aquí presentado, toda vez que: (i) el bloque de constitucionalidad define los extremos de la potestad de tipificación punitiva, es decir, la inclusión o exclusión obligatoria de conductas punibles; (ii) otorga parámetros vinculantes sobre la interpretación de la descripción y sanciones de los tipos penales; (iii) permite resolver cualquier colisión en la aplicación de los demás criterios limitadores en un caso concreto y; (iv) se fundamenta en los conceptos elementales cuando se habla de límites a la actividad del legislador: democracia y derechos humanos. Por consiguiente, (v) no requiere de una justificación previa en el campo jurídico al constituirse a sí mismo como el conjunto de normas que le reconocen validez al resto de disposiciones del ordenamiento.

En últimas, no podrá identificarse algún límite o principio por fuera del bloque de constitucionalidad y toda decisión de tipificación del legislador que conculque cualquiera de los principios, valores y derechos allí contenidos serán objeto de expulsión. En este punto hemos de recordar el argumento para resolver la crítica contramayoritaria durante la discusión sostenida en el primer capítulo: la defensa de la Constitución Política como resultado de la voluntad popular, acto fundante de un Estado y documento que preserva el “coto vedado” (derechos fundamentales) y las reglas democráticas. El metaprincipio de supremacía del bloque de constitucionalidad garantiza precisamente la conservación de los

---

159 Es lo que la Corte Constitucional ha tildado como “límite axiológico” al margen de discrecionalidad normativa del legislador en las sentencias C-205-03, C-820-05 y C-355-06.

postulados de la Constitución Política y todos aquellos instrumentos supranacionales que la integran, de tal manera que el control judicial ejercido por la Corte Constitucional se estime legítimo en un Estado democrático.

#### ***4.1.2. Legalidad en sentido estricto***

Mientras que el principio de primacía constitucional trasciende la actividad del legislador y se alimenta de su propia fuente democrática denominada constituyente primario, el principio de legalidad representa el punto de partida de la labor legislativa como producto de la soberanía popular. “Colombianos, las armas os han dado la independencia, pero solo las leyes os darán la libertad”, manifestó Francisco de Paula Santander en su primera proclama a los colombianos el 2 de diciembre de 1821 (Ocampo López, 1992, p. 384). En efecto, una vez superadas las agitaciones sociales y políticas durante la conformación de un Estado, generalmente alrededor de un pacto político llamado constitución, los demás aspectos estructurales de la vida social deben ser reguladas por el pueblo mismo, quienes delegan la toma de la mayoría de las decisiones a representantes escogidos en comicios. El principio de legalidad, en sentido amplio, no es más sino el reconocimiento al poder popular encarnado en individuos u organizaciones políticas<sup>160</sup> elegidos bajo reglas democráticas<sup>161</sup>.

---

160 Aunque en el desarrollo del trabajo se señala al Congreso de la República como el responsable de la configuración legislativa en asuntos penales, lo cierto es que el Presidente de la República también ostenta esta potestad provisionalmente durante los estados de excepción. Esta facultad extraordinaria, regulada en los artículos 212, 213, 214 y 215 de la Constitución Política de 1991, habilita al Presidente para proferir decretos legislativos con el propósito de “repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad”. Eso incluye también la creación de tipos penales. No obstante, estos decretos legislativos son de naturaleza excepcional, dejan de tener vigencia una vez se restablezca el orden y están sometidos a un control posterior y automático de constitucionalidad.

161 Así lo hizo notar la Corte Constitucional en la sentencia C-259 de 2016 al resaltar que en un “Estado democrático de derecho se considera que la definición de aquellos comportamientos que deben ser entendidos como infracciones penales corresponde al legislador”. A causa de su “condición de órgano de representación popular es en su interior y mediante el desarrollo de un proceso de formación legislativa, en donde se construyen y promulgan las normas que regulan la conducta de los habitantes y se disponen aquellas actuaciones que tienen

Ahora bien, la legalidad desde una perspectiva más estricta aguarda unas condiciones en el uso de esta amplia facultad delegada por la ciudadanía. El legislador, tratándose en asuntos de política criminal, está en la obligación de acatar ciertas cláusulas durante el ejercicio de sus facultades. En ese sentido, nos topamos con las dos aristas de este principio reconocidas por la Corte Constitucional en sus fallos<sup>162</sup>: (i) una reserva legal, es decir, una función exclusiva e indelegable al Congreso de la República para la redacción de las prohibiciones penales, cuya vigencia empieza desde el momento de su expedición, sin efectos retroactivos y; (ii) la taxatividad o descripción inequívoca de los presupuestos fácticos y las consecuencias jurídicas de cada tipo penal. Ambas caras del principio de legalidad traen reglas concretas en la producción del *ius poenale*<sup>163</sup>, a saber:

En la medida que se reserva la función de tipificación punitiva en el legislador, la fuente principal del derecho será irremediamente la ley. No puede tener cabida un tipo penal o el incremento de una sanción producto del derecho consuetudinario o judicial (*lex scripta*). Del mismo modo, la vigencia de la ley penal tendrá efectos hacia el futuro, prohibiéndose su

---

la entidad de comprometer la realización del derecho a la libertad personal”. Para el intérprete de la Carta Política, “su participación obligatoria [del Congreso] en la fijación de los actos u omisiones de mayor importancia que afectan a la sociedad, aparece en el artículo 28 de la Carta, al establecer el principio de reserva legal en materia punitiva” (fundamento 6.6.1.)

162 Por tener una referencia, dados los numerosos pronunciamientos sobre el particular, pueden verse las sentencias C-559-99, C-843 de 1999, C-996 de 2000, C-238 de 2005 y C-368 de 2014. En dichos radicados se asevera que “en materia penal, el principio de legalidad en sentido lato o reserva legal, esto es, que la ley debe definir previamente los hechos punibles, no es suficiente y debe ser complementado por un principio de legalidad en sentido estricto, también denominado como el principio de tipicidad o taxatividad, según el cual, las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley” (Corte Constitucional, C-559 de 1999, fundamento 16).

163 A diferencia del *ius puniendi* o derecho penal subjetivo, comprendida como “la facultad que se le ha otorgado al Estado para imponer una pena o una medida de seguridad” (Medina Cuenca, 2007, p. 87); el “*ius poenale* es el conjunto de normas jurídico-penales, que rigen un sector especialmente conflictivo de la vida social”, a su vez conocido como el derecho penal objetivo, “que regulan en principio con pretensión de justicia la vida social de una comunidad” (Luzón Peña, 1989, p. 6).



efecto retroactivo (*lex praevia*). Estas dos proscripciones, el uso de la costumbre o la retroactividad, se resumen en las expresiones “*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*” y “*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*”<sup>164</sup>, respectivamente.

Por su parte, una definición taxativa y sin ambigüedades del hecho prohibido en abstracto, acompañado con su respectiva pena, previene el uso de la analogía como método de aplicación de la ley en perjuicio del procesado. Un texto diáfano permitirá a los destinatarios de la norma entender cuáles son los alcances de su mensaje y cohibirá a los operadores jurídicos aplicarlo a escenarios no previstos por el legislador. Entretanto, la indeterminación de los delitos y las sanciones, como el caso del sistema de incriminación *numerus apertus*<sup>165</sup>, no es una técnica legislativa compatible con el carácter taxativo que se espera de la disposición penal. Tales prescripciones, prohibición de la analogía y delitos o penas indeterminadas, descansan en las expresiones “*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*” y “*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*”<sup>166</sup>.

---

164 Mencionadas por la Corte Constitucional desde la sentencia C-205 de 2003, con reiteración en los radicados C-335-08, C-442-11, C-121-12, C-239-14, C-829-14, C-368-14, C-385-15, C-829-14 y C-368-14. No obstante, la corporación en la primera providencia admite haberlos tomado de Claus Roxin (1997, p. 140 y 141).

165 Es un sistema de incriminación abierta usado en el derecho disciplinario, “en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa -como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente (...) Por tal razón, el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición” (Corte Constitucional, C-155 de 2002, fundamento 5). En síntesis, se conoce por *numerus apertus* “como la forma para determinar si la conducta en que incurre el servidor público le corresponde una calificación a título de dolo o de culpa” (Quintero Restrepo, 2011, p. 11).

166 Fueron igualmente aducidas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tal como se denotó en el capítulo 3.2.1. Resta agregar que Mir Puig (2008, p. 106 y 107) expuso las mismas expresiones *lex stricta* (exclusión de la analogía y exigencia de la tipicidad), *lex scripta* (exclusión de la costumbre) y *lex praevia* (prohibición de retroactividad) como una triple exigencia del principio de legalidad.

En contraposición a lo asumido por la Corte Constitucional<sup>167</sup>, que estima estas cuatro consecuencias prácticas como un imperativo dirigido al legislador, en esta propuesta sólo se reputarán la irretroactividad y la indeterminación de los delitos y las penas como auténticos límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal sustantiva, en tanto la prohibición de la costumbre y la analogía son proscriciones dirigida al juez por referirse a la aplicación en concreto de la disposición penal<sup>168</sup>.

Por último, la Corte Constitucional ha reconocido en el principio de legalidad otras manifestaciones<sup>169</sup>, tales como, la lesividad de la conducta típica, la necesidad de la sanción o la obligatoriedad de un derecho penal de acto. Esta postura de la corporación es compartida parcialmente. No significa que el principio de legalidad absorba estos axiomas, ya que la misma Corte les ha conferido autonomía conceptual; más bien, se entenderá la legalidad como un macroprincipio. Al constituirse en la génesis de la labor legislativa, la estructuración, alcance y organización de los tipos penales estarán sometidas a estas reglas preliminares establecidas por la legalidad en sentido estricto. Por tal razón, los subsiguientes principios limitadores de necesidad, culpabilidad y proporcionalidad continúan bajo la influencia de la reserva legal y previa y la taxatividad del delito y las sanciones, empero su

---

167 Al respecto, revisar las sentencias C-205 de 2003, C-335 de 2008, C-239 de 2014, C-368 de 2014, C-829 de 2014 y la C-385 de 2015.

168 Claus Roxin (1997) hace alusión a estas cuatro características, las cuales tilda de repercusiones del principio de legalidad plasmadas en forma de prohibiciones. De este cuarteto, considera que “las dos primeras se dirigen al juez, y las dos últimas, al legislador: la prohibición de analogía, la prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas” (p. 140). En el mismo sentido, Silva Sánchez (1992) aclara el principio de taxatividad o mandato de determinación tiene dos aspectos: “Por un lado, se dirige al legislador, imponiéndole la exigencia de una ‘lex certa’. Por otro lado, se dirige al juez, prohibiéndole básicamente la aplicación analógica de esa lex certa y obligándole, en consecuencia, a ceñirse a la ‘lex stricta’” (p. 254).

169 En las providencias C-205 de 2003, C-335 de 2008, C-442 de 2011 y C-121 de 2012, la corporación, además de las antes expuestas, reconoció las siguientes manifestaciones del principio de legalidad: (i) el principio de lesividad del acto (*nulla lex poenalis sine iniuria*); (ii) el principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito (*nullum crimen sine necessitate*) y; (iii) el derecho penal de acto y no de autor.

participación dará lugar en otras esferas del proceso de criminalización primaria<sup>170</sup>: la estipulación del bien jurídico, la inclusión de la modalidad subjetiva del tipo penal y la graduación de la pena.

En esta propuesta se concibe el metaprincipio de primacía del bloque de constitucionalidad como el elemento fundante del sistema de principios limitadores al *ius puniendi*; mientras tanto, el macroprincipio resulta ser su primogénito, alimentado también por una fuente democrática, quien demarca el itinerario de los otros límites a la potestad punitiva del legislador. La gráfica 18, al final del capítulo, ilustra esta relación.

