

**Aplicabilidad del principio de  
proporcionalidad en la modificación de la  
pena de prisión contemplada en el código  
penal -ley 599 de 2000- utilizada por la  
política criminal estatal**



**Ricardo Carvajal Cárdenas**

**Directora: María Teresa Carreño Bustamante**



## CONTENIDO

<b>Introducción .....</b>	<b>3</b>
Planteamiento del problema.....	3
Estado del arte.....	4
Pregunta de investigación .....	6
Objetivos.....	6
<i>Objetivo general</i> .....	6
<i>Objetivos específicos</i> .....	6
<b>1 Metodología .....</b>	<b>7</b>
1.1 Estado del arte.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
<b>2 MARCO TEÓRICO .....</b>	<b>9</b>
2.1 El principio de proporcionalidad .....	10
2.1.1 <i>Criterios Generales</i> .....	10
2.2 Bien Jurídico .....	16
2.3 La pena.....	23
2.3.1 <i>Teorías Absolutas</i> .....	25
2.3.2 <i>Teorías Relativas</i> .....	26
2.4 Aproximación a la determinación del principio de proporcionalidad .....	30
2.5 Subprincipios del principio de proporcionalidad .....	37
2.5.1 <i>Subprincipio de idoneidad</i> .....	39
2.5.2 <i>Subprincipio de Necesidad</i> .....	41
2.5.3 <i>Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto</i> .....	45
<b>3 Política criminal .....</b>	<b>52</b>
3.1 Criterios generales .....	52
3.2 Política Criminal en el Estado colombiano.....	59
<b>4 Libertad de configuración legislativa .....</b>	<b>69</b>
4.1 Criterios generales .....	69
4.2 Visión de la Corte Constitucional de Colombia .....	71
4.3 Populismo punitivo .....	79
<b>5 Análisis de casos .....</b>	<b>86</b>
<b>Conclusiones.....</b>	<b>98</b>
<b>6 Trabajos citados .....</b>	<b>106</b>

# INTRODUCCIÓN

## **Planteamiento del problema**

El derecho penal es una herramienta utilizada por el Estado para contrarrestar los hechos que atentan contra los bienes jurídicos protegidos por las leyes colombianas, hechos conocidos como delitos o conductas punibles. Sin embargo, dicha herramienta no puede utilizarse de cualquier manera, pues está limitada por los derechos y las garantías fundamentales consagradas en la Constitución Política de Colombia y, además, por una base de principios que regulan la actividad estatal. Esto, con el propósito de garantizar la validez y la legitimidad de las decisiones adoptadas por el Estado a través de la Política Criminal, y de evitar excesos al momento de reprimir conductas delictivas.

A partir de la Ley 599 de 2000 (Por la cual se expide el Código Penal), el Congreso de la República inició un cambio normativo de grandes proporciones en materia penal, con el fin de actualizar el contenido normativo que durante 20 años rigió en nuestro país a través del Decreto 100 (1980), expedido por el Presidente de la República según las facultades conferidas por la Ley 5 de 1979 (Por la cual se conceden unas facultades extraordinarias relacionadas con la expedición y vigencia del Código Penal), y de actualizar, para el siglo XXI, un esquema de la dogmática jurídico penal que respondiera a nuevas exigencias sociales.

Como es costumbre en Colombia, durante sus 16 años de vigencia, esta normativa ha tenido múltiples modificaciones tanto en materia de tipificación punitiva como en lo relacionado con sanciones de conductas punibles. Estas reformas responden a una Política Criminal del Estado colombiano que se materializa en la denominada “libertad de configuración legislativa” de la que el Legislador que hace gala y que, a pesar del control que debería darse según lo establecido en la Constitución –control que incluye el principio de proporcionalidad–, solo se aplica en el control de constitucionalidad que efectúa la Corte Constitucional, pero no encuentra una implementación mínima en el Legislador.

Ahí es precisamente donde surge el problema jurídico planteado en esta tesis, denominada “Aplicabilidad del Principio de proporcionalidad en la modificación de la pena de prisión contemplada en el Código Penal –Ley 599 de 2000–, utilizada por la Política Criminal estatal”, con el fin de estudiar las reformas penales respecto al aumento del *quantum* de las penas de prisión y de examinar si están delimitadas por el principio de proporcionalidad.

Para ello, se parte de una hipótesis según la cual, en el aumento de penas para determinados delitos que protegen ciertos bienes jurídicos tutelados por el legislador, no se ha tenido en cuenta el principio de proporcionalidad que debe guiar la limitación del derecho fundamental a la libertad de las personas, contenido en el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia (CP, 1991), lo que genera una desarticulación del esquema de control social implementado por el Estado pues ha emitido implícitamente una premisa de mayor protección a determinados bienes jurídicos que parece no consultar los parámetros constitucionales.

## **Estado del arte**

Aunque se encontraron varios documentos y trabajos que abordan el tema del aumento de penas en Colombia, en algunos casos como el fenómeno denominado “Populismo Punitivo”, desde distintas vertientes, por ejemplo, las implicaciones que tiene tal aumento

de la pena de prisión en el fenómeno carcelario, un enfoque teórico que pretenda ahondar en el seguimiento del principio de proporcionalidad, al parecer no ha sido tratado.

Diferentes estudios sobre las repercusiones que ha traído consigo el aumento de penas en Colombia se han desarrollado desde la academia y, como consecuencia, se pueden analizar varias publicaciones al respecto en revistas de investigación.

La revista de semilleros de investigación *Cultura Investigativa* de la Universidad Eafit de Medellín, publicó el artículo *Populismo Punitivo: un mecanismo para la prevención general del delito* (Peluffo & García, 2012); la revista *Actualidad Jurídica* de la Universidad del Norte de Barranquilla publicó el artículo *Populismo Punitivo: incidencia actual en el contexto legislativo colombiano* (Cotes & Lacouture, 2010). Ambos artículos definen lo que se conoce como “Populismo Punitivo” y explican las consecuencias de este fenómeno en el aumento de penas en el Código Penal.

De otro lado, la *Revista de Estudios Sociales* de la Universidad de Los Andes presentó el artículo *Comentarios sobre seguridad ciudadana* (Delgado, 1998) en donde el Gral. (r) Víctor Alberto Delgado Mallarino propone una “Política de Seguridad Integral” para atacar el problema de la delincuencia desde diversos aspectos, como el investigativo que identifica las causas que generan los problemas sociales que derivan en la inseguridad ciudadana, o el legislativo que no esté permeado de criterios casuísticos ni inmedatistas, entre otros.

Ahora bien, el aumento de penas en Colombia también ha sido estudiado como el hecho generador de la crisis carcelaria que se vive desde hace algunos años en nuestro país, lo que ha puesto en tela de juicio la base político criminal estatal para contrarrestar el delito y ha culminado por reiterar el Estado de Cosas Inconstitucional a través de la Sentencia T-762 (2015) de la Corte Constitucional.

## **Pregunta de investigación**

¿Cuál es la aplicabilidad del principio de proporcionalidad en la modificación de la pena de prisión contemplada en el Código Penal (Ley 599, 2000), utilizada por la Política Criminal estatal?

## **Objetivos**

### **Objetivo general**

Identificar la aplicación del principio de proporcionalidad en la modificación de la pena de prisión contemplada en el Código Penal (Ley 599, 2000) como una herramienta utilizada por la Política Criminal estatal.

### **Objetivos específicos**

1. Describir el concepto del principio de proporcionalidad y abordarlo desde la Constitución Política de Colombia como límite a la libertad de configuración legislativa del Congreso en materia penal.
2. Develar el concepto actual de la Política Criminal estatal en Colombia.
3. Determinar si, al modificarse el Código Penal del año 2000, el aumento de penas de prisión ha cumplido con el concepto de principio de proporcionalidad.

# 1 METODOLOGÍA

Dentro de la línea de Teoría del Derecho, se pretende abordar el problema de estudio desde un enfoque netamente *cualitativo*, a partir de un *análisis de contenido* de tipo deductivo, puesto que se parte de lo general a lo particular: primero, se desarrolla el texto mediante unos criterios generales con el fin de explicar los conceptos de principio de proporcionalidad, política criminal y libertad de configuración legislativa, para llegar a abordar el objetivo de la investigación, es decir, determinar la aplicación del principio de proporcionalidad al modificarse la pena de prisión contemplada en el Código Penal (Ley 599, 2000), como una herramienta utilizada por la Política Criminal estatal. Así mismo, la investigación se puede clasificar dentro de la modalidad documental ya que implica la relación del conocimiento dentro de un área específica, en este caso, e concepto de proporcionalidad en Derecho.

También tendrá un importante desarrollo hermenéutico, ya que la investigación pretende realizar un estudio de las reformas penales respecto al aumento del *quantum* de las penas de prisión y examinar si éstas se han delimitado por el principio de proporcionalidad, para lo que se hará una valoración y una crítica a las diferentes posturas, como jurisprudencia, leyes y doctrina, que intentan explicar este caso específico.