Por último, en este planteamiento se ha decidido añadir un último subprincipio a la legalidad: la prohibición de doble incriminación o *non bis in ídem*. Este aforismo se localiza en el artículo 29 constitucional como una garantía del derecho al debido proceso<sup>171</sup>. Se trata de la imposibilidad de ser sancionado dos veces por el mismo hecho. Se recuerda que este principio tiene implicaciones tanto en el plano procesal, como en el sustancial penal<sup>172</sup>, y su injerencia es diferente en ambos estadios. Nos interesa ahondar en el segundo, pues ahí radica un límite a la libertad de configuración legislativa. En este plano sustantivo se entenderá

---

170 “La fase de criminalización primaria es aquella en la cual una conducta es definida legislativamente como delictiva y se determina su consecuencia jurídica, siendo una fase de competencia exclusiva del Congreso de la República. Sin embargo, dado que el presidente de la República, la Fiscalía General de la Nación y otras entidades tienen iniciativa legislativa, estas también han tenido un rol central en su definición” (Hernández Moreno, 2020, p. 96).

171 El alto tribunal explica en sentencia C-181 de 2016 que su importancia constitucional goza de tres facetas: como principio, derecho fundamental y límite al legislador. Con relación a esta última, se prohíbe al legislativo “expedir normas que desconozcan este derecho al permitir que una persona sea juzgada o sancionada dos veces por el mismo hecho” (fundamento 78).

172 En el radicado C-121 de 2012 la corporación explica que “la jurisprudencia ha reconocido al principio del *non bis in ídem* un espectro mayor, al admitir que no es solo una prohibición dirigida a las autoridades judiciales con el fin de impedir que una persona ya juzgada y sentenciada, vuelva a ser investigada y/o juzgada por la misma conducta. Ha dicho que es también un derecho fundamental que el legislador debe respetar. De manera que una norma legal viola este derecho cuando permite que una persona sea objeto de múltiples sanciones, o juicios sucesivos, por los mismos hechos, ante una misma jurisdicción” (fundamento 20).

como una veda al Congreso de la República en la penalización de escenarios de agravación punitiva con identidad en el presupuesto fáctico de un tipo penal, la protección al mismo bien jurídico de aquel y sin justificaciones basadas en parámetros de ofensividad<sup>173</sup>.

Se considera pertinente ubicar el *non bis in ídem* al interior del macroprincipio de legalidad<sup>174</sup> y no como un principio autónomo por su especial relevancia en la estructuración y aplicación del apartado fáctico de los tipos penales básicos y sus agravantes<sup>175</sup>. Es allí donde actúan los demás componentes de la legalidad en sentido estricto. Los demás principios, en cambio, se ocupan de imponer límites en otros puntos de la labor de penalización de conductas<sup>176</sup>. En conclusión, la legalidad consisten en un llamado al Congreso de la República a regular el *ius poenale*, con efectos hacia el futuro, de forma taxativa y sin violar con los tipos penales y sus agravantes punitivos la prohibición de doble incriminación.

---

173 En las sentencias C-521 de 2009, C-539 de 2016 y C-164 de 2019 se incluyeron más pautas para saber cuándo nos topamos con la violación de esta prohibición, tales como, la identidad en el régimen sancionador, la identidad en su finalidad o identidad en la causa, objeto, sujetos y acciones. Sin embargo, estas consideraciones ya están incluidas en los parámetros aquí presentados, exceptuando la identidad en el régimen sancionador, el cual no se estima necesario tener en cuenta al presumirse que nos encontramos en el campo del derecho penal, no en otros regímenes sancionatorios, como el ambiental, el policivo, el disciplinario, entre otros.

174 De hecho, en la sentencia C-554 de 2001 la Corte Constitucional lo ubicó como un elemento del principio de legalidad: “el *non bis in ídem* como principio fundamental está inmerso en la garantía constitucional de la legalidad de los delitos y de las sanciones (*nullum crimen nulla poena sine lege*), puesto que su efectividad está ligada a la previa existencia de preceptos jurídicos de rango legal que determinen con certeza los comportamientos punibles” (fundamento 3.6).

175 La misma Corte Constitucional adujo en sentencia C-539 de 2016 que, en virtud del artículo 29 de la Constitución Política de 1991, “la producción normativa de carácter penal está sujeta”, al mismo tiempo, “a la “prohibición de doble incriminación y al principio de legalidad”. En similares términos se manifestó en la sentencia C-091 2017, denotando el vínculo inescindible entre la legalidad y el *non bis in ídem* en esta fase de redacción de las normas que contemplan las descripciones típicas.

176 Tal como se verá más adelante, de conformidad con la propuesta durante el proceso de criminalización primaria el legislador se debe ocupar de: (i) seleccionar el bien jurídico a defender con el *ius puniendi*, previa verificación de la inexistencia de instrumentos de control social menos severos; (ii) construir una descripción fáctica en abstracto que sea diáfana o sin ambigüedades y; (iii) la regulación de la sanción de manera razonable y basada en un derecho penal de acto. Todo lo anterior, sin vulnerar u omitir el mandato o de algún postulado del bloque de constitucionalidad.

#### ***4.1.3. Necesidad de la intervención penal***

El principio de intervención penal mínima es un componente recurrente en el derecho penal liberal, difundido en occidente y gran parte de América Latina. Se basa en el uso del derecho a castigar, cedido por los ciudadanos al Estado solo cuándo sea indispensable para la conservación del orden social y se hayan agotado otros medios de control. Por tanto, el núcleo de este principio reside en el grado de lesividad en abstracto de un comportamiento del ser humano y la manera como lo afronta la institucionalidad. Martos Núñez (1987) define este principio como un ideal del derecho penal de tutelar sólo “aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del Ordenamiento Jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo” (p. 100).

La intervención mínima está comprendida<sup>177</sup>, a su vez, por tres etapas tamizadoras aplicables de manera sucesiva: (i) fragmentariedad, es decir, el amparo no cobijará todos los bienes jurídicos, sino aquellos de mayor relevancia social y sólo de riesgos próximos o agravios indefectibles para su ejercicio; (ii) subsidiariedad o, en otras palabras, el carácter residual del derecho penal en la defensa bienes jurídicos de especial importancia para el conglomerado al utilizarse primero otros mecanismos de control y; (iii) *ultima ratio*, esto es, se salvaguardarán los bienes jurídicos mediante el *ius puniendi* siempre y cuando no se pueda responder de manera efectiva a la misma necesidad con otras ramas de derecho.

Por lo tanto, la teoría de protección exclusiva de bienes jurídicos es la antesala al principio de necesidad. En el entendido de que se debe definir cuál es el objeto de amparo del derecho penal y una vez zanjado este debate es preciso establecer cuáles afectaciones a bienes jurídicos merecen el ejercicio de la acción penal y cuáles podrían resolverse en sede del

---

177 Reconocidos por la Corte de modo expreso en los radicados C-365-12, C-742-12 y C-334-13.

derecho administrativo sancionatorio u otras jurisdicciones. En sentencia C-239 de 2014, reiterada en las decisiones C-368 de 2014, C-829 de 14 y C-385 de 2015, la Corte Constitucional resume este principio de la siguiente manera: “para criminalizar una conducta se requiere que no existan otros medios de control menos gravosos (principio de mínima intervención), o cuando existiendo y aplicándose hayan fallado, siempre que se trate de proteger un bien jurídico de ataques graves” (fundamento 3.2.5).

Recordemos que, desde la sentencia C-356 de 2003, para la Corte Constitucional el núcleo del principio de necesidad ha estado constituido por estos tres elementos. Teniendo en cuenta que le corresponde al Congreso de la República la regulación de las leyes penales, según los artículos 114 y 150 constitucionales, será este mismo organismo el facultado para evaluar la necesidad o no de sancionar penalmente un comportamiento lesivo. Por lo tanto, la Corte Constitucional en sentencia C-829 de 2014 derivó esta “idea” de intervención mínima del artículo 6 de la Constitución Política<sup>178</sup>, donde se ata la responsabilidad de los particulares y los servidores públicos a la infracción de la Constitución y la ley. En sentido muy similar la Corte IDH, en el Caso Kimel vs Argentina, ha descrito la necesidad de las medidas penales que limitan derechos humanos a partir de los criterios de la intervención mínima, la *ultima*

---

178 Expresamente señala la corporación: “Uno de los mecanismos a través de los cuales se busca regular el comportamiento de la colectividad – control social- es mediante un sistema de represión legal que disuada a quienes la integran de incurrir en ciertas conductas que han sido descritas y clasificadas como delitos, por afectar bienes que socialmente revisten importancia y en relación con los cuales existe consenso respecto a la necesidad de brindarles una forma especial de protección. Este mecanismo, en un Estado Social de Derecho, en el cual impere el principio de dignidad humana y se justifique la intervención mínima del Estado para la protección de los derechos y libertades, debe ser última y extrema ratio, vale decir, en cuanto sea imperioso acudir al derecho penal para cumplir los fines de represión y prevención general y especial de comportamientos inadmisibles dentro de la sociedad. Esta idea, además, se estructura sobre el principio de responsabilidad que surge del artículo 6° de la Constitución, conforme al cual, los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y los servidores también lo son por actuar por fuera del ámbito de su competencia” (Corte Constitucional, C-829 de 2014, fundamento 5).

*ratio* y la tutela de bienes jurídicos fundamentales frente a acciones gravosas contra aquellos (fragmentariedad) (Corte IDH, 2008, fundamento 77).

Aunque las formas de evaluar la necesidad de la intervención del derecho penal en problemas sociales corresponde al legislador, junto a su equipo de trabajo, se sugiere acudir a estudios objetivos de la realidad<sup>179</sup> y no a eventos coyunturales, experiencias individuales, ideologías políticas, argumentos religiosos o clamores populares<sup>180</sup>. La efectividad de las normas como medios de control social son el objeto de estudio de la sociología jurídica<sup>181</sup>.

---

179 Dentro de los tres escenarios a valorar cuando se discuta la necesidad de la intervención penal, explicados en la sentencia C-233 de 2019, la Corte Constitucional afirmó que “para evaluar la validez de las normas penales a la luz del principio de mínima intervención no basta con determinar si existe un instrumento jurídico alternativo, sino que además, se debe efectuar un análisis sobre su disponibilidad, accesibilidad y aptitud” (fundamento 5.1.5.3.). Tales mecanismos alternativos de control social deben estar “disponibles dentro del ordenamiento jurídico, susceptibles de ser implementadas por los órganos del Estado, y calificadas en términos de idoneidad y eficacia”.

180 En el comunicado de prensa de la sentencia C-055 de 2022 la Corte Constitucional informa a la opinión pública la decisión de despenalizar el aborto hasta la semana 24 de gestación, a partir de la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal, al estimar que la meta de prevención general de la pena no se está satisfaciendo con la prohibición de la conducta y, en cambio, sacrifica los derechos reproductivos y a la salud de las mujeres. Se expresa en el comunicado: “la penalización del aborto consentido no resulta efectivamente conducente para proteger el bien jurídico de la vida en gestación, si se tiene en cuenta su poca incidencia en el cumplimiento de la finalidad de prevención general de la pena adscrita a su tipificación” (p. 9). Bajo ese entendido, la corporación aseguró que el ejercicio del *ius puniendi* en estos casos de aborto consentido es innecesaria, “ya que existen mecanismos alternativos menos lesivos para lograr un estándar análogo de amparo que aquel que brinda el ejercicio del derecho penal y más benignos con los derechos a la salud, los derechos reproductivos y la libertad de conciencia consagrados en la Constitución, así como con la consecución de los fines de la pena, en particular el de prevención general” (p. 11). Con base a estos argumentos, el alto tribunal llega a la conclusión de que se efectuó “un uso *prima ratio* del derecho penal incompatible con la Constitución” (p. 9).