Finalmente, se trata de una investigación de carácter analítico, toda vez que aborda problemas determinados y trata de descomponerlos a fin de descubrir la aplicabilidad del

principio de proporcionalidad en la modificación de la pena de prisión. También puede considerarse de carácter contextual, ya que guarda unas definiciones que desglosan el título y le dan una respuesta clara a la pregunta de investigación (Bunge, 2007).

## 2 MARCO TEÓRICO

El presente trabajo se centra en analizar la aplicación del principio de proporcionalidad en las modificaciones que ha tenido el Código Penal (Ley 599, 2000), referidas al aumento de la consecuencia jurídico penal como efecto de la comisión de un delito. Desde hace varios años la legislación colombiana ha estado implementando una política criminal de aumento de penas como medida de prevención general, situación que ha desbordado el criterio constitucional de *libertad de configuración legislativa* y se ha pervertido para atacar el índice de criminalidad bajo respuestas mucho más visibles y de aplicación inmediata que no guardan un criterio coherente respecto a la protección de bienes jurídicos.

Por tal motivo, dentro del presente análisis se abordarán tres ejes temáticos: (i) el concepto de *principio de proporcionalidad*, (ii) una definición general de lo que se conoce como *política criminal*, y (iii) el concepto de *libertad de configuración legislativa* utilizado por la Corte Constitucional al momento de analizar la constitucionalidad de las leyes que aumentan las penas del Código Penal. Con base en estos conceptos se estudiarán varios ejemplos del aumento de penas en Colombia con el fin de llegar a conclusiones pertinentes al estudio realizado.

## 2.1 El principio de proporcionalidad

### 2.1.1 Criterios Generales

La proporcionalidad en su acepción más básica, responde a un criterio de equiparación o medida justa entre dos situaciones que se someten a comparación. Ese equilibrio puede establecerse entre una causa y un efecto o consecuencia, aunque se debe tener presente que el resultado puede ser o no la “justa medida” en relación con su génesis. Según Carlos Bernal Pulido (2007), este principio se remonta a las matemáticas y otras áreas del conocimiento, donde encuentra la relación entre el medio y el fin como su base epistemológica, relación que –de acuerdo con el libro “*Fin y racionalidad en los sistemas*” de Niklas Luhmann (1983), fue la revelación como forma de pensamiento en la filosofía práctica de la Grecia clásica (Bernal, 2007, pág. 44).

Para explicarlo en términos más prácticos, piénsese en la retribución que una persona merece por desarrollar alguna actividad en particular, *verbi gratia*, por desempeñar una labor determinada a través de la cual recibirá una contraprestación; en este caso, se puede plantear que dicha contraprestación es proporcional, en términos de cantidad, dependiendo del esfuerzo de la persona tendrá para culminar la actividad encomendada, lo cual, indefectiblemente se somete a un criterio eminentemente subjetivo de apreciación, sea de quien otorga o quien recibe la contraprestación.

Pero esta simbiosis causa–efecto debe ser objetivada de alguna manera con el fin de no generar conflictos entre los actores del sistema social ante las múltiples visiones subjetivas de un mismo asunto. Allí es donde encuentra su razón de ser el Derecho, entendido como el conjunto de postulados –normas o principios– establecidos dentro de una sociedad, que responde a unos *valores* determinados, bajo los cuales se regulan ciertas pautas de comportamiento entre los coasociados.

Ahora bien, en la dinámica constante de aplicación del Derecho para mediar las relaciones sociales de los individuos puede suceder que se compartan algunas normas, pero no todas; esto es, que unas sean aprobadas y otras, repudiadas por la comunidad, lo cual

generará un margen de aceptación en términos de eficacia al momento de guiar las acciones conforme a la ley o por fuera de ella. Sin embargo, este nivel de aceptación no mide lo justo y lo injusto, pues en una democracia representativa como la nuestra, la norma jurídica, al ser una construcción legislativa, cuenta con la presunción de estar acorde con los parámetros de la Constitución (lo que más adelante se denominará validez *prima facie*).

Similar enfoque se ha utilizado por la doctrina para definir qué es “justicia” para el Derecho. En el estudio de la denominada “dogmática jurídica” realizado por Carlos Arturo Gómez Pavajeau (2011), el término de justicia se equipara a los términos de lo que era jurídico y antijurídico para los griegos, y enuncia que para Sócrates, Platón y Aristóteles la ley de Atenas era la base para efectuar un juicio de responsabilidad (Gómez-Pavajeau, 2011, pág. 145). Aterrizados estos planteamientos al esquema jurídico actual, lo justo puede ser catalogado como lo jurídico, es decir, la construcción normativa que proviene del Legislador.

De este planteamiento resulta preponderante el concepto de proporcionalidad para el Derecho porque es el que permite determinar si la relación entre una causa y su consecuencia, como conducta del ser humano previamente establecida en una norma o un principio, está ajustada a los postulados que regulan las relaciones sociales.

Ahora bien, en el análisis de Carlos Bernal Pulido (2007), el principio de proporcionalidad es originario del Derecho público europeo que surge en los conceptos del contractualismo iusnaturalista de los tiempos de la Ilustración; para explicarlo, acuña el mito funcional del Estado descrito por John Locke (1689) en su “*Segundo Tratado sobre el gobierno civil*” con el ánimo de establecer los dos presupuestos filosófico-políticos más importantes del principio de proporcionalidad: (i) la idea de libertad se perpetúa en la sociedad civil como un bien inherente al individuo, esto es, que el sujeto tiene la capacidad de auto determinarse y comportarse según sus finalidades y el logro de sus propios objetivos, y (ii) la potestad estatal para intervenir en esa libertad otorgada al individuo para satisfacer exigencias derivadas de los derechos de los demás y de los intereses esenciales de la comunidad (Bernal, 2007, pág. 45).

Es precisamente esa libertad la que hace posible que el ser humano se desenvuelva de conformidad con sus propios criterios de lo bueno y lo malo, y establezca sus finalidades a partir del sistema de valores que ha interiorizado. Pero, como quiera que esta individualidad debe someterse a un sistema de valores y de criterios más amplios, según el conglomerado social, aparece el Estado para imponer un límite, de manera que las libertades de unos no choquen con las libertades de otros, es decir, puedan coexistir. En todo caso, dicho límite debe encontrar una justa medida y se debe autorregular para no desconocer los derechos de los asociados.

El sistema jurídico colombiano no es ajeno a la aplicación de este principio en cualquiera de sus especialidades. No obstante, el estudio aquí planteado lo abordará exclusivamente en la especialidad penal, materia en donde el principio de proporcionalidad parece ser utilizado de manera automática al momento de asignarle una consecuencia jurídica a un hecho generador –denominado delito–, con base en los derroteros que la ley establece para el efecto, especialmente respecto al monto de la pena de prisión, que cuenta con un mínimo y un máximo previamente establecidos como límites que debe respetar el órgano judicial.

Ahora bien, el principio de proporcionalidad en materia penal puede analizarse desde dos perspectivas.

La primera perspectiva se deriva de la naturaleza “fragmentaria” del Derecho penal, en tanto que solo protege una parte de los bienes jurídicos o, lo que Claus Roxin (1997) llama “protección subsidiaria de bienes jurídicos” (pág. 65), que sólo se habilita en aquellos casos en los que no existe otra vía jurídica de protección. Así pues, resulta proporcional la intervención estatal para regular las relaciones de los individuos con el Derecho penal, solo cuando se han agotado otros mecanismos que pueden resultar efectivos para la protección del bien jurídico. En palabras del profesor de Hamburgo:

Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, solo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del

Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico (Roxin, 1997, pág. 66).

O como lo relaciona el doctrinante Fernando Velásquez Velásquez (2009):

(...) es indiscutible que el axioma de prohibición de exceso representa un importante límite material al ejercicio de la actividad punitiva del Estado y, por ende, a la criminalización de conductas mediante la creación de tipos penales por parte del legislador, con lo que marca las pautas centrales para la construcción de la Teoría de la tipicidad penal; así mismo, en el ámbito de la antijuridicidad cumple un papel muy importante, si se tiene en cuenta que gracias a él es posible establecer los criterios de ponderación de intereses que son vitales para el examen de gran parte de las causales de justificación de las conductas típicas, las cuales se basan en el llamado *principio del interés preponderante*. Finalmente, en el plano de la culpabilidad su tarea es de trascendencia, pues en ella se discuten los criterios atinentes a la sanción equitativa y justa que ha de irrogársele al transgresor de la Ley Penal (...); la idea de culpabilidad, pues “posibilita con esta diferenciación una concretización del principio de proporcionalidad, de la prohibición de exceso y del límite del sacrificio (Hassemer, 1982, pág.473)”. (Velásquez, 2015, págs. 56-57).

Sin embargo, esta caracterización del principio de proporcionalidad en el Derecho penal como *ultima ratio*, si bien puede ser un punto neurálgico de partida para examinar el porqué de la aplicación del Derecho penal en una sociedad, sus consecuencias y repercusiones, lo cierto es que bajo el concepto de *libertad de configuración* que el Legislador aplica al momento de definir qué bienes jurídicos merecen la máxima protección de las normas penales, encuentra una fundamentación que responde a criterios *prima facie* constitucionales; es decir, resulta proporcional sin que se vulnere la prohibición de exceso en tanto la protección proviene del mismo Legislador como encargado de establecer qué bienes jurídicos merecen mayor o menor amparo dentro del ordenamiento jurídico. Luego, la proporcionalidad en este aspecto atiende a criterios discrecionales que se definen por la política criminal que adopta un Estado y que el Legislador plasma a través de la herramienta jurídica. Cabe tener en cuenta esta aclaración, aunque no sea el objeto del

presente estudio, pues se partirá de la base de un sistema penal ya consolidado y de unos tipos penales previamente definidos.

La segunda perspectiva presenta el principio de proporcionalidad como criterio orientador del Derecho penal para ajustar la consecuencia jurídica que merece el delito – sanción– en el marco permitido por la Constitución. Así pues, se puede abordar el principio de proporcionalidad en dos sentidos, de acuerdo con Fernando Velásquez Velásquez (2009), en el plano legislativo como *sanción penal abstracta* y en el plano judicial, como *sanción penal concreta*. La primera de ellas es el objeto de análisis de la presente investigación y ha sido, en parte, relegada por el análisis y la implementación del principio de proporcionalidad en la aplicación judicial al momento de imponer una sanción en concreto al individuo delinciente, es decir, la sanción penal concreta, pues en aquella, como sucede con el principio de proporcionalidad del Derecho penal como intervención Estatal, se parte del supuesto *prima facie* de que la regulación efectuada por el Legislador, quien aplica su libertad de configuración legislativa, se ajusta a los parámetros de la Constitución.

Así mismo, aparecen estudios del principio de proporcionalidad respecto al control constitucional de la ley penal; *verbi gratia* el de Gloria Patricia Lopera Mesa (2006), quien lo presenta como la herramienta base utilizada por el control constitucional y sustenta la manera de hacerlo efectivo desde la perspectiva de la prohibición de exceso en materia penal. En uno de los artículos escritos a partir de este estudio, concluye que:

(...) la aplicación del principio de proporcionalidad al control de constitucionalidad de las leyes penales requiere desarrollar una estructura de argumentación mucho más compleja (pero más completa) y depurada de la que se viene utilizando, en la que simplemente se identifica el juicio de proporcionalidad con la exigencia de proporcionalidad entre la gravedad de la pena y del delito. Pero incluso en el marco de una estructura de argumentación mucho más desarrollada, como la que aquí intenté esbozar, se advierten con claridad los límites del control de constitucionalidad de las leyes como instancia fiscalizadora del poder punitivo. La aplicación del principio de proporcionalidad supone introducir en el control de constitucionalidad de las leyes un gran número de interrogantes sobre los que no existe respuesta definitiva (qué se debe

proteger a través del derecho penal, cuáles técnicas de tipificación deben emplearse, si la normas penales son instrumento realmente eficaces para la protección de bienes jurídicos, si es posible acudir a instrumentos alternativos, etc.) y frente a las cuales la última palabra, en un sistema democrático, se confía al legislador y no al Tribunal Constitucional. (...) (Lopera, 2008).

Sin embargo, estos planteamientos no encuentran eco en nuestra jurisprudencia nacional y por el contrario, parecen ser “dichos de paso” ante la timidez con que nuestra Corte Constitucional ha tratado la proporcionalidad que debe guiar las modificaciones que se introducen por el Legislador a la consecuencia jurídica producto del delito, lo que se pretende demostrar que no sucede en la actualidad. La crítica se abre camino a partir de los constantes cambios legislativos en el monto de la pena que se estipulan en Colombia y que no encuentran un control formal ejercido por la máxima autoridad constitucional; de ahí la justificación de este estudio, ante la mirada pasiva que encuentra el principio de proporcionalidad únicamente en punto a la aplicación de la sanción –ya establecida por el legislador– a un determinado delito.

Ahora bien, esta segunda visión del principio de proporcionalidad en el Derecho penal, ha sido analizada por la doctrina desde la *sanción penal concreta*. Santiago Mir Puig (2010) indica que nació de la necesidad de encontrar un fundamento para la imposición de las medidas de seguridad, en tanto estas no encontraban un límite desde el principio de culpabilidad como sí lo hacían las penas de prisión:

La doctrina suele emplear el principio de proporcionalidad en este sentido de límite de las medidas de seguridad y como contrapartida del principio de culpabilidad que limita las penas (citando a JESCHECK y ROXIN). Sin embargo, la idea de proporcionalidad no sólo es necesaria para limitar las medidas, sino también para **graduar las penas**, por lo que ha de erigirse en principio general de todo el Derecho penal (pág. 127).

Nótese entonces que, según este doctrinante, el principio de proporcionalidad debe permear todos los conceptos del Derecho penal, lo que reafirma la idea expuesta desde un comienzo según la cual puede ser analizado desde las dos perspectivas ya anotadas.

Pero este principio general del Derecho penal no puede estudiarse de manera aislada. Por el contrario, la aplicación de la proporcionalidad en materia penal responde al análisis que se realice en punto al ámbito de protección *–bien jurídico–* y a la consecuencia por la infracción cometida *–pena–*, en tanto lesión o puesta en peligro de ese ámbito de protección, conceptos que vale la pena reseñar de manera general para llegar posteriormente a explicar los subprincipios que guían la proporcionalidad.

## 2.2 Bien Jurídico

El principio de proporcionalidad visto como uno de los límites al empleo de la potestad punitiva del Estado *–ius puniendi* (Velásquez, 2009, pág. 52), como titular de la violencia legítima en la represión de conductas que no se encuentran acordes con el sistema de valores jurídicos previamente establecidos por el Legislador, se complementa con el principio de lesividad, según el cual, solo son prohibidas aquellas conductas más graves o dañinas para la sociedad, de manera que se eliminan del objeto del Derecho penal aquellas conductas contrarias a la ética, inmorales o antiestéticas, como garantía propia del Derecho penal liberal de la Ilustración; es decir que, para la aplicación de la norma penal es menester establecer la *necesidad de intervención*; esto, Luigi Ferrajoli (1995) lo expresa de la siguiente manera:

La ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por estos efectos lesivos y sólo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones. No se puede ni se debe pedir más al derecho penal (Ferrajoli, 1995, págs. 464-465).

Cabe precisar que la denominación de la protección penal con base en bienes jurídicos ha tenido una evolución histórica que aún no ha terminado y que dista de tener una posición definitiva al respecto.

Velásquez Velásquez (2009) inicia la reseña con la postura del criminalista alemán Paul Johan Anselm Feuerbach quien concebía el delito como el atentado contra los derechos subjetivos y definía el crimen como una acción contraria al derecho de otro;

posteriormente se abrió paso a una posición traída del iusnaturalismo con Johann Michael Franz Birnbaum, de quien se dice fue el primero que acuñó el término de *bien jurídico*, en donde la protección del Derecho penal no se guiaba por los derechos subjetivos sino por los “bienes” otorgados al hombre por la naturaleza y por las revoluciones sociales, es decir, se encontraban más allá de la construcción social que es el Derecho, pensamiento que, si bien es de corte liberal, no deja de estar permeado por ideas iusnaturalistas. Según Velásquez (2009), la verdadera historia del bien jurídico comenzó a partir del pensamiento de Karl Binding (1841–1920) quien, al adoptar un pensamiento racional derivado de la Ilustración, indicó que la principal tarea de la norma era fundamentar deberes de actuar o de omitir, altamente personales, de las personas físicas y por tanto, como lesión de un derecho subjetivo concebido como el acuerdo que le asiste al Estado de exigir obediencia, –esto es, tomando al Estado como el bien fundamental–, aunque esta posición (enuncia el autor citado), no corresponde con las actuales estructuras democráticas en donde el individuo es la base fundamental del Estado y no queda relegado o arropado por este. Velásquez Velásquez también relaciona los aportes de Franz von Liszt (positivismo naturalista), para quien el bien jurídico es el interés jurídicamente protegido que parte de la realidad social y no de conceptos jurídicos abstractos; y los de la Escuela sudoccidental con sus representantes Honing<sup>1</sup> y Wolf<sup>2</sup>. Pasa incluso por la negación que del concepto se tuvo en la Alemania nazi, hasta las derivaciones inmanentistas de la postguerra como lo señalado por Hans Welzel (1956) en donde el bien jurídico es todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones<sup>3</sup>, pero a través del amparo de los elementales valores

---

<sup>1</sup> Honing enuncia el bien jurídico como una fórmula sintética que plasma el fin asignado por el legislador en las respectivas figuras punibles, le quita su sentido real y concreto y lo ubica en el plano de lo espiritual (Velásquez, 2009).