181 Alessandro Baratta (1986) asegura que “el objeto específico de la sociología jurídica puede definirse partiendo de que los comportamientos que nuestra disciplina aborda son considerados según una de las siguientes características: 1] tienen como consecuencia normas jurídicas (costumbre como fuente de derecho, comportamiento normativo del legislador y de los organismos institucionalizados de aplicación del derecho); 2] son considerados como efecto de normas jurídicas (problema del control social mediante el derecho y de su efectividad, del conocimiento y de la aceptación del derecho); 3] son considerados en relación funcional con comportamientos que tienen como consecuencia o son el resultado de normas jurídicas en el sentido señalado en 1] y 2]” (p. 12). Esta disciplina, a diferencia de la ciencia jurídica la cual se centra en las “normas y estructuras normativas”, dedica sus esfuerzos en estudiar los “comportamientos y estructuras sociales” (p. 13). Entre sus vertientes se halla la sociología jurídico-penal, cuyo foco de estudio son “propiamente comportamientos que representan una reacción ante el comportamiento desviado, los factores condicionantes y los efectos de esta reacción, así como las implicaciones funcionales de la misma respecto de la estructura social global; estudia (...) tanto las reacciones institucionales de los organismos oficiales del control social de la desviación (incluyendo además sus factores condicionantes y sus efectos) como las reacciones no institucionales” (p. 15).

Por ende, los proyectos de ley tendientes a aumentar las penas, quitar beneficios judiciales y crear tipos penales, atenuantes o agravantes deberían estar precedidos por artículos científicos, investigaciones o bibliografía sobre el tema, que avalen la potencial efectividad de la medida punitiva en la manutención de la convivencia pacífica y la resocialización, así como la imposibilidad de obtener los mismos resultados con otras alternativas menos severas.

#### ***4.1.4. Culpabilidad de la acción***

La culpabilidad consiste en la implementación legal de un derecho penal de acto u ontológico, o sea, la punición de acciones perceptibles por nuestros sentidos, además de un componente subjetivo en las conductas, siendo insuficiente la mera causalidad<sup>182</sup>. Estas dos facetas, materialidad y subjetividad de la acción, resumen el principio contenido en el artículo 29 de la Constitución Política cuando indica que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”. Este “acto”, según la Corte Constitucional, debe ser consciente o con voluntad<sup>183</sup>, pues una responsabilidad exclusivamente objetiva está

---

Mientras tanto, la sociología criminal o criminología se concentra en “el comportamiento desviado con significación penal, su génesis y su función dentro de la estructura social” (p. 14).

182 También denominado principio “*versari in re illicita*”, lo que se conoce como “la proscripción (exclusión o prohibición) de la responsabilidad objetiva; esto es, por el mero acaecimiento de un resultado dañino” (Peláez Mejía, 2019, p. 185).

183 En la providencia C-425 de 1997 manifestó que “el presupuesto de la responsabilidad delictual y de la consiguiente imposición de una pena, es la conducta externa de un sujeto que pudiendo obrar de otro modo y siendo capaz de comprender el hecho, voluntariamente incurre en el comportamiento merecedor de reproche punitivo. La responsabilidad penal, entonces, se finca en el acto que el hombre realiza con voluntad y no en consideraciones genéricas relativas a tal carácter, a la manera de ser o al temperamento de un individuo, criterios estos que sirven de sustento a concepciones peligrosistas perfectamente superadas, de conformidad con las cuales quien presente determinadas características o ciertos rasgos de personalidad podría estar predispuesto a delinquir” (fundamento 1).



erradicada. Así lo respalda el Código Penal colombiano actual en su artículo 12, al describir la culpabilidad como norma rectora.

Al mismo tiempo, los subprincipios de materialidad y subjetividad de la acción poseen otras dos barreras a la actividad del legislador en la atribución de responsabilidad penal. En primer lugar, un derecho penal de acto impide no sólo castigar a un individuo por su personalidad, morfología o ideología, sino también a familiares, allegados o cualquier sujeto diferente al perpetrador del comportamiento punible<sup>184</sup>. Estas dos exigencias han sido bautizadas por varios autores<sup>185</sup> como responsabilidad por el hecho y responsabilidad personal o de personalidad de la pena.

En segundo lugar, la responsabilidad subjetiva por ocasión de un resultado lesivo tendrá dos presupuestos: (i) la forma de la culpabilidad o modalidad de la conducta abarcada por el aspecto subjetivo del tipo penal. En los artículos 22, 23 y 24 de la Ley 599 de 2000 las hallamos descritas: el dolo, la culpa y la preterintención. Aunado a lo anterior, en el estadio de tipicidad subjetiva es posible que el legislador haya contemplado algunos “componentes psicológicos” que permiten inferir cuál es la intención del sujeto agente, cuya función es “distinguir un comportamiento punible de otro que no lo es, o de diferenciar entre sí varias figuras delictivas” (Corte Constitucional, C-239 de 1997, fundamento 1.a) y; (ii) el juicio de

---

184 “El principio de personalidad impide castigar a alguien por un hecho ajeno. Hoy nadie admite la responsabilidad colectiva que en otro tiempo llevaba a castigar a todos los miembros de una familia o pueblo por el hecho de uno de ellos” (Mir Puig, 2008, p. 125).

185 Véase, por ejemplo, Emiliano Borja Jiménez (en Borja Jiménez, E. *Algunas reflexiones a raíz de la nueva formulación del principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal español de 1992* en Nuevo Foro Penal, N. 57, Medellín, Temis, 1992, p. 351-354), Diego Manuel Luzón Peña (en Luzón Peña, D.-M. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires - Montevideo: B de F, 2016, p. 88-96) o Santiago Mir Puig (Mir Puig, S. *Derecho penal parte general*. Barcelona, Reppertor, 2008, p. 123-127).

reproche al autor o cómplice del acto execrable realizado en sede de culpabilidad<sup>186</sup>. Esto segundo agregado, como elemento de un derecho penal “culpabilista”<sup>187</sup>, implica la posibilidad de imponer una pena “por no haber cumplido con la norma penal cuando las necesidades de prevención le imponían el deber de comportarse de conformidad con el ordenamiento, en las circunstancias en que se encontraba” (Corte Constitucional, C-829 de 2014, fundamento 7).

En el mapeo jurisprudencial<sup>188</sup> se pudo evidenciar que el principio de culpabilidad funcionaba como parámetro para determinar la severidad de la pena, muchas veces junto a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y protección exclusiva de bienes jurídicos. No obstante, la Corte Constitucional no es clara al momento de explicar cómo funcionan cada uno de estos axiomas; solo se dedica a anunciarlos y aplicarlos de manera indiscriminada. Por tal motivo, aquí se decidió asignar esta tarea de dosimetría en el quinto y último estadio principialístico: la proporcionalidad de la pena.

---

186 Hay que diferenciar entre el principio de culpabilidad y la culpabilidad como categoría dogmática. Mientras el primero es un criterio limitador para el legislador en la configuración de la política criminal, el segundo es un componente de la teoría del delito que emplean los operadores jurídicos para determinar la responsabilidad penal. Mir Puig (2006) los distingue entre culpabilidad en sentido amplio y estricto. En sentido amplio la culpabilidad “persigue fijar un límite general al Derecho penal” (p. 199). De modo más estricto, se utiliza para referirse a un “juicio de reproche por haber actuado el sujeto antijurídicamente, cuando podía haber obrado de otro modo” (p. 200).

187 Respecto a la constitucionalización de este principio, la Corte Constitucional adujo en sentencia C-370 de 2002: “la exigencia de culpabilidad limita el poder punitivo del Estado, pues sólo puede sancionarse penalmente a quien haya actuado culpablemente” (fundamento 9).

188 En el radicado C-368 de 2000 fue la primera vez que hizo alusión a la utilidad del principio de culpabilidad para graduar las penas en compañía con la “gravedad del injusto”. Ya desde la sentencia C-365 de 2012 en adelante el tribunal constitucional señaló que el “grado de culpabilidad” es un criterio para la fijación de la pena. Fue reiterado en las sentencias C-742 de 2012, C-334 de 2013, C-368 de 2014, C-239 de 2014, C-829 de 2014, C-022 de 2015 y la C-015 de 2018.

#### ***4.1.5. Proporcionalidad de la pena***

El principio de proporcionalidad, concatenada con la culpabilidad en su rol de dosificación del castigo<sup>189</sup>, ha de garantizar la medida en la aplicación de sanciones, previendo excesos en detrimento de la dignidad humana<sup>190</sup>. El primer artículo de la Constitución Política de 1991 funda el Estado bajo el respeto de la “dignidad humana” y en la sentencia C-143 de 2015 la Corte Constitucional concibe la dignidad humana con una triple naturaleza: un valor, un derecho y un principio constitucional. En la misma providencia, se interpreta este principio como un llamado a todos los poderes públicos, en particular a los “jueces”, a otorgarle un trato especial a los individuos por ser “un fin en sí mismo” (fundamento 3).

En el campo punitivo se incurre en una transgresión a la dignidad humana cuando se superan los límites materiales o explícitos establecidos por la Constitución Política, tornando desproporcionada la sanción. Tales prohibiciones como penas son: la muerte; la desaparición forzada; la tortura; los tratos crueles, inhumanos y degradantes<sup>191</sup>; la esclavitud; la servidumbre; la prisión por deudas; el destierro; la prisión perpetua y la confiscación. Se

---

189 Para la Corte Constitucional “la proporcionalidad traza los límites de la pena y la medida concreta de la misma, asunto que corresponde establecer al legislador e individualizar al juez dentro de los límites mínimos y máximos señalados por aquel, analizadas las circunstancias concretas de modo, de tiempo y de lugar, así como las particulares en que se sitúe el agente del delito, todo lo cual constituye el amplio campo donde se desarrolla la dosimetría penal” (Sentencia C-647 de 2001, fundamento 4).

190 Cesare Beccaria (2015) anticipó el contenido del principio de proporcionalidad hace varios siglos al advertir que para conseguir el efecto de la pena “basta que el mal de ella exceda al bien que nace del delito, y en este exceso de mal debe ser calculada la infalibilidad de la pena y la pérdida del bien que el delito produciría. Todo lo demás es superfluo y, por tanto, tiránico” (p. 55).

191 Eugenio Zaffaroni (2007) considera “manifestaciones del poder punitivo abstractamente crueles, la muerte en cualquiera de sus formas, las lapidaciones, las marcas en el cuerpo, las mutilaciones, etc. Son crueles también las penas realmente perpetuas, una capitis diminutio (marcación o registro imborrable en la vida de la persona) y mucho más la muerte civil. Vinculado a éstas se halla el deterioro irreversible de la persona, que puede ser por institucionalización prolongada, por malos tratos permanentes, por lesión a la salud, etcétera” (p. 112).

agregan a este listado nacional<sup>192</sup>, la prohibición del encarcelamiento por incumplimiento contractual y el trabajo forzoso como forma de castigo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y los artículos 8 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Una vez decantado cuáles son los extremos a los cuáles no puede llegar el legislador en la regulación de las penas, este principio exige en un segundo momento que la retribución sea razonable con la gravedad del hecho. Según este subprincipio de razonabilidad, una pena razonable debe guardar proporción con la magnitud del daño infligido, el riesgo provocado, el grado de participación en el injusto y el aspecto subjetivo del tipo<sup>193</sup>. Esto implica articulación con los principios de necesidad y culpabilidad<sup>194</sup>, al evaluarse la repercusión sobre el bien jurídico protegido, el rol cumplido en la ejecución del ilícito y la modalidad de la conducta, en tanto la intencionalidad y un más alto nivel de conocimiento de las circunstancias fácticas dará lugar a una represión más severa. Aquí cobran importancia

---

192 Consagrados en los artículos 11, 12, 17, 28 y 34 de la Constitución Política de 1991. En el mapa jurisprudencial del tercer capítulo se registran desde la sentencia C-504 de 1993 y se invocan hasta en 29 providencias veces más, con su última mención en el radicado C-164 de 2019.