<sup>2</sup> Wolf define bien jurídico como un “bien de cultura”, esto es prejurídico y afirma que el Derecho solo lo descubre (Velásquez, 2009).

<sup>3</sup> “1. *Bien jurídico* es un bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significación social, es amparado jurídicamente. En su substrato puede presentarse en las formas más diversas: como objeto psicofísico O como objeto ideal-psíquico (así, la vida, por un lado, y el honor, por el otro); como estado

ético–sociales de la acción. Presenta lo señalado por H. Mayer en donde la misión del Derecho penal es la protección del orden moral del pueblo y por ello de los bienes jurídicos. Finalmente, el autor se refiere a las concepciones político criminales de los años setenta del siglo pasado que vinculan el bien jurídico con los fines del ordenamiento jurídico y por tanto, con la política del Estado en la cual encaja la Política Criminal; así encuentra las posturas constitucionalistas, es decir, aquellas en las que el bien jurídico emerge de la Constitución, aunque llegue a confundirse con los mismos derechos fundamentales o posiciones político criminales de orientación social, donde la preocupación se centra en explicar el bien jurídico desde un plano democrático aunque no logra establecer sus límites y puede llegar, en ocasiones, a negar la importancia del concepto. Es el caso de Günter Jakobs (1997), quien desde su perspectiva del funcionalismo extremo resalta que:

El Derecho penal protege, como condición de existencia de la sociedad, sólo la vigencia de las normas, esto es, la firmeza ante la defraudación de las expectativas y la dañinidad social; por ello, el hecho punible es un hecho no a causa de su repercusión en el mundo exterior sino porque pone en tela de juicio la validez de la norma<sup>4</sup>.

---

real (la paz del hogar); como relaciones de la vida (matrimonio, parentesco); como relación jurídica (propiedad, derecho de caza); y hasta como conducta de un tercero (deber de fidelidad del empleado público, protegido ante el soborno). *Bien jurídico es, por tanto, todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones.* La suma de los bienes jurídicos no constituye un "montón atomizado", sino el orden social, y por tanto, la significación de un bien jurídico no ha de ser apreciada aisladamente, sino tan sólo en relación conjunta con la totalidad del orden social (Welzel, 1956, págs. 5-6)".

<sup>4</sup> "Si ha de existir un bien jurídico es que la ley debe considerar ya alguna situación como valiosa para la "vida sana", lo que falta cuando la ley regula modos de conducta cuyo rendimiento no es valioso para algo, sino que constituye un valor por sí mismo, especialmente cuando la ley prescribe un comportamiento moral como tal. De todos modos, este resto crítico del concepto de bien jurídico se puede reducir también concibiendo la definición del concepto tan elásticamente que incluya todo fin de regulación. El bien jurídico ha de entenderse entonces como "sentido y finalidad de las proposiciones jurídicas singulares" [retomando a Honing] o como "abreviatura de la idea de fin" [Grünhut]." (Jakobs, 1997, pág. 50)

O como Hassemer, quien alzaprima una política del bien jurídico dirigida a la praxis que, además de considerar el bien jurídico como un concepto normativo, indica que de éste se deben derivar directrices precisas para una política criminal racional (Velásquez, 2009, págs. 109-120), (Hassemer & Muñoz, 1989, pág. 103 ss).

En punto a la imposibilidad de que la restricción del Derecho penal tenga su fundamento en los *bienes jurídicos*, Claus Roxin (2008, pág. 120) plantea que la discusión actual se centra en los trabajos de Andrew Von Hirsch quien entiende que el concepto de bien jurídico no ofrece un enfoque apto para la limitación inmanente del Derecho penal, en tanto este concepto como entidad anterior al legislador no existe; Günter Stratenwerth critica la confusión existente entre las múltiples definiciones que existen del concepto de bien jurídico y la imposibilidad de determinar su contenido; y finalmente, Günther Jakobs entiende que la finalidad del Derecho penal no es la protección de bienes jurídicos, sino que desde su visión funcionalista, la finalidad se plantea desde la confirmación de la vigencia de la norma.

Nótese entonces que este concepto no responde a una corriente jurídica determinada, ni siquiera a una política estatal definida; por el contrario, la definición de “bien jurídico” dependerá del contexto y las teorías penales por las cuales se aboga, tal como lo toman Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée (1997) quienes han definido el bien jurídico como “relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativa de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática. Son dinámicos pues están en permanente discusión y revisión” (Bustos & Hormazábal, 1997, pág. 95); incluso, según la visión de Roxin (2008), los bienes jurídicos son “realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin” (pág. 124). No obstante, se mantiene la idea de Velásquez Velásquez (2009) de identificar esta figura como un pilar fundamental del derecho democrático y, específicamente, del Derecho penal.

Aunque el ánimo del presente trabajo no es definir lo que se entiende por “bien jurídico”, resultan de gran utilidad los aportes de Roxin (1997) sobre la materia, pues él

expone diversas tendencias del estudio de las corrientes constitucionalistas, amoldadas a la idea de la política criminal y las finalidades dentro de un Estado Democrático de Derecho. En un primer momento, este autor definía el bien jurídico como derivado de la Constitución:

El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político criminalmente solo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia se puede decir: los *bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*. Esta definición al atender a “circunstancias dadas y finalidades” en vez de a “intereses” de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creadas por él mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa (págs. 55-56).

Sin embargo, tal y como lo señala Velásquez Velásquez (2009), la teoría del bien jurídico de Roxin ha tenido un cambio orientado hacia la política criminal, en la que:

(...) se afirma que por “bienes jurídicos” se debe entender todas aquellas circunstancias dadas o finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo y para la realización de sus derechos fundamentales en el marco de un sistema estructurado sobre la base de esa concepción de los fines (pág. 121).

Luego, en términos generales, pueden identificarse dos sentidos que actualmente se otorgan al concepto de bien jurídico: uno *político criminal*, bajo el cual se toma como todos los intereses sociales que merecen ser protegidos por el Derecho, y otro *dogmático* que alude al objeto de hecho efectivamente tutelado por la norma. La discusión entre estas dos vertientes, se puede extrapolar a lo que plantea el profesor Mir Puig (2010):

Que el Derecho penal *solo* deba proteger “bienes jurídicos” no significa que *todo* “bien jurídico” haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes

jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del Derecho penal. Ambas cosas se opondrían respectivamente, a los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal. El concepto de “bien jurídico” es, pues, más amplio que el de “*bien jurídico-penal*” (pág. 120).

No obstante, más que ahondar en una discusión entre estos ángulos, debe considerarse, como lo hace Velásquez Velásquez (2009), que ambos conceptos deben ser complementarios para determinar que el bien jurídico no puede estar desligado de la idea de los fines y la escala de valores o, como lo plantea Santiago Mir Puig, los valores esenciales para la sociedad (Mir-Puig, 2011, pág. 111) determinados por la Constitución y, además, plasmados en una política criminal que tenga en cuenta la perspectiva social, el individuo, la comunidad o el Estado, que pretende proteger.

Por ello, estas discusiones alrededor de lo que se ha denominado *bien jurídico*, allanan el camino para determinar que, en el ordenamiento colombiano, no puede desligarse esta noción del contenido constitucional asignado al Derecho penal, es decir, implica que bien jurídico no puede ser determinado por el capricho de la ley, sino que debe estar acorde con los fines de la Carta Fundamental. En este sentido, Juan Fernández Carrasquilla (2013) establece que debe tomarse el bien jurídico en su sentido material, es decir, “determinados contenidos axiológicos donados por las doctrinas de la persona y de la democracia liberal” (pág. 269), como derechos esenciales sujetos de protección.

Y en esta línea, encontramos a partir del artículo 2º de la Constitución Política de 1991, que uno de los fines esenciales del Estado colombiano está enmarcado en que las autoridades de la República deben proteger a las personas en sus *bienes*, lo cual, para el Derecho penal en nuestro país, se encuentra establecido en el artículo 11 del Código Penal (Ley 599, 2000), que define la categoría dogmática de la antijuridicidad, según la cual, para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, *el bien jurídicamente tutelado por la ley penal*. Luego, es evidente que, en nuestro ordenamiento jurídico, la ley penal se ha desarrollado con base en la protección de bienes jurídicos o intereses merecedores de especial protección. Para esto, se han tipificado ciertas conductas como prohibidas en el contexto social, amparo que

encuentra sustento en los valores constitucionales que permean las finalidades del Estado Social y Democrático de Derecho.

Ahora bien, la importancia de este concepto en el presente estudio se determina por la relación de mayor o menor grado de protección que la ley penal colombiana le asigna a ciertos valores o bienes jurídicos; construcción dogmática que complementada con el principio de lesividad antes enunciado, delimita una regla de oro cuando establece el tipo de consecuencia que merece un hecho punible: entre mayor gravedad del hecho, mayor será la sanción impuesta, y ello, en definitiva, dependerá de la importancia que le otorga el ordenamiento a un bien jurídico determinado. Por tal razón, es lógico que exista una consecuencia más drástica para el delito de homicidio, que vulnera el bien jurídico tutelado a la vida, que aquellas concebidas para el delito de hurto que vulnera el bien jurídico del patrimonio económico, pues tal y como se encuentra consagrado en la norma penal (actual), el legislador da a entender que resulta más importante o con mayor relevancia jurídico-penal la protección de la vida de una persona que su patrimonio económico.

Por lo tanto, más allá de establecer la definición de bien jurídico, la presente investigación parte de la base que el Derecho penal colombiano ya ha definido los intereses merecedores de especial protección y, en tal sentido, en la ley 599 de 2000 se han tipificado las conductas punibles con base en el amparo de ciertas categorías, como vida e integridad personal; personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario; libertad individual; autonomía personal; integridad, libertad y formación sexual; familia; patrimonio económico; información y datos; orden económico y social; medio ambiente; seguridad pública; salud pública; administración pública; eficaz y recta impartición de justicia; existencia y seguridad del Estado; régimen constitucional y legal, entre otros, los cuales responden tanto a derechos personales o colectivos, como a aquellos de protección del Estado.

En este punto es en donde encuentra su relevancia constitucional el principio de proporcionalidad, porque se consolida como la herramienta que permitirá dotar de límites coherentes el ejercicio del *ius puniendi* de cara a la tipificación de la consecuencia jurídica producto del delito, es decir, que ésta se imponga respetando la importancia asignada por la

misma Constitución a los diferentes bienes jurídicos tutelados, en el marco de la política criminal implementada por el Estado pues, como lo señalan Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée (1997):

La determinación de los objetos a ser protegidos implica una decisión política del Estado, en donde este no es neutral, pues responderá a criterios que representen los intereses estructurales de la sociedad organizada que regula, y como producto del Estado Social y Democrático de Derecho, no puede desligarse del respeto hacia la libertad y dignidad de las personas (pág. 59).

## 2.3 La pena

Uno de los problemas clásicos de la filosofía del derecho, según Luigi Ferrajoli (1995), se enmarca en la justificación del castigo; tanto así que se ha llegado a analizar la necesidad de la existencia del Derecho penal, lo que no sucede con otras áreas del derecho. Se identifican dos posiciones diametralmente contrarias: la *justificacionista* en donde se incorporan argumentos tendientes a la materialización de los costes del Derecho penal con los fines o razones y funciones dentro del sistema jurídico, y la otra, *abolicionista*, en donde no se reconoce justificación alguna al Derecho penal en tanto que los costes son mayores a las ventajas, pues resulta más gravoso el atentado contra la libertad de acción para los que cumplen la ley o el sometimiento a juicio de solo los sospechosos y el castigo infringido de los que no son responsables (pág. 247). De ahí el autor define que:

(...) el problema de la legitimidad política y moral del derecho penal en tanto que técnica de control social mediante constricciones a la libertad de los ciudadanos es en gran medida el problema mismo de la legitimidad del estado como monopolio organizado de la fuerza (Ferrajoli, 1995, pág. 248)..

Pese a estas dos posturas, es innegable que el castigo ha sido utilizado como medio para ejercer un control social en el individuo –sea informal o cultural, como el que establece la familia o la sociedad en la creación de hábitos de conducta, hasta el formal e institucionalizado, como el del colegio, la iglesia, o el Estado, en donde amoldan el

comportamiento del individuo en sociedad (Velásquez, 2009, pág. 9)–; castigo que se impondrá si el individuo no adecúa su comportamiento según los límites impuestos por el control social. Esto es lo que para el Derecho penal se denominará “pena”, entendida como manifestación del Estado en el ejercicio de su poder soberano, es decir, se trata de una construcción eminentemente legal.

Aunque no se pretende discutir sobre la justificación del Derecho penal, debe partirse de la base que históricamente, desde tiempos remotos, han existido el castigo y el derecho de castigar, como manifestación de poder que se justifica, bien por la revelación divina, mágica o etérea, bien por conducto de las relaciones sociales complejas que buscan asegurar la protección de ciertos intereses de los asociados; esto último, según Cesare Beccaria, nace de la necesidad de los hombres de ceder su propia libertad, y lo explica de la siguiente manera:

Las leyes son las condiciones bajo las cuales hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, hastiados de vivir en un continuo estado de guerra y gozar de una libertad que resultaba inútil por la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron una parte de ella para gozar del resto con seguridad y tranquilidad. La suma de todas estas posiciones de libertad sacrificadas al bien de cada uno, constituye la soberanía de una nación, y el soberano es el depositario y administrador legítimo de ellas. Pero no bastaba con formar ese depósito, sino que había que defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular, que trata siempre, no solo de sustraer del depósito su porción personal, sino de apoderarse también de la de los demás. Se necesitaban motivos sensibles, que bastasen para desviar el ánimo despótico de cada uno de los hombres de volver a sumergir en el antiguo caos las leyes de la sociedad. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de las leyes (...) (Beccaria, 2010, pág. 10).

Ahora bien, la pena como coacción institucionalizada puede encontrar sustento en las finalidades propias que se le asignan al Derecho penal; así lo ha establecido Enrique Bacigalupo (1996), quien diferencia entre el instrumento que es el Derecho penal que sirve al valor justicia del que sirve al valor utilidad; el primero guarda mayor relación con la moral y el segundo se vincula más con la política social, lo cual, según él, abrió paso a la

lucha entre las escuelas Clásica y Positiva<sup>5</sup> que pretendían definir los principios que legitimaban el Derecho penal (Bacigalupo, 1996, pág. 11).

Nótese entonces que en el estudio del derecho a castigar no se emite una definición genérica de lo que se entiende como “pena” sino que se analiza su finalidad; de este punto es de donde se desprenden diversas teorías que se reseñarán brevemente y que servirán de guía en la presente investigación.

### 2.3.1 Teorías Absolutas

También llamada *teoría de la retribución*, con sus máximos representantes en Kant y Hegel, plantea que la pena se limita a restablecer el ordenamiento jurídico y el valor de justicia (Hassemer & Muñoz, 1989, pág. 150), y es una consecuencia de la retribución que merece el delito.

(...) la pena es la negación de la negación del derecho. Por lo tanto, en la medida que la negación de una negación es una afirmación, con la pena se trata de afirmar el derecho que ha sido negado con la realización del delito. El derecho cumple, entonces, un papel restaurador o retributivo, el valor absoluto trascendente a conseguir con la pena es afirmar la vigencia del derecho. Pero la pena para Hegel es lo racional y pena racional es la pena justa. De esta manera, según cuál sea la intensidad de la negación del derecho, así también será la intensidad de la pena con que el derecho será afirmado (Bustos & Hormazábal, 1997, pág. 45).

Para Kant, la retribución tiene una fundamentación ética:

La pena es retribución de la culpabilidad del sujeto que a su vez presupone su libertad de voluntad o libre albedrío. El autor culpable es el que hace mal uso de esa libertad y se hace merecedor de pena. La pena es una retribución o un pago por el mal uso de la libertad. Por lo mismo, debe ser una pena justa, esto es proporcionada al mal causado

---

<sup>5</sup> Según este autor, en la Escuela Clásica se encuentran asignadas las teorías absolutas y en la Positivista, las teorías relativas de la pena.

con el delito. Pero, más allá de ello, la pena es un imperativo de la justicia. Por eso debe ejecutarse y en su totalidad (Bustos & Hormazábal, 1997, pág. 45).

Esta teoría, según Roxin (1997, pág. 81 ss), no encuentra un fin socialmente útil, pues lo que pretende es el restablecimiento y el equilibrio de la balanza mediante la imposición de un mal que es merecido por la conducta desplegada por el delincuente y se denomina absoluta porque el fin de la pena se encuentra desvinculado totalmente de su efecto social.

Por esta razón, Miguel Córdoba Angulo y Carmen Ruiz López (2001) no dudan en señalar que a partir del razonamiento de Kant y Hegel, si el hombre es considerado como un fin en sí mismo, no sería admisible castigar al delincuente en beneficio de la sociedad, porque ello supondría instrumentalizar al individuo.

Sin embargo, pese a que esta teoría respondía al criterio estructural del Estado de una época despótica y servía entonces para alzaprimar el interés de la justicia en la aplicación de la pena –no así el del poder arbitrario–, en la actualidad ha sido en parte relegada por la necesidad de atribuirle un contenido social a la pena dentro del contexto del Estado Social y Democrático de Derecho, en donde la pena supone un contenido de resocialización y prevención del delito, y elimina, de alguna manera, concepciones de retaliación (ley del Talió). A pesar de esta crítica, tales posturas ofrecen un punto de partida de suma relevancia para los alcances de esta investigación, puesto que sus autores siempre aluden al principio de proporcionalidad para significar que la retribución debe ser justa con el delito y, tal vez por ello, no ha sido totalmente relegada del ordenamiento jurídico colombiano, según la función de la pena de prisión contenida en el artículo 4° del Código Penal colombiano como *retribución justa* (Ley 599, 2000).