193 En la sentencia C-203 de 2016 la Corte Constitucional recordó que, si bien el legislador “goza de discrecionalidad para establecer penas diversas a distintos hechos punibles”, las mismas deben estar fundamentadas en “criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros”.

194 Según Sánchez Silva (1992) “principios como el de exclusiva protección de bienes jurídicos (-penales) o el de fragmentariedad, a los que más adelante habrá ocasión de referirse, se entiendan aquí como concreciones del principio de proporcionalidad” (p. 260). Así mismo, para este autor la “garantía representada por el principio de culpabilidad en sentido estricto (o atribuibilidad individual)” halla en su base “los principios de proporcionalidad e igualdad” (p. 262). Para Zúñiga Rodríguez (2018) el principio de proporcionalidad se distribuye en tres niveles: (i) la adecuación de la incriminación, en la que se discute “si se justifica o no una intervención penal teniendo en cuenta la importancia del bien jurídico o los bienes jurídicos en juego” (p. 71); (ii) la necesidad de la incriminación, donde se indaga “si existen otros mecanismos menos lesivos para proteger los bienes jurídicos en juego” (p. 71) y; (iii) la proporcionalidad estricta de la sanción, la cual, entra a analizar “la adecuación recíproca entre la finalidad de protección de bienes jurídicos (...) y la sanción penal” (p. 71).

categorías como la tentativa, la participación, el dolo, la culpa o la preterintención<sup>195</sup>, pues las mismas dosifican la pena atendiendo a diversas variables del hecho ilícito con relación al resultado, la participación, la intención y el conocimiento.

En todo caso, el legislador no puede, mediante la pena, darle un trato preferencial o discriminatorio a un grupo o sector poblacional. La igualdad<sup>196</sup>, en sentido material, funge como subprincipio en la previsión equitativa de los correctivos penales, exhortando al diseñador de la política criminal a no agravar o atenuar las sanciones por razones diferentes a criterios de lesividad o de culpabilidad. De lo contrario, se impondrían cargas sociales injustificadas a los destinatarios de la norma<sup>197</sup>. Así, en situaciones fácticas iguales se debe castigar de forma idéntica, mientras que en los eventos con circunstancias disímiles sí resultaría plausible disminuir o incrementar el castigo razonablemente<sup>198</sup>.

Se recuerda, la Corte en la sentencia C-530 de 1993 ideó un test para dirimir la violación o no del principio de igualdad, compuesto básicamente por los parámetros de idoneidad o finalidad, razonabilidad y proporcionalidad. Tales criterios fueron usados en materia penal y casi idénticamente en sentencias como las C-070 de 1996 (fundamento 10), C-148 de 1998

---

195 Conceptos consignados en los artículos 27, 30, 22, 23 y 24 del Código Penal o Ley 599 de 2000.

196 La génesis constitucional de este subprincipio lo ubicamos en el artículo 13 constitucional y es susceptible de exigir su protección vía acción de tutela.

197 En la providencia C-292 de 1997 la corporación aterriza el principio de igualdad en el campo del derecho penal: “En cuanto al principio de igualdad, no resulta vulnerado cuando se prevén distintas penas para hechos diferentes. Justamente tal postulado se realiza en el momento en que el legislador adecua a hipótesis diversas consecuencias jurídicas que también lo son” (fundamento 2).

198 La Corte Constitucional sostuvo en decisión C-829 de 2014 que “cuando se trata de resolver un cargo por desconocimiento del principio de igualdad, el análisis debe ser relacional en el que se tenga en cuenta no solo la ajuste de la norma demandada al parámetro constitucional sino que involucra un término de comparación entre las situaciones que se consideran desiguales”. No obstante, “en los casos en los que hay inmerso un cargo por vulneración del precepto constitucional que consagra la igualdad, se debe estudiar la procedencia del respectivo test, ya que existen eventos en los cuales los supuestos de hecho no son asimilables” o “la violación es flagrante porque la norma no contiene elementos con base en la cual se posible analizar la justificación de la diferencia de trato” (fundamento 6).

(fundamento C), C-840 de 2000 (fundamento 2), C-551 de 2001 (fundamento 5.1), C-317 de 2002 (fundamento 5), C-1116 de 2003 (fundamento 3.1), C-897 de 2005 (fundamento 18), C-417 de 2009 (fundamento 69), C-239 de 2014 (fundamento 3.2.8) y C-829 de 2014 (fundamento 6). En resumen, cualquier trato diferencial que pretenda incluir el legislador en las penas debe gozar de un propósito constitucional y se debe ceñir a los criterios del subprincipio de razonabilidad antes expuesto.

La estructura de este principio de proporcionalidad de la pena no es aleatoria, la misma Corte Constitucional desde la sentencia C-070 de 1996 ya avisaba cuáles eran los aspectos para tener cuenta en la dosimetría penal:

“En consecuencia, la calidad y la cantidad de la sanción no son asuntos librados exclusivamente a la voluntad democrática. La Constitución impone claros límites materiales al legislador (CP arts. 11 y 12). Del principio de igualdad, se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato pero atendiendo a las circunstancias concretas del caso (CP art. 13), juicio que exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos” (fundamento 10) (Subrayas no hacen parte del texto original).

En esta propuesta se decidió incluir otro factor limitador en la imposición de penas: su indispensable dimensión resocializadora o como prefiero llamarlo, subprincipio de humanidad de la pena<sup>199</sup>. El derecho a castigar del Estado ya no descansa completamente en

---

199 Desde muy temprano, en la providencia C-144 de 1997, la Corte Constitucional vinculaba la garantía de resocialización con la humanidad de las penas. La corporación advirtió que “sólo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es a su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia”; puesto que solo así adquiere “pleno sentido la imbricación existente entre la dignidad, la humanidad en el cumplimiento de la pena y la autonomía de la persona, en relación todas con la función resocializadora como fin del sistema penal” (fundamento 6). Aunque la pena de prisión, como reacción penal,

su arista retributiva; ahora la pena cumple una función social destinada a la rehabilitación del condenado, con el ánimo de ingresarlo de nuevo al tejido comunitario. La Corte Constitucional<sup>200</sup> en la sentencia C-1404 de 2000 enfatizó que los mecanismos punitivos han de estar “orientados hacia la efectiva resocialización de quienes hayan cometido hechos punibles, favorezcan el desestímulo de la criminalidad y la reinserción de sus artífices a la vida en sociedad” (fundamento 4). Esto obedece, además, a exigencias de convenios internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículos 10.3 y 14.4) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969 (artículo 5.6), los cuales le confieren a la pena una finalidad de reforma y readaptación social.

Una sanción de cohorte “humanista” no sólo rechaza la pena de muerte, la tortura, los tratos crueles e inhumanos u otras atentatorias contra la dignidad humana<sup>201</sup>; igualmente, opta hacia una:

---

se halle envuelta en una “tensión dialéctica entre el interés prevencionista” y “el humanitario o el resocializador” (Sánchez Silva, 1992, p. 39), lo cierto es que, como “pieza esencial del arsenal punitivo, marca seguramente un momento importante en la historia de la justicia penal: su acceso a la humanidad” (Foucault, 1981, p. 233). Si en un inicio la prisión fue justificada “por el discurso jurídico en la lucha por la humanización del Derecho penal, porque se le contraponía a la pena de muerte” (Sotomayor Acosta, 2008, p. 163); en la actualidad es el propósito resocializador de la pena de prisión el que “humaniza” la privación de la libertad. Según Mir Puig (2008), su éxito se halla en “la libre aceptación por parte del recluso, que no ha de ser tratado como el mero objeto de la acción resocializadora de un Estado intervencionista, sino como un sujeto no privado de su dignidad con el cual se dialoga” (p. 129).

200 Si bien en el mapa de jurisprudencia se ubicaron 15 providencias que destacaron el enfoque resocializador de la pena: C-144 de 1997; C-1404 de 2000, C-173 de 2001, C-551 de 2001, C-1080 de 2002, C-329 de 2003, C-1116 de 2003, C-822 de 2005, C-238 de 2005, C-988 de 2006, C-1033 de 2006, C-100 de 2011, C-334 de 2013, C-368 de 2014 y la C-407 de 2020; tan solo en la sentencia C-329 de 2003 se categorizó como un auténtico límite en el ejercicio del *ius puniendi* cuando aseveró que el “legislador también debe tomar en cuenta las finalidades constitucionales a que responde el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado. En ese sentido, la imposición de la pena, además de su carga sancionatoria y de cumplir una función disuasiva (...) debe incorporar una dimensión resocializadora que permita reincorporar al autor del delito a la sociedad, para que pueda de nuevo ser parte activa de la misma una vez cumplida su pena, en iguales condiciones que los demás ciudadanos” (fundamento 3.4). Sin embargo, el alto tribunal situó esta garantía en otros principios constitucionales, tales como el de la dignidad de las personas, los criterios de razonabilidad y proporcionalidad y el bloque de constitucionalidad.

201 Los mayores esfuerzos para materializar este principio se deben imprimir en la fase de criminalización terciaria, “aquella en la que, una vez individualizado el delito y determinada la responsabilidad del acusado, se

“progresiva sustitución de las penas privativas de libertad por otras penas menos lesivas como la multa o el trabajo en beneficio de la comunidad y hasta por otras medidas consistentes simplemente en la suspensión del cumplimiento de la pena o de su propia imposición, o incluso en la renuncia a toda pena” (Mir Puig, 2008, p. 122).

Entonces, la consecución de esta meta no se alcanza solo con desestimar figuras como la cadena perpetua o extensas privaciones de la libertad<sup>202</sup> que hagan ilusoria la reinserción social, sino también con otros mecanismos judiciales o administrativos como la regulación de subrogados penales o penas sustitutivas de la prisión y la inclusión de programas educativos, laborales y productivos en centros penitenciarios<sup>203</sup>. La Corte Constitucional así lo advirtió en la sentencia C-565 de 1993:

---

procede a la ejecución de la pena impuesta” (Hernández Moreno, 2020, p. 96). En esta fase el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), la Unidad de Servicios Carcelarios y Penitenciarios (USPEC) y las cárceles municipales se encargan de ejecutar y/o administrar la pena a los condenados. En los establecimientos carcelarios, mientras el reo se encuentra bajo la tutela y protección del Estado, pueden presentarse “penas” extralegales por funcionarios públicos u otros particulares que deben ser conjurados con la participación de los tres poderes públicos.