### 2.3.2 Teorías Relativas

Son también conocidas como *teorías de la prevención* porque la función de la pena consiste en evitar la comisión de futuras conductas contrarias al derecho. Según Hassemer y Muñoz Conde (1989), en la filosofía clásica, Platón abordó este aspecto en el “Protágoras”, con su frase “*Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccatur*” que fue traída a

nosotros por Séneca y Grotius, y respecto a la concepción de la pena se tradujo como “*Ninguna persona responsable castiga por el pecado (delito) ya cometido, sino para evitar que se cometa en el futuro*” (pág. 150). Posición que puede leerse plasmada por Beccaria (2010) al enunciar:

*El fin*, pues, no es otro que el de impedir al reo que realice nuevos daños a sus conciudadanos, y el de apartar a los demás de que los hagan iguales. Las penas, por consiguiente, y el método de infringirlas, deben elegirse en tal forma que, guardada la proporción, produzcan la impresión más eficaz y duradera en los ánimos de los hombres y la menos atormentadora sobre el cuerpo del reo (pág. 38).

Dentro de estas teorías se encuentran: (i) la *teoría de la prevención general*, según la cual la pena actúa sobre la comunidad y la previene mediante la amenaza e intimidación para que actúe de conformidad con el ordenamiento jurídico, cuyo máximo exponente es Feuerbach (Roxin, 1997, pág. 90) con su “*teoría de la coacción psicológica*” en donde la función de la pena sería disuadir al conglomerado social de infringir la norma (Cfr. Bacigalupo (Roxin, 1997, pág. 14); (ii) la *teoría de la prevención especial*, en donde la pena actúa directamente sobre el delincuente, al reforzar su comportamiento para que acate la norma y no infrinja nuevamente el ordenamiento; entonces, aquí la intimidación a través de la pena no se establece hacia la sociedad sino para el infractor quien indefectiblemente necesita corrección. Su principal representante es Von Liszt, quien planteó que la pena funciona de tres maneras: asegurando a la comunidad mediante el encierro de los delincuentes, intimidando al autor para que no cometa más delitos y preservándole de la reincidencia mediante su corrección (Roxin, 1997, pág. 84 ss); y (iii) las *teorías de la unión o mixtas*, que establecen una doble función tanto de prevención general como especial a la pena, que es en sí retributiva, en un intento de eliminar las críticas de las anteriores teorías y realzar sus fortalezas.

Cada una de estas teorías ha sido objeto de múltiples críticas que no se agotan en la actualidad. Como consecuencia de estas disputas ideológicas, la doctrina se ha encargado de intensificar su estudio y ha establecido como fin primordial la *prevención general positiva* (Córdoba & Ruiz, 2001), entendida como la fidelidad de la comunidad al Derecho

y contraria a la *prevención general negativa*, en donde se advierte la pena como el terror y el miedo utilizado por el Estado para contar con la fidelidad de la sociedad<sup>6</sup>, postura que, según Córdoba Angulo y Ruiz López (2001), tiene dos acepciones:

*Prevención general positiva fundamentadora*, en donde prevalece el fin de garantizar la función orientadora de la norma, no así la de protección de bienes jurídicos. Así lo explica Jakobs (1997), uno de sus representantes:

(...) la pena tiene una función que debe surtir efectos finalmente en el nivel en el que tiene lugar la interacción social, y que no se agota en significar algo: La pena debe proteger las condiciones de tal interacción y tiene, por tanto, una función *preventiva*.

La protección tiene lugar reafirmando al que confía en la norma en su confianza. La reafirmación no tiene por contenido el que posteriormente no vaya nadie más a infringir la norma, porque la pena haga desistir a los delincuentes potenciales, ni menos aún se trata de cualquier pronóstico especialmente referido al comportamiento futuro del autor. Destinatarios de la norma no son primariamente algunas personas en cuanto autores potenciales, sino todos, dado que nadie puede pasar sin interacciones sociales y dado que por eso todos deben saber lo que de ellas pueden esperar. En esta medida la pena tiene lugar para *ejercitar en la confianza hacia la norma*. Además, la pena grava al comportamiento infractor de la norma con consecuencias costosas, aumentando la probabilidad de que ese comportamiento se aprenda en general a considerarlo como una alternativa de comportamiento a no tener en cuenta. En esta medida la pena se despliega para *ejercitar en la fidelidad al Derecho*. Al menos, sin embargo, mediante la pena se aprende la conexión de comportamiento y deber de asumir los costes, aun cuando la norma se haya infringido a pesar del que ha aprendido; en esta medida se trata de *ejercitar en la aceptación de las consecuencias*. (...) (Jakobs, 1997, pág. 18).

*Prevención general positiva limitadora*, que rechaza cualquier resquicio de retribución y, por tanto, la pena no puede considerarse sino en su fin de prevención. Como exponentes relucen Roxin (1997), quien plantea una unión entre las funciones de prevención general y especial de la pena, que se complementan en tanto deben proteger tanto la libertad

---

<sup>6</sup> Así lo diferencia Velásquez (2009, pág. 256 ss).

individual como el orden social (Roxin, 1997, pág. 95 ss); así como E. Schmidhäuser, quien delimita la diferenciación en los momentos de creación, individualización y ejecución de la pena, dentro de los cuales cumple una función de prevención general y especial, primero como motivación a los ciudadanos para que cumplan el derecho y como límite establecido por la ley, y segundo, teniendo en cuenta las características de cada individuo en el tratamiento punitivo para, finalmente, contemplar su resocialización como prevención especial positiva (Velásquez, 2009, pág. 261), (Córdoba & Ruiz, 2001).

Ahora bien, en Colombia los parámetros generales respecto a la regulación de la pena encuentran fundamento en los artículos 11 (derecho a la vida y prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes), 28 (derecho a la libertad) y 34 (prohibición de destierro, penas perpetuas y confiscación) de nuestra Constitución Política, que sirven de derrotero al momento de establecer la consecuencia jurídica a cada tipo penal, con el ánimo que se tenga en cuenta la humanización de las sanciones (CP, 1991).

De otro lado, el artículo 4° de la Ley 599 (2000) establece como funciones de la pena en nuestro país: la prevención general, la retribución justa, la prevención especial, la reinserción social y la protección al condenado, lo que ha sido objeto de no pocas críticas por la doctrina nacional, en tanto se adoptó una concepción mixta súper-ecléctica (Fernández, 2013, pág. 411) que, si bien puede ser explicada a través de diferentes sentencias de la Corte Constitucional<sup>7</sup>, no tuvo en consideración los estudios sobre la materia durante años, lo cual se puede extrapolar de las consideraciones realizadas por Juan Fernández Carrasquilla (2013) sobre el asunto, quien desde el análisis del artículo 4° de nuestro Código Penal, junto con los criterios que se han establecido para fijar la pena en los artículos 54 a 61 de la Ley 599 de 2000, ha planteado que se puede aceptar de buen grado que el Código Penal vigente,

(...) concibe la pena fundada en la prevención general (negativa) limitada por la retribución (criterio de justicia, proporcionalidad y razonabilidad de la pena como

---

<sup>7</sup> Sentencias: C-261/96; C-430/96; C-157/97; C-144/97 (Córdoba & Ruiz, 2001), entre otras.

aflicción o castigo y por tanto con inspiración en el principio retributivo y límite en la responsabilidad subjetiva) y orientada en la práctica de su ejecución a la prevención especial (resocialización, reinserción social y protección del condenado). De este modo, teóricamente, la pena legal se ve dirigida a la prevención general y se orienta al logro práctico y humanitario de la prevención especial, en uno y otro caso dentro del marco de la retribución justa. Esta es, por parte del art. 4 del C.P., una muy difícil y prácticamente acrobática –si no demagógica– combinación de todos los fines manifiestos y conocidos de la pena criminal, con ciertas pretensiones innovadoras al querer separar la prevención especial de la reinserción social y de la protección al condenado (Fernández, 2013, pág. 412).

Lo cierto del caso es que pese a las observaciones que pueda tener la noción de los fines y las funciones de la pena en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 4° de la Ley Penal debe ser el derrotero de la presente investigación, en todo caso, teniendo en cuenta esta posición ecléctica a la hora de analizar el fundamento del aumento de penas en nuestra legislación. De ahí entonces que guarde relevancia la definición de la pena adoptada por Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée (1997) como un instrumento de aseguramiento del Estado, mediante el cual reafirma su existencia y cuya función no puede ser otra que la de proteger su sistema social, lo que significa en el campo penal, la protección de los bienes jurídicos, que no se convierte en principio absoluto sino en posibilidad de una constante revisión democrática del sistema penal (pág. 54), porque toma en consideración el contexto de mutabilidad de los bienes jurídicos, como se advirtió en el punto 1.2 (*Bien jurídico*).