202 Aunque la Corte Constitucional, en sentencia C-275 de 1993, advirtió que el argumento de la extensión de la pena de privación de la libertad no puede catalogarse como violación al artículo 34 de la Constitución “porque normalmente el máximo de la pena jamás se cumple dado el mecanismo de la redención de las penas” (fundamento 4.4.); más adelante, durante el análisis del acto legislativo que habilitaba la cadena perpetua en Colombia, reconocería que debido al fenómeno del hacinamiento carcelario “el sistema no estaba cumpliendo con la función de prevención especial de la pena sobre la reincorporación efectiva y sana de la persona a la sociedad” (Corte Constitucional, C-294 de 2021, fundamento 68). Una de las causas del incremento exponencial de la población carcelaria, según la misma Corte en la última declaratoria de cosas inconstitucionales de la sentencia T-762 de 2015, es precisamente “la imposibilidad de realizar actividades tendientes a la resocialización o a la redención de la pena” (fundamento 157) y “las demoras en la evacuación de las solicitudes de redención de penas y libertad condicional” (fundamento 159), lo que conlleva a que “cualquier persona, por el simple hecho de ser privada de la libertad –salvo algunas pocas que se encuentran en condiciones decentes y dignas de reclusión–, se ve enfrentada a la violación variada y frecuente de muchos derechos fundamentales, y a la amenaza de gravísimas violaciones adicionales, que pueden implicar la muerte” (Corte Constitucional, T-388 de 2013, fundamento 7.2.1). En consecuencia, las penas de prisión de larga duración en el sistema penitenciario del país representan una auténtica “cadena perpetua” ante las barreras jurídicas y administrativas para acceder a los mecanismos de redención de la pena o subrogados penales, boicoteando al mismo tiempo el propósito resocializador de la pena.

203 En la legislación nacional encontramos ciertas figuras jurídicas que se acompañan con estas exigencias. En la Ley 599 de 2000 aparecen la prisión domiciliaria como pena sustitutiva de la prisión en centro carcelario (artículo 38), el subrogado de la suspensión provisional de la ejecución de la pena (artículo 63), la libertad condicional (artículo 64) y la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave (artículo 68).



“lo que compromete la existencia de la posibilidad de resocialización no es la drástica incriminación de la conducta delictiva, sino más bien la existencia de sistemas que, como los subrogados penales y los sistemas de redención de la pena, garanticen al individuo que rectifica y enruta su conducta, la efectiva reinserción en sociedad” (fundamento b).

#### **4.2. Representación gráfica de la propuesta: jerarquías y relaciones entre meta, macro y subprincipios**

En la gráfica 18 se exhibe cuál es la relación entre los principios anteriormente desarrollados. En diferentes colores se observa el conjunto de principios limitadores y por fuera de éste se ejemplifican escenarios de penalización incompatibles con el contenido de susodichos límites. Con un círculo grande de color azul se representa el metapprincipio de primacía del bloque de constitucionalidad que engloba o abarca los demás. Estas disposiciones actúan como pautas de validez de las reglas y principios existentes en el ordenamiento jurídico y fuera de éste encontraremos únicamente conceptos extrajurídicos.

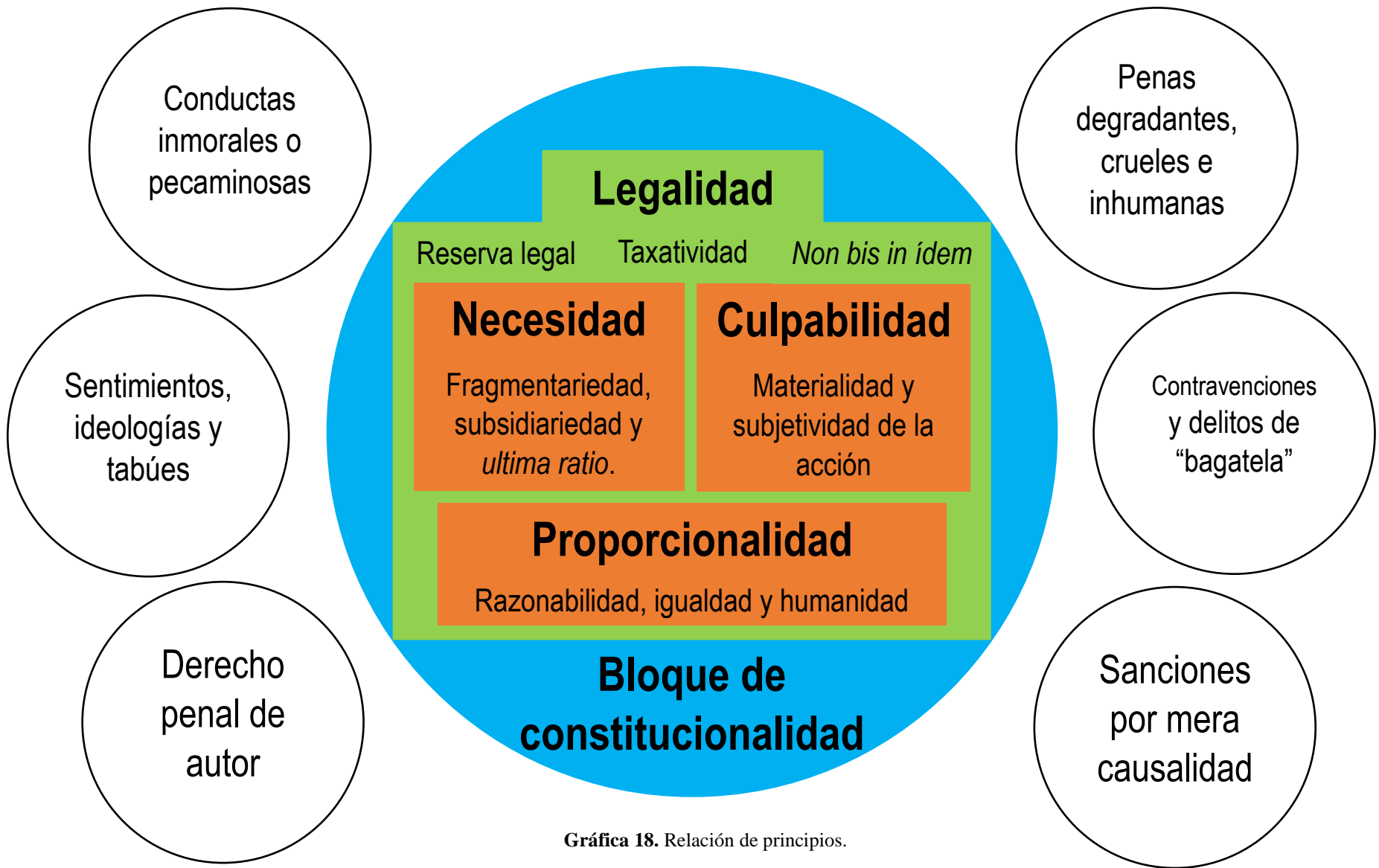
Al interior de aquel se visualiza un polígono en color verde, denotando el macroprincipio de legalidad. Su gran tamaño simboliza la legitimidad democrática en cabeza del legislador y, por ende, se constituye en el punto de partida para el proceso de criminalización primaria.

---

Aunado a lo anterior, en el Código Penitenciario y Carcelario, Ley 63 de 1995, obran alternativas de redención de pena por trabajo (artículo 82), por estudio (artículo 97), por enseñanza (artículo 98), por actividades deportivas, literarias y artísticas (artículo 99) al interior de la cárcel y contempla institutos como la libertad (artículo 148) y la franquicia preparatoria (artículo 149) que permiten al recluso trabajar, estudiar o enseñar por fuera del centro para ir adaptándolo, otra vez, al entorno de la vida en sociedad.

Más adentro, se hallan en rectángulos color naranja los principios de necesidad, culpabilidad y proporcionalidad, en compañía de los subprincipios que los componen.

Este último escalafón de la estructura demarca otras pautas que se debe atender durante la penalización de conductas, siempre bajo los subprincipios de reserva legal (o producción normativa) al legislativo y de taxatividad de los elementos del tipo penal y su consecuencia jurídica. Finalmente, en el exterior lo circundan conductas, clases de penas o modelos sancionatorios que están excluidos por oponerse núcleo esencial de los diferentes estadios principialísticos. Es decir, son verdaderas prohibiciones para el Congreso de la República.



Gráfica 18. Relación de principios.

### 4.3. Test de constitucionalidad de los tipos penales: estructura de análisis como herramienta metodológica

Pese a la categoría constitucional de los criterios limitadores antes nombrados, aún resta discernir cómo orientarían la actividad jurisdiccional. Quedarse en su mera enunciación no contribuiría lo suficiente en los esfuerzos por delimitar el ejercicio del *ius puniendi* en Colombia. Por consiguiente, se optó por recrear el itinerario a recorrer durante la revisión judicial de una ley, acto o decreto legislativo que criminalice un comportamiento e indicar cuándo y el modo en que se deberá aplicar cada principio de la propuesta. Antes de presentar tal derrotero, se anticipa que los diversos principios y sus componentes no intervienen en el orden expuesto en el acápite 4.1., más bien, actúan según las diferentes fases planteadas para este control de constitucionalidad y ofrecen una estructura de análisis que pretende: (i) evitar la duplicación de esfuerzos argumentativos; y (ii) proporcionar un marco que permita sistematizar con mayor coherencia conceptual los límites constitucionales que debe respetar el legislador.

A continuación, se especificará las repercusiones de la propuesta en el desarrollo de la tarea del “legislador negativo” a la hora de revisar la constitucionalidad de la política criminal del Estado alusiva a la tipificación punitiva.

Principio que interviene	Fases del análisis de constitucionalidad	Actividad en concreto del “legislador negativo”
Subprincipio de reserva legal.	1. Estudio de compatibilidad constitucional y/o convencional de la proscripción.	Verificar que:
Metaprincipio de primacía del bloque de constitucionalidad.		a. La norma penal haya sido expedida por el constituyente derivado en virtud del principio democrático. b. La conducta a proscribir no se encuentre en un ámbito de

Subprincipio de dignidad humana (Proporcionalidad).		libertad constitucionalmente garantizado.
Teoría de protección exclusiva de bienes jurídicos.  Principio de necesidad de la intervención penal (fragmentariedad, subsidiariedad y <i>última ratio</i> ).	2. Evaluación de la necesidad de amparar un bien jurídico mediante el derecho penal.	c. Con la punición no se contravenga ningún límite explícito o material.  Comprobar que: a. La norma busque proteger penalmente exclusivamente uno o varios bienes jurídicos. b. Se haya estudiado por el legislador otros medios de control social menos represivos que el derecho penal para afrontar la conducta desviada. c. En la exposición de motivos se incluya al menos un estudio de sociología jurídico-penal para determinar la necesidad del <i>ius puniendi</i> .
Macroprincipio de legalidad (reserva legal, taxatividad y <i>non bis in idem</i> ).  Principio de culpabilidad (subjetividad y materialidad de la acción).	3. Construcción del aspecto fáctico del tipo penal, sus agravantes y atenuantes.	Constatar que: a. Se describa de forma taxativa e inequívoca los elementos objetivos del tipo penal. b. La criminalización esté basada en un derecho penal de acto, no de autor. c. Se contemple la modalidad subjetiva de la tipicidad, junto con un juicio de reproche. d. Se evite la violación de la prohibición de doble incriminación en los tipos penales y sus agravantes.
Principio de proporcionalidad (razonabilidad, igualdad y humanidad).	4. Fijación de la sanción penal proporcional a la finalidad perseguida (resocialización).	Revisar que: a. Se haya asignado una pena razonable atendiendo a criterios de culpabilidad y lesividad. b. Se otorgue una sanción igualitaria según los diferentes escenarios fácticos descritos. c. La pena prevista permita, una vez cumplida, la reinserción del reo a la sociedad.

**Tabla 4.** Aplicación de la propuesta en la fase de criminalización primaria.

A diferencia de los hallazgos en la jurisprudencia indicativa del tercer capítulo, esta propuesta posibilitaría a la Corte Constitucional materializar con mayor orden y eficiencia el contenido de los límites al *ius puniendi* cuando ejerza el control de constitucionalidad sobre una disposición legal. Aunque la Corte Constitucional ha realizado su propia sistematización de criterios limitadores<sup>204</sup>, no ha existido continuidad entre los distintos pronunciamientos. En cambio, con el contenido, orden y estructura de los principios aquí propuestos, se facilita el estudio de compatibilidad constitucional de una ley, mientras el alto tribunal conserva su calidad de “legislador negativo” y guardián de la Carta Política.

Así mismo, este planteamiento genera lineamientos para que el legislador<sup>205</sup>, a la hora de seleccionar los bienes jurídicos a proteger penalmente, describir el comportamiento lesivo y fijar la consecuencia jurídica, tenga en cuenta cuáles son los límites a su facultad de penalizar comportamientos durante sus proposiciones o intervenciones. Incluso, el Presidente de la República también gozaría de insumos para objetar el contenido de los proyectos de ley o actos legislativos que incumplan las condiciones mínimas de validez constitucional de un tipo penal.

Ahora bien, en el evento de que la Corte Constitucional no se haya pronunciado respecto a una ley con disposiciones manifiestamente inconstitucionales, es posible detener su aplicación por medio de una herramienta ejercida por otros funcionarios judiciales. En la

---

204 En sentencias C-939 de 2002, C-365 de 2012, C-385 de 2015 y C-015 de 2018.

205 Aquí se aglomeran todos los órganos con iniciativa legislativa en la materia, tales como los congresistas junto a sus Unidades de Trabajo Legislativo (UTL), el Consejo Superior de Política Criminal, el Fiscal General de la Nación, la Corte Suprema de Justicia o el Ministerio de Justicia y Derecho.

segunda instancia de criminalización<sup>206</sup>, esto es, en la judicialización de comportamientos delictivos, los jueces y magistrados están facultados para acudir a la figura de la excepción de inconstitucionalidad<sup>207</sup>. Este mecanismo consiste en inaplicar una disposición normativa en un caso concreto por contravenir postulados del bloque de constitucionalidad. En esa medida, cabría preguntarse si un juez penal podría abstenerse de dictar sentencia condenatoria o ejercer un control material a la imputación/acusación al estimar que el tipo penal endilgado no satisface el estándar mínimo para la tipificación de conductas. La respuesta a este interrogante dilucidaría la viabilidad de un control constitucional difuso de las disposiciones penales.

---

206 “La fase de criminalización secundaria corresponde a la etapa de investigación y juicio de la responsabilidad individual por un hecho punible por el poder judicial, por lo que recae principalmente en la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, aunque también involucra a entidades administrativas brindan labores de apoyo (...) entidades como la Policía, el Ejército, o las Superintendencias pueden cumplir roles importantes en el suministro de pruebas de la aprehensión del sujeto acusado, entre otras” (Hernández Moreno, 2020, p. 96).

207 Esta figura actúa como una acción constitucional que busca la inaplicación de la ley cuando ésta contravenga las disposiciones constitucionales. Sus efectos son de carácter *inter partes* y su invocación se hace a petición de los intervinientes u oficiosamente dentro de un proceso judicial o administrativo, cualquiera sea su etapa. Su fundamento radica en la supremacía de la Carta Política y hoy sus cimientos descansan en el artículo 4 de la Constitución Política de Colombia de 1991. Lo anterior no presupone que la norma inaplicada desaparezca del ordenamiento jurídico, sino que se soslaya para el caso concreto so pretexto de la prevalencia constitucional. Es necesario añadir que esta herramienta no goza de regulación procedimental y no sólo es facultad de los operadores judiciales, cualquier entidad o particular puede inaplicar una norma en un determinado escenario. La Corte Constitucional, en sentencia SU-132 de 2013 le confiere la calidad de “deber” u obligación de las autoridades en aquellos “eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales” (fundamento 7). En otro fallo delimitó las circunstancias en las que puede ser ejercida: “(i) la norma es contraria a los cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad; (...) (ii) la regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexequibilidad por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado; (...) (iii) en virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento *iusfundamental*” (Sentencia T-681 de 2016).

## 5. Conclusiones

La competencia de la Corte Constitucional como órgano de cierre en el control judicial de las leyes, en contraposición al argumento contramayoritario, se justifica en la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas y en la preservación de las reglas establecidas para la práctica democrática, tal como se adujo en el primer capítulo. Además, la tesis de un derecho penal orientado hacia la protección exclusiva de bienes jurídicos, entendidos estos como un valor o interés social de origen histórico cultural, se ajusta a la necesidad de preservar la convivencia pacífica, sin sacrificar la existencia de la democracia. Al mismo tiempo, abre la puerta para la identificación de principios que conserven la continuidad del sistema jurídico-penal y limiten la potestad de tipificación punitiva del legislador.

La propuesta de delimitación constitucional al derecho de castigar del Estado presentada en el último apartado del trabajo corresponde, precisamente, a la organización de los principios, límites y criterios limitadores que ha expuesto la Corte Constitucional, según la jurisprudencia indicativa develada en el tercer acápite. A partir de estos insumos se erige un sistema de principios correlacionados entre sí, pero con autonomía conceptual y con efectos prácticos en el acotamiento de la facultad de configuración legislativa en asuntos de derecho penal sustantivo en aras de preservar los postulados constitucionales. En vista de su origen constitucional multinivel<sup>208</sup>, ostentan carácter vinculante en nuestro país, al tenor de los artículos 4 y 93 de la Carta Política. Quiere decir que es plausible emplear la acción pública de constitucionalidad con los argumentos expuestos en este trabajo para poder exigir una revisión judicial a las leyes transgresoras de este estándar mínimo.

---

208 Como quiera que se tuvo en cuenta los principios y/o límites contenidos en la Constitución Política, algunos instrumentos internacionales que reconocen derechos humanos y ciertos pronunciamientos de la Corte IDH.



No se pretende con los resultados de la investigación enseñarles a los representantes del pueblo cómo diseñar la política criminal del Estado. De hecho, sus atribuciones continúan indemnes por el respeto irrestricto al principio democrático, pues siguen gozando de un amplio rango de movilidad legal. Más bien, el propósito es señalar cuáles son las fronteras de su actividad legislativa que, en el evento de ser traspasadas, podrían constituir un grave riesgo a la conservación de los derechos fundamentales y la misma existencia del modelo democrático. Ahora, la efectividad de tales linderos, en modalidad de principios, dependerá en gran medida del eco que tengan en quienes detentan la potestad de iniciativa legislativa en asuntos penales, así como su acogida entre los operadores jurídicos o particulares que a diario interpretan y aplican los tipos penales, sus agravantes, atenuantes y calificantes.

Fue por dicha necesidad que el último apartado se dedicó a sistematizar los principios esbozados en las fuentes constitucionales. Pese a que se siguió en gran medida los conceptos, clasificaciones, características y relaciones expuestas por la Corte Constitucional, ante su incuestionable licencia para interpretar las disposiciones de la Constitución, fue indispensable develar algunas contradicciones entre sus pronunciamientos; organizar de modo distinto ciertos axiomas; y hacer precisiones en el alcance de varios límites expuestos por el alto tribunal, para poder imprimir un orden al sistema. Solo así resulta comprensible el andamiaje principialístico y se facilita su implementación en Colombia.

Hasta ahora, el papel asumido por la Corte Constitucional en la revisión judicial de las normas penales ha sido tímido y de notable deferencia hacia las funciones del constituyente derivado. Así lo refleja el reducido porcentaje<sup>209</sup> de tipos penales expulsados del

---

209 En la gráfica 4 de este trabajo se muestra una relación de 10 tipos penales declarados inexequibles totalmente frente a 224 tipos penales demandados. Esto representa apenas un 4,46% del total.

ordenamiento jurídico con fundamento en los límites al *ius puniendi* erigidos por el alto tribunal. Sin embargo, la irrefrenable tendencia populista en materia punitiva y el creciente uso del derecho penal para resolver la mayor parte de los conflictos sociales, exige una actitud más intervencionista de la Corte. No significa que deba asumir la dirección de la política criminal del país o compeler al Congreso de la República legislar de determinada manera. Basta con desempeñar su función de guardián de la Constitución Política de 1991, haciendo uso permanente de un estándar constitucional mínimo cada vez que se avoque al análisis de constitucionalidad de un tipo penal, un agravante, atenuante, calificante y demás disposiciones de la parte especial del Código Penal.

La enunciación intermitente de principios o límites, como lo ha venido haciendo en los últimos 29 años<sup>210</sup>, no es suficiente. Se requiere someter los componentes de la norma penal a un estudio exhaustivo frente al conjunto organizado de principios o límites desarrollados jurisprudencialmente. La tabla 4 presenta una manera de llevar a cabo esta tarea. Así, además de conservar el rol de “legislador negativo”, aportará a la construcción de un *ius punendi* enmarcado en un Estado social y democrático de derecho que se encargue de “crear figuras jurídicas más preventivas que represivas, representar medios más subsidiarios que principales de alcanzar los fines constitucionales perseguidos, constituir en fin la *ultima ratio* en donde la prohibición y la punición de conductas precisas, sean el resultado imprescindible para proteger unos bienes jurídicos necesarios para la sociedad y para sus individuos” (Corte Constitucional, C-417 de 2009, fundamento 70).

---

210 Corresponde al lapso de la jurisprudencia indicativa del tercer capítulo. Inicia con la sentencia C-587 del 12 de noviembre de 1992 y culmina con la C-294 del 2 de septiembre de 2021.

## Referencias bibliográficas

### Jurisprudencia

Corte Constitucional, C-100-19 (M.P. Alberto Rojas Ríos, 6 de marzo de 2019).

Corte Constitucional, C-543-92 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 01 de octubre de 1992).

Corte Constitucional, C-551-03 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett, 9 de julio de 2003).

Corte Constitucional, C-089-20 (M.P. Alejandro Linares Cantillo, 2 de marzo de 2020).

Corte Constitucional, C-543-96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz, 16 de octubre de 1996).

Corte Constitucional, C-205-03 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 11 de marzo de 2003).

Corte Constitucional, C-365-12 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 16 de mayo de 2012).

Corte Constitucional, C-115-17 (M.P. Alejandro Linares Cantillo, 22 de febrero de 2017).

Corte Constitucional, C-038-95 (M.P. Alejandro Martínez Caballero, 9 de febrero de 1995).

Corte Constitucional, C-225-95 (M.P. Alejandro Martínez Caballero, 18 de mayo de 1995).

Corte Constitucional, C-070-96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 22 de febrero de 1996).

Corte Constitucional, C-118-96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 21 de marzo de 1996).

Corte Constitucional, C-319-96 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, 18 de julio de 1996).

Corte Constitucional, C-221-97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero 29 de abril de 1997).

Corte Constitucional, C-239-97 (M.P. Carlos Gaviria Díaz, 20 de mayo de 1997).

Corte Constitucional, C-038-98 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 19 de febrero de 1998).

Corte Constitucional, C-592-98 (M.P. Fabio Morón Díaz, 21 de octubre de 1998).

Corte Constitucional, C-404-98 (M.P. Carlos Gaviria Díaz, Eduardo Cifuentes Muñoz, 10 de agosto de 1998).

Corte Constitucional, C-843-99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero, 27 de octubre de 1999).

Corte Constitucional, C-559-99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero, 4 de agosto de 1999).

Corte Constitucional, C-010-00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero, 19 de enero de 2000).