## **2.4 Aproximación a la determinación del principio de proporcionalidad**

El acercamiento a los conceptos de bien jurídico y pena repercute en el análisis de las modificaciones normativas referidas al incremento del monto punitivo para la protección de un bien jurídico tutelado por el legislador. En esta línea, cualquier cambio de la norma penal y su consecuencia, que deberá estar supeditada indefectiblemente a la protección de

bienes jurídicos bajo la teoría de la lesividad encontrará mayor o menor respaldo dependiendo del fundamento y los fines para los cuales sea establecida.

Pareciera que, a partir del contenido normativo de la ley penal en nuestro país, cualquier modificación encontraría un fundamento, en tanto la función de la pena responde a múltiples criterios que en un sentido estricto pudiesen ser contrarios, *verbi gratia* retribución y prevención. No obstante, en el análisis que se realice de la norma penal, no puede desconocerse su sentido constitucional implícito, en tal virtud, sólo la norma que se adecúe al contenido constitucional del respeto por los derechos fundamentales, en especial por la humanización de las penas, tendrá el respaldo necesario al momento de su implementación, de manera que el norte será el contenido constitucional de la norma.

Ciertamente resulta paradójico que la norma penal vele por el respeto de los derechos fundamentales, cuando la consecuencia lógica en su adecuación fáctica sea la restricción de uno de éstos (La pena supone la negación de la libertad del individuo). Sin embargo, la misma Norma Fundamental acepta ciertas restricciones de derechos fundamentales, que no son absolutos, al momento de poner en la balanza dos derechos en pugna, bien sea de un individuo con otro, de un individuo con la sociedad o un individuo con el Estado; por ello, la norma penal se amolda a los postulados de la Constitución cuando esta restricción respeta la mínima intervención del Derecho penal desde la prohibición de exceso en el ejercicio del *ius puniendi*, el principio de lesividad ya anotado y en definitiva, el principio de proporcionalidad.

Como consecuencia de lo anterior, se puede establecer la siguiente premisa: Un cambio en la consecuencia jurídica de una norma penal se ajusta a la Constitución, siempre y cuando respete el límite del principio de proporcionalidad.

Una aproximación al principio de proporcionalidad y su contenido puede extraerse del estudio realizado por Carlos Bernal Pulido (2007), titulado *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, que además constituye la base teórica de la presente investigación respecto a dicho principio y que se referirá en lo sucesivo.

Para Bernal Pulido (2007), el principio de proporcionalidad cuenta con un estatus jurídico y un fundamento constitucional (pág. 505 ss); sin embargo, debe tenerse presente que este último lo estudia desde el punto de vista de la Constitución Española, de manera que el fundamento constitucional debe ser analizado en concordancia con cada Norma Fundamental. En nuestra Constitución Política de 1991, se pueden establecer 3 fundamentos: (i) en el valor de justicia que trae implícito el preámbulo constitucional y que supone que queda proscrito todo sacrificio excesivo de la libertad; (ii) en la finalidad del Estado Social y Democrático de Derecho de mantener la vigencia de un orden justo (artículo 2°); y (iii) la jerarquización que trae consigo el artículo 4°, que establece que la Constitución es norma de normas y le otorga primacía al contenido constitucional frente a otras disposiciones normativas (CP, 1991).

En lo que aquí nos interesa, desde el punto de vista del *estatus jurídico* (aplicable al Derecho en términos genéricos), este autor menciona que el principio de proporcionalidad puede ser catalogado (i) como Principio General del Derecho, según el cual servirá como el criterio hermenéutico a través del cual el operador jurídico es obligado a alcanzar el equilibrio entre los intereses en conflicto<sup>8</sup> y, aunque no se encuentre tipificado en la Constitución (de ahí su alto grado de ambigüedad), por ser inescindible a la interpretación jurídica, ostenta un carácter metodológico; (ii) como límite de los límites a los derechos fundamentales, en donde es aceptada y se entiende la necesidad de las restricciones estatales a la libertad, pero solo en aquello estrictamente necesario para conseguir la necesidad que lo justifica; según el cual, el objeto del límite son los derechos fundamentales, el límite es la intervención legislativa y el límite del límite, el principio de proporcionalidad, aunque no es un criterio de interpretación constitucional autónomo por cuanto siempre debe partir de una disposición fundamental que le sirva de base; (iii) como criterio estructural, vinculante para el legislador, para la determinación del contenido de los derechos fundamentales, con el cual se analiza el esquema del control de constitucionalidad

---

<sup>8</sup> Bernal Pulido toma este concepto de *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales* (González-Cuéllar, 1990, pág. 17).

de la ley y la relación de este principio y la estructura normativa de los derechos fundamentales a partir de la distinción entre norma y principio.

A partir del estatus jurídico del principio de proporcionalidad, se logra advertir que nace el fundamento para su utilización en el examen de la norma jurídica, como criterio orientador que permea la premisa antes enunciada en tanto que la norma penal (para nuestro estudio, aquella que la modifica) debe corresponder a los criterios de la Constitución. Para tal menester, es preciso analizar el contenido de la Norma Fundamental, pues con base en su análisis se podrán interpretar las demás normas creadas o modificadas por el legislador.

El contenido del derecho fundamental intervenido se obtiene de la relación entre norma y principio. Carlos Bernal Pulido (2007, pág. 576 ss) lo analizó en su obra de acuerdo con las definiciones de R. Dworkin y R. Alexy.

El profesor Dworkin ataca la posición de Hart (Bernal (2007) citando a (Dworkin, 1980, pág. 84)), al establecer que el ordenamiento jurídico no solo está conformado por reglas (según pretendía el positivismo) sino también por principios, a los que se acudía en casos difíciles o de penumbra, en donde no existía regla para definir el litigio; por tal razón, le era vedado al juez acudir a la discrecionalidad, por el contrario, debía acudir a un juicio riguroso a partir de los principios y con base en dos criterios de distinción: (i) *perspectiva lógica*: en carácter a la solución que ofrecen, las reglas plantean un dilema del todo o nada, se aplican por completo o no se aplican en absoluto, mientras que los principios son solo razones a favor de cierta argumentación encaminada en cierto sentido, sin que implique una decisión concreta; (ii) *criterio de importancia o de peso específico*: las reglas no se aplican bajo este criterio, pues en un caso específico, la regla se aplica o no se aplica y si entra en colisión con otra regla se acudirá a los criterios de superioridad, especialidad y posterioridad, mientras que si en un mismo evento se encuentran varios principios o entran en colisión, es necesario efectuar un juicio relativo a la importancia de cada uno de ellos y el que tenga mayor peso argumentativo prevalecerá sobre los demás en la resolución del litigio. De acuerdo con Robert Alexy (1993),

(...) las normas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos

pueden ser formulados con ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos del deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos normas (pág. 83).

Para Bernal Pulido, Alexy no comparte los planteamientos realizados por Dworkin en la diferenciación entre regla y principio, pues considera que para la caracterización de la regla como todo o nada sería necesario conocer la totalidad de las normas así como sus excepciones, lo cual resulta imposible como quiera que en su aplicación pueden nacer nuevas excepciones; y a su vez, tendrían que conocerse todas las excepciones a los principios, razón por la cual no existiría una diferencia lógica entre regla y principio sino simplemente una diferencia de grado (Bernal, 2007, pág. 578).

Aunque, continúa el autor, Alexy comparte la segunda distinción realizada por Dworkin y a la diferencia entre regla y principio la llama *diferencia cualitativa de carácter lógico*:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. // En cambio, las *reglas* son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible (Alexy, 1993, págs. 86-87).

Como consecuencia de lo anterior, la *subsunción* es la forma como se aplican las reglas pues, por contener mandatos definitivos, las conductas deben ser subsumidas bajo el supuesto de hecho de la regla pertinente y deben imputarse sus consecuencias. Mientras que la forma como se aplican los principios es la *ponderación* porque al contener mandatos de optimización que ordenan ser realizados en la mayor medida posible, se cuentan las razones

fácticas y jurídicas que juegan en contra y se determina con exactitud, en qué medida es fáctica y jurídicamente posible realizar un principio (Bernal, 2007, pág. 580).

La ponderación es el procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colisión. En la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto. Como resultado de la ponderación surge una regla. Esta regla expresa la relación de precedencia entre los dos principios en conflicto, condicionada por las circunstancias del caso. La regla que estructura esta relación de precedencia condicionada prevé en su supuesto de hecho las circunstancias específicas del caso, para las cuales vale la precedencia y como consecuencia jurídica, aquélla que se deriva del principio precedente (Bernal, 2007, págs. 581-582).