Corte Constitucional, C-996-00 (M.P. Antonio Barrera Carbonell, 2 de agosto de 2000).

Corte Constitucional, C-371-00 (M.P. Carlos Gaviria Díaz, 29 de marzo de 2000).

Corte Constitucional, C-177-01 (M.P. Fabio Morón Díaz, 14 de febrero de 2001).

Corte Constitucional, C-647-01 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra, 20 de junio de 2001).

Corte Constitucional, C-939-02 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett 31 de octubre de 2002).

Corte Constitucional, C-489-02 (M.P. Rodrigo Escobar Gil, 26 de junio de 2002).

Corte Constitucional, C-806-02 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 3 de octubre de 2002).

Corte Constitucional, C-205-03 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández 11 de marzo de 2003).

Corte Constitucional, C-329-03 (M.P. Álvaro Tafur Galvis, 29 de abril de 2003).

Corte Constitucional, C-1040-05 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis & Clara Inés Vargas Hernández, 19 de octubre de 2005).

Corte Constitucional, C-238-05 (M.P. Jaime Araujo Rentería, 15 de marzo de 2005).

Corte Constitucional, C-674-05 (M.P. Rodrigo Escobar Gil, 30 de junio de 2005).

Corte Constitucional, C-355-06 (M.P. Jaime Araujo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández, 10 de mayo de 2006).

Corte Constitucional, C-521-09 (M.P. María Victoria Calle Correa, 4 de agosto de 2009).

Corte Constitucional, C-368-14 (M.P. Alberto Rojas Ríos, 11 de junio de 2014).

Corte Constitucional, C-829-14 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez, 5 de noviembre de 2014).

Corte Constitucional, C-539-16 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 5 de octubre de 2016).

Corte Constitucional, C-091-17 (M.P. María Victoria Calle Correa, 15 de febrero de 2017).

Corte Constitucional, C-591-93 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 14 de diciembre de 1993).

Corte Constitucional, C-565-93 (M.P. Hernando Herrera Vergara, 7 de diciembre de 1993).

Corte Constitucional, C-425-97 (M.P. Fabio Morón Díaz, 4 de septiembre de 1997).

Corte Constitucional, C-292-97 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 16 de junio de 1997).

Corte Constitucional, C-1404-00 (M.P. Carlos Gaviria Díaz, Álvaro Tafur Galvis, 19 de octubre de 2000).

Corte Constitucional, C-155-02 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 5 de marzo de 2002).

Corte Constitucional, C-291-07 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa 25 de abril de 2007).

Corte Constitucional, C-442-11 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 25 de mayo de 2011).

Corte Constitucional, C-121-12 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 22 de febrero de 2012).

Corte Constitucional, C-259-16 (M.P. Luis Guillermo Guerezo Pérez, 18 de mayo de 2016).

Corte Constitucional, C-203-16 (M.P. Alberto Rojas Ríos, 27 de abril de 2016).

Corte Constitucional, C-164-19 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 10 de abril de 2019).

Corte Constitucional, C-205-93 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 4 de febrero de 1993).

Corte Constitucional, C-275-93 (M.P. Antonio Barrera Carbonell, 16 de julio de 1993).

Corte Constitucional, C-144-97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero, 19 de marzo de 1997).

Corte Constitucional, SU-047-99 (M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, 29 de enero de 1999).

Corte Constitucional, C-504-01 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández 30 de mayo de 2001).

Corte Constitucional, C-554-01 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 30 de mayo de 2001).

Corte Constitucional, C-370-02 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett, 14 de mayo de 2002).

Corte Constitucional, C-271-03 (M.P. Rodrigo Escobar Gil, 1 de abril de 2003).

Corte Constitucional, T-388-13 (M.P. María Victoria Calle Correa, 28 de junio de 2013).

Corte Constitucional, SU-132-13 (M.P. Alexei Julio Estrada, 13 de marzo de 2013).

Corte Constitucional, T-718-15 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, 24 de noviembre de 2015).

Corte Constitucional, C-143-15 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 6 de abril de 2015).

Corte Constitucional, T-681-16 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio 5 de diciembre de 2016).

Corte Constitucional, C-181-16 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 13 de abril de 2016).

Corte Constitucional, C-009-18 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 7 de marzo de 2018).

Corte Constitucional, C-407-20 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas, 16 de septiembre de 2020).

Corte Constitucional, C-233-19 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 29 de mayo de 2019).

Corte Constitucional, C-294-21 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 2 de septiembre de 2021).

Corte Constitucional, C-574-92 (M.P. Ciro Angarita Barón, 28 de octubre de 1992).

Corte Constitucional, C-284-15 (M.P. Mauricio González Cuervo, 13 de mayo de 2015).

Corte Constitucional, Comunicado de prensa 5 de la sentencia C-055-22 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos, 21 de febrero de 2022).

Corte IDH, Opinión consultiva OC-5/85 solicitada por el gobierno de Costa Rica (Pdte. Thomas Buergenthal, 13 de noviembre de 1985).

Corte IDH, Caso Ricardo Canese vs Paraguay (Pdte. Sergio García Ramírez, 31 de agosto de 2004).

Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs Chile (Pdte. Sergio García Ramírez, 22 de noviembre de 2005).

Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile (Pdte. Sergio García Ramírez, 26 de septiembre de 2006).

Corte IDH, Caso Heliodoro Portugal vs Panamá (Pdte. Diego García Sayán, 12 de agosto de 2008).

Corte IDH, Caso Kimel vs Argentina (Pdta. Cecilia Medina Quiroga, 2 de mayo de 2008).

Corte IDH, Opinión consultiva OC-20/09 solicitada por la República de Argentina (Pdte. Cecilia Medina Quiroga, 29 de septiembre de 2009).

Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos de México (Pdta. Cecilia Medina Quiroga, 23 de noviembre de 2009).

Corte IDH, Caso Mendoza vs Argentina (Pdte. Diego García-Sayán, 14 de mayo de 2013).

Corte IDH, Caso Petro Urrego vs Colombia (Pdta. Elizabeth Odio Benito, 8 de julio de 2020).

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, 16837 (M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego 3 de septiembre de 2001).

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, AP3329-2020 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa 2 de diciembre de 2020).

## **Doctrina**

Abel Souto, M. (2005). Las leyes penales en blanco. *Nuevo Foro Penal*, 13-30.

Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Alexy, R. (2004 segunda edición). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.



- Álvarez Barajas, D. A. & Quiroz Omaña, P. A. (2017). *El medio de control de pérdida de investidura frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. San José de Cúcuta, Colombia: Universidad Francisco de Paula Santander.
- Amaya, J. A. (2015). *Control de constitucionalidad*. Bogotá: Astrea.
- Ambos, K. (2013). Bien jurídico y harm principle: bases teóricas para determinar la función global del derecho penal internacional. *Revista de derecho penal y criminología* 3.<sup>a</sup> Época, n.º 10, 343-378.
- Arango, R. (2017). Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina. *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, 179-192.
- Arrieta-López, M. (2019). De la democracia a la aretecracia: origen, evolución y universalización. *Utopía y praxis Latinoamericana*, 115-132.
- Baratta, A. (1986). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina.
- Baratta, A. (2004). Principios del Derecho Penal Mínimo . *Criminología y Sistema Penal. Compilación In Memoriam Alessandro Baratta*, 299-333.
- Barbosa Castillo, G., & Gómez Pavajeau, C. A. (1996). *Bien jurídico y derechos fundamentales: sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

- Benegas Lynch, A. (1993). *Hacia el autogobierno: una crítica al poder político*. Buenos Aires: Emecé Editores.
- Bickel, A. (1962). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New York: Bobbs-Merril.
- Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Bogdandy, A. (2015). Ius Constitutionale Commune en América Latina: Una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n.º 34, 3-50.
- Bovero, M. A. (2002). Democracia y derechos fundamentales. *ISONOMIA N° 16*, 21-38.
- Cita Triana, R. A., & González Amado, I. (2017). *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (2005). *Derecho Internacional Humanitario. Respuestas a sus preguntas*. Ginebra: CICR Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina.
- Contreras Ortiz, J. F. (2006). El Derecho Internacional Humanitario: principio de una educación para la paz. *Educación y Educadores N° 1 volumen 9*, 177-189.
- Cortés Roda, F. (2012). La tensión entre constitucionalismo y democracia. *Estudios de Derecho Vol. 69 Núm. 153*, 13-32.
- Couto de Brito, A. (2014). Concepto y función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal. *Revista Penal México Doctrina núm. 6, marzo-agosto*, 47-60.

- Defensoría del Pueblo de Colombia. (2002). *Lo que usted debe saber del DIH*. Bogotá D.C., Colombia: Imprenta Nacional de Colombia.
- Díez Ripollés, J. (2004). El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal*, 1-34.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Dworkin, R. (2005). *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Dworkin, R. (2012). *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Elster, J. (2003). Don't burn your bridge before you come to it: Some ambiguities and complexities of precommitment. *Texas Law Review* 81(7), 1751-1787.
- El Tiempo. (5 de febrero de 1991). De séptima papeleta a 70 constituyentes. *El Tiempo*, págs. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-20791>.
- Ely, J. (1980). *Democracy and distrust. A theory of Judicial review*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press.
- Ely, J. H. (1997). *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Feler, A. M. (2015). Soft Law como herramienta de adecuación del derecho internacional. *Lecciones y Ensayos, Nro. 95*, 281-303.
- Fernández Carrasquilla, J. (1989). *Derecho penal fundamental*. Bogotá: Temis.
- Fernández Carrasquilla, J. (2011). *Derecho penal parte general. Principios y categorías dogmáticas*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

- Fernández Domínguez, G. D. (2004). *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*. Buenos Aires - Montevideo: B de F.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2012). El principio de lesividad como garantía penal. *Revista Nuevo Foro Penal* Vol. 8, No. 79, 100-114.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta.
- Ferreres Comella, V. (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Feuerbach, P. (2007). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Foucault, P. M. (1981). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Ciudad de México: Siglo XXI.
- Friedman, B. (1998). The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy. *New York University Law Review* 73(2), 333-343.
- Freixes Sanjuán, T. (1998). La Constitución y el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas. *Administraciones públicas y Constitución: reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*, 141-166.
- Garay, A. F. (2009). La enseñanza del caso “Marbury vs. Madison”. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho* 7(13), 121-136.
- Gargarella, R. (1997). La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *ISONOMIA* N° 6, 55-70.

- Gargarella, R. (2008). *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.
- Gargarella, R. (2011). *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Garland, D. (2001). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa.
- González-Salas Campos, R. (2001). *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*. Ciudad de México: Oxford University Press.
- Guerrero Arias, P. (2002). *La cultura. Estrategias conceptuales para entender la identidad, la diversidad, la alteridad y la diferencia*. Quito: Abya-Yala.
- Garzón Galvis, S. L., Rubiano Ramos, L. A., Ordóñez Rojas, O. M., & Serrano Burgos, K. A. (2014). El metaprinipio constitucional de la dignidad humana. *Democratia Nova* núm. 3, 171-188.
- Garzón Valdés, E. (2000). El consenso demcorático: fundamento y límites del papel de las minorías. *ISONOMIA N° 12*, 6-34.
- Hassemer, W. (1989). Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal* 46/47 año 12, abril-sept., 275-285.
- Henao Cardona, L. F. (2004). ¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección? *Estudios Socio-Jurídicos* 6(2), 501-533.

- Hernández Moreno, J. S. (2020). *La paradoja punitiva: las medidas alternativas al encarcelamiento y la política criminal inflacionaria en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.
- Hernández Valle, R. (1993). El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional Año 13. Núm. 37*, 143-155.
- Hormazabal Malaree, H. (1992). *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). (2021). *Nº 10 Informe estadístico Población Privada de la Libertad - INPEC Octubre 2021*. Bogotá D.C.: Ministerio de Justicia y el Derecho.
- Jiménez Ramírez, M. C. (2021). *Constitucionalismo procesal débil. Una posible síntesis entre la democracia y la Constitución*. Bogotá: Tirant Lo Blanch.
- Jakobs, G. (2001). ¿Qué protege el derecho penal, bienes jurídicos o la vigencia de la norma? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal vol. VII, núm. 11*, 23-42.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho 4a ed. 9a reimp.* Buenos Aires: Eudeba.
- Kelsen, H. (1934). *Teoría pura del derecho*. Bogotá D.C.: Modo Ediciones.
- Kramer, L. (2004). Popular Constitutionalism. *California Law Review, núm. 4, vol. 72*, 959-1011.
- Kramer, L. (2011). *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.

- Lascurain Sánchez, J. A. (2007). Bien jurídico y objeto protegible. *Anuario de derecho penal y ciencias penales. ADPCP VOL. LX*, 119-163.
- Liszt, F. (1994). *La ideal del fin en el derecho penal*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- López Daza, G. A. (2011). El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces? *Cuestiones constitucionales Núm. 24*, 169-193.
- López Medina, D. E. (2006). *Interpretación constitucional*. Bogotá : Consejo Superior de la Judicatura.
- López Medina, D. E. (2000). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Luzón Peña, D. M. (1989). Alcance y función del Derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales Tomo 42, Fasc/Mes 1*, 5-54.
- Luhmann, N. (1997). *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Paidós.
- Martos Núñez, J. A. (1987). El principio de intervención penal mínima. *Anuario de derecho penal y ciencias penales Tomo 40 Fasc/Mes 1*, 99-134.
- Massini-Correas, C. I. (2010). Iusnaturalismo e interpretación jurídica. *DÍKAION Vol. 19 Núm. 2*, 399-425.
- Massini-Correas, C. I. (2019). Sobre iusnaturalismo y validez del derecho. *DÍKAION Vol. 28 Núm. 1*, 7-34.
- Martínez Caballero, A. (2000). Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: La experiencia colombiana. *Estudios socio-jurídicos*, 9-32.

- Max Planck Institute. (2018). *Ius Constitutionale Commune en América Latina (ICCAL) y Derecho Económico Internacional (DEI). Una introducción*. En A. Bogdandy, *El constitucionalismo transformador en América Latina y el Derecho Económico Internacional. De la tensión al diálogo* (págs. 3-33). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Mejía Restrepo, A. F. (2018). ¿El consejo superior de la judicatura como pilar fundamental de la constitución? a propósito del principio de autogobierno judicial referido en la sentencia C-285 de 2016. *CES Derecho*, 73-93.
- Medina Cuenca, A. (2007). Los principios limitativos del ius puniendi y las alternativas a las penas privativas de libertad. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 19*, 87-116.
- Melzer, N. (2019). *Derecho Internacional Humanitario. Una introducción integral*. Ginebra: CICR.
- Mir Puig, S. (1989-1990). Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del Ius puniendi. *Estudios Penales y Criminológicos, España, núm. 14*, 204-215.
- Mir Puig, S. (1994). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Mir Puig, S. (2004). Valoraciones, normas y antijuridicidad penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 06-02*, 1-19.
- Mir Puig, S. (2006). *Estado, pena y delito*. Montevideo: Editorial B de f.
- Mir Puig, S. (2008). *Derecho penal parte general*. Barcelona: Reppertor.



- Montesquieu. (2005). *El espíritu de las leyes* (Primera ed.). (Universales, Ed.) Bogotá, Colombia: Colombia.
- Mora Sifuentes, F. (2021). *Legalismo y constitucionalismo*. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch.
- Müller, I. (2011). *Los juristas del horror*. Bogotá: Editorial ABC.
- Nino, C. S. (1989). La filosofía del control judicial de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* núm 4, 79-88.
- Ocampo López, J. (1992). Santander y la academia nacional. *Revista de la Academia Colombiana de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales*, Vol. XVIII, No. 70, 383-387.
- Orunesu, C. (2012). Los límites de la objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad. *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad* N° 2, 31-48.
- Pazé, V. (2016). La demagogia, ayer y hoy. *Andamios volumen 13, número 30*, 113-132.
- Peláez Mejía, J. M. (2019). *Fundamentos de un esquema bipartito del delito*. Bogotá D.C.: Tirant Lo Blanch.
- Peláez Mejía, J. M., & Quintero Jaimes, R. A. (2020). *Esquemas del delito. Requisitos para la existencia de una conducta punible*. Bogotá D.C.: Tirant Lo Blanch.
- Pizzolo, C. (2007). Populismo y rupturas constitucionales Los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador. *Estudios Constitucionales*, vol. 5, núm. 1, 371-395.
- Plascencia Villanueva, R. (2004). *Teoría del delito*. Ciudad de México: UNAM.

- Polaino Navarrete, M. (2006). Funciones dogmáticas del derecho penal y legitimación material del sistema punitivo. *Derecho Penal y Criminología* 79, 77-97.
- Polaino Navarrete, M., Jakobs, G., & Polaino-Orts, M. (2010). *Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿Dos funciones excluyentes?* Lima: ARA Editores.
- Prías Bernal, J. C. (2018). Bien jurídico y teoría sociológica del derecho. *Revista derecho penal* N° 62, 5-42.
- Prieto Sanchís, L. (2003). Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico. *Nuevo Foro Penal* N° 65, 46-93.
- Quintero Lyons, J., Navarro Monterroza, A. M., & Irina Meza, M. (2011). La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista jurídica Marco Alario D'Filippo*, 69-80.
- Quintero Restrepo, L. D. (2011). Tipicidad en materia disciplinaria: Tipos Abiertos y Numerus Apertus. *Revista electrónica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la U de A* Número 7, año 2, 1-16.
- Quenta Fernández, J. (2017). El populismo del derecho penal. *Revista Jurídica Derecho Volumen 5. Nro. 6*, 133-152.
- Remotti, J. C. (2016). Sistema jurídico e integración constitucional multinivel. *Estudios desde la interconstitucionalidad, la interculturalidad y la interdisciplinariedad para un mundo global*, 101-153.

- Restrepo Rodríguez, D. (2010). Aproximación al concepto de bien jurídico en un Derecho penal colonizado: el caso colombiano. *Revista Nuevo Foro Penal Vol. 6, No. 75*, 131-193.
- Rey Cantor, E. (2010). *El derecho procesal constitucional*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley.
- Rivera León, M. A. (2011). Esbozo de teoría contramayoritaria: consideraciones de la countermajoritarian difficulty. *Teoría y Realidad Constitucional núm. 28*, 407-428.
- Roa Roa, J. E. (2021). El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. En *Constitucionalismo transformador en América Latina* (págs. 14-30). Bogotá D.C.: Tirant Lo Blanch.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte general tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: CIVITAS.
- Roxin, C. (2013). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometida a examen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología núm. 15-01*, 1-27.
- Ruíz Miguel, A. (2004). Constitucionalismo y democracia. *ISONOMIA N° 21*, 51-84.
- Sáchica, L. C. (1999). *Derecho constitucional general 4a edición*. Bogotá: Temis.
- Salmón, E. (2012 tercera edición). *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú y CICR.
- Sánchez Silva, J. M. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.

- Sánchez Silva, J. M. (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: CIVITAS.
- Sandoval Fernández, J. (1999). Límites materiales de los tipos penales en blanco: una visión garantista. *Nuevo Foro Penal*, 95-124.
- Santana Suárez, O., Carreras Riudavets, F. J., Pérez Aguiar, J. A., & Rodríguez Rodríguez, G. (2004). Relaciones morfológicas prefijales del español. *Boletín de Lingüística*, núm. 22, 79-123.
- Sauquillo Muñoz, C. P. (2019). *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sotomayor Acosta, J. O. (2007). Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa. *Nuevo Foro Penal*, No. 71, 13-66.
- Sotomayor Acosta, J. O. (2008). ¿El Derecho penal garantista en retirada? *Doctrina*, 148-164.
- Stratenwerth, G. (2007). La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. En R. Hefendehl, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (págs. 365-372). Madrid: Marcial Pons.
- Stuart Mill, J. (1962). *Sobre la libertad*. Bilbao: Aguilar.
- Suárez Parra, J. L. (2016). Juez constitucional: legislador positivo. *Revista Principia Iuris* Vol. 13, No. 26, 171-191.

- Szczaranski Vargas, F. (2012). Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia. *Política criminal Vol. 7, N° 14*, pp. 378 - 453.
- Tantaleán Odar, R. M. (2005). Tipología de las investigaciones jurídicas. *Derecho y cambio social*, 1-37.
- The Report of the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution. (1957). *Wolfenden report*. Londres: Command Paper (Cmnd).
- Tocqueville, A. (1957). *La democracia en América*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Torres Cadavid, N. (2010). Populismo punitivo en Colombia: una aproximación a la política legislativa de las recientes reformas de los delitos sexuales. *Cuaderno de Investigación N° 84*, 1-110.
- Torres Zuñiga, N. (2013). Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *DERECHO PUCP*, 347-369.
- Uprimny Yépes, R. (2021). El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. *Ius Inkarri*, 115-148.
- Vanney, M. A. (2009). *Potestas, auctoritas y estado moderno. Apuntes sobre el pensamiento político de Álvaro D'ors*. Pamplona, España: Universidad de Navarra.
- Vega García, P. (2020). *Constitución y política. Ensayos escogidos de Pedro de Vega*. Lima: Palestra Editores S.A.C.

- Velásquez Velásquez, F. (2020). *Fundamentos de derecho penal. Parte general*. Bogotá: Tirant Lo Blanch.
- Vigotsky, L. (1998). *La formación de las funciones psíquicas superiores. Obras escogidas*. Buenos Aires: Paidós.
- Von Bar, C. (1992). *Historia del derecho penal alemán y teorías del derecho penal*. Aalen: Scientia Verlag Aalen.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y Desacuerdos*. Barcelona: Marcial Pons.
- Weber, M. (2002). *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Zaffaroni, E. R., Slokar, A., & Alagia, A. (2007). *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: EIDAR.
- Zaffaroni, E. R. (2018). Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones. *Revista Derecho. Ed. 3*, 23-40.
- Zúñiga Rodríguez, L. (2001). *Política Criminal*. Madrid: Colex.
- Zúñiga Rodríguez, L. (2018). Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos. *Derecho PUCP N° 81*, 47-92.

## **Webgrafía**

- Corte Constitucional. (8 de febrero de 2022). Sentencias proferidas por la Corte Constitucional. Serie histórica. Periodo de reporte: 1992 – diciembre 2021. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>.

Corte Constitucional. (10 de julio de 2021). *Preguntas frecuentes*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/preguntasfrecuentes.php>

Diccionario de la Real Academia Española (DRAE). (9 de julio de 2022). Real Academia Española. Obtenido de <https://dle.rae.es/mapear>

Max Planck Institut. (16 de septiembre de 2021). *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA*. Obtenido de <https://www.mpil.de/de/pub/forschung/nach-rechtsgebieten/oeffentliches-recht/ius-constitutionale-commune.cfm>

Le Bon, G. (9 de septiembre de 2021). *Psicología de las masas: Estudio sobre la psicología de las multitudes*. Obtenido de <https://omegalfa.es/downloadfile.php?file=libros/psicologia-de-las-masas.pdf>