Ahora bien, respecto a la relación entre las reglas, los principios, los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, Bernal Pulido (2007) concluye que para Alexy, las disposiciones de derecho fundamental estatuyen normas de dos tipos: reglas y principios. Mientras los principios forman una constelación de normas mediante las cuales se expresa el “deber ser ideal”, las reglas expresan las determinaciones de ese deber ser ideal que ya ha sido relacionado con principios contrapuestos, ha adquirido así su concreción definitiva y, gracias a estas últimas, se garantiza la exigencia de seguridad jurídica de determinación y claridad en el sistema de derechos.

Estos planteamientos sirven de guía para establecer que entre las normas fundamentales con carácter de principio y el principio de proporcionalidad existe lo que Alexy (1993) denomina un *nexo de causalidad recíproca* y que, para sopesar las razones que juegan en contra de la realización de la norma fundamental, es necesario efectuar el estudio a través de los subprincipios del principio de proporcionalidad.

Es decir, según la conclusión a la que llega Bernal Pulido (2007), que la forma como se aplican los principios en el ordenamiento jurídico no es solo a partir de la ponderación, como lo propone Alexy, sino que además, este autor establece las bases para que el criterio de interpretación también se adopte a partir de los subprincipios del principio de proporcionalidad (pág. 586), los cuales se estudiarán en el siguiente apartado. Así pues, el

principio de proporcionalidad es el criterio estructural más adecuado para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador (pág. 590).

Esta es la razón por la que, en este análisis, el principio de proporcionalidad es el que proporciona un criterio racional para la implementación de los cambios normativos en el aumento de penas pues, sin lugar a equívocos, el Legislador al momento de expedir la norma –como se señaló líneas atrás–, debe supeditarse al contenido Constitucional y ello solo se logrará con el análisis de los subprincipios de la proporcionalidad.

Entonces, así como lo señalan tanto Bernal Pulido (2007) como Alexy (1993), el punto de partida tiene que ser una norma fundamental, de manera que, el estudio de la aplicación del principio de proporcionalidad en el aumento de penas debe fundarse en el estudio del derecho fundamental a la libertad, consagración normativa que, dependiendo del caso, puede ser considerada una norma fundamental de principio que no cuenta con una validez definitiva sino apenas *prima facie*, o una norma fundamental directamente estatuida con validez definitiva, lo que le otorga mayor prevalencia, en este caso, a la primera caracterización, pues la norma penal se convertirá, en todos los casos, en una excepción a la implementación de su validez definitiva y para ello es necesario contar con el principio de proporcionalidad<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> “Cuando, a través de una disposición de derecho fundamental, se ha llevado a cabo alguna determinación relacionada con las exigencias de principios contrapuestos, se estatuye con ella no solo un principio sino también una regla”. Por esta razón, menciona Bernal Pulido Op. Cit. Pág. 593: “Asimismo, de los planteamientos de este autor se deduce que en los casos constitucionales deben ser aplicadas inicialmente las reglas estatuidas por las disposiciones iusfundamentales, pero, en caso de que sean incompletas, es decir, si no contienen todas las determinaciones en relación con los principios contrapuestos, debe entrar en juego el nivel de los principios, en donde habrá de aplicarse el principio de proporcionalidad” (Alexy, 1993, pág. 134)

## 2.5 Subprincipios del principio de proporcionalidad

Como se mencionó anteriormente, para el análisis del principio de proporcionalidad en la intervención legislativa debe establecerse si la norma afectada por la ley puede incluirse dentro del ámbito normativo de una disposición de derecho fundamental (Bernal, 2007, pág. 621 y 636); en este caso, la norma fundamental ostenta la validez *prima facie*<sup>10</sup>, lo que genera de entrada una razón normativa en contra de su constitucionalidad, bajo el estatus que se le otorga a la libertad general de actuación como norma fundamental.

No tendría sentido analizar el principio de proporcionalidad entre dos normas legales (reglas), pues para ello tendríamos que acudir a los criterios de interpretación que según Dworkin definirían el criterio para su implementación, según su superioridad, especialidad y posterioridad, lo que en nuestro país se contrae a los criterios de interpretación establecidos en la Ley 153 (1887). Lo relevante en este caso es determinar si el contenido

---

<sup>10</sup> Según Alexy, citado por Bernal Pulido (2007): "...tanto las reglas como los principios pueden tener una validez *prima facie*, pero esa validez tiene un carácter diferente cuando se trata de normas de uno o de otro tipo. Los principios, definidos como mandatos de optimización, tienen una validez *prima facie* en el sentido de que 'presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas'. Un principio, sostiene este autor, contiene una razón que vale como argumento a favor de una solución para un caso dado, pero 'no determina cómo ha de resolverse la relación entre (dicha) razón y su opuesta'. Esta relación entre principios opuestos se construye en el marco de una ponderación. De este modo, el carácter *prima facie* de la validez de un principio significa que la consecuencia que se deriva del mismo se aplicará como decisión en un determinado caso, a menos que se atribuya prioridad a otro principio contrario en el marco de una ponderación. Las reglas, en cambio, tienden a disfrutar de una validez definitiva como normas que regulan la decisión de un caso, cuando entran en colisión con una regla contraria, y es preciso introducir una excepción a alguna de ellas, o cuando colisionan con un principio contrario. Cuando esta última situación se presenta, la regla que ha perdido su validez definitiva y ha adquirido una validez *prima facie*, sólo será desplazada si el principio que colisiona con ella o el principio que apoya la regla contraria, tiene más peso en la ponderación que el principio que sustenta la regla *prima facie*, sumado a los principios formales que establecen el deber de cumplir al detalle las reglas impuestas por las autoridades legítimas" (Bernal, 2007, pág. 648).

de una norma legal, se adecúa proporcionalmente al contenido establecido en la norma fundamental, sea una regla fundamental o un principio fundamental. De ahí la pertinencia de esta aclaración.

No obstante, tal y como lo señala Bernal Pulido (2007):

Conviene aclarar que el reconocimiento de estatus de derecho fundamental a la libertad general de actuación no implica ni la sustracción de este ámbito a toda intervención posible por parte del Legislador, ni la pérdida de validez de la presunción de constitucionalidad de las leyes. Si una norma o una posición puede adscribirse a la libertad general de actuación, recibe sólo una validez *prima facie*, que puede ser derrotada por cualquier ley de intervención que ostente una justificación plausible y que supere las exigencias del principio de proporcionalidad. El carácter iusfundamental de la libertad general de actuación no proscribire las intervenciones legislativas en los ámbitos de libertad, sino tan sólo las intervenciones legislativas arbitrarias o desproporcionadas (pág. 659).

Es decir, en nuestro análisis, cualquier norma legal promulgada por el legislador al momento de aumentar la consecuencia punitiva para una conducta punible, como quiera que afecta de una manera más drástica el derecho fundamental a la libertad –una norma fundamental en el entendido de Alexy–, genera de entrada una razón normativa en contra de su constitucionalidad; pero, esta limitación a la norma fundamental concordaría con el contenido constitucional (que no es absoluto), siempre y cuando fuera una limitación proporcionada atendiendo al cumplimiento de los subprincipios del principio de proporcionalidad.

Lo que debe quedar claro es que en la Constitución Política de 1991 hay cláusulas restrictivas por el Constituyente; por ejemplo, la prohibición de penas perpetuas o la pena de muerte, en nuestro caso, en donde ninguna intervención del legislador podría moderar su validez; en tal sentido, cualquier disposición jurídica contraria, de entrada, sería inconstitucional.

### 2.5.1 Subprincipio de idoneidad

Este subprincipio exige analizar si la medida legislativa, como intervención de los derechos fundamentales, es la adecuada para contribuir al fin que con ella se persigue, un fin constitucionalmente legítimo (Bernal, 2007, pág. 694), (Lopera, 2008, pág. 275). Por ello se le ha conocido como el *subprincipio de adecuación*.

En este caso, la estructura argumentativa se relaciona con los fines que tiene el legislador para implementar una restricción a los derechos fundamentales, con las razones que lo motivan para considerar esta restricción. Es necesario aclarar que, a pesar de que el límite general de intervención legislativa se agota en la misma Constitución, lo cierto es que resulta imprescindible reconocer la libertad de configuración de fines que ostenta el legislador y solo serán ilegítimos aquellos que se encuentren en el marco de la prohibición definitiva. Bernal Pulido (2007) lo sintetiza de la siguiente manera:

Un fin solo puede ser catalogado como un fin ilegítimo, cuando está prohibido definitivamente por la Constitución. Cuando se presenta un caso dudoso acerca de la legitimidad del fin legislativo, porque existe una prohibición *prima facie* del fin, debe aplicarse la presunción de constitucionalidad de la ley. De este modo el fin legislativo de cuya legitimidad se duda, debe ser considerado como un fin *prima facie* legítimo y, correlativamente, la ponderación de los principios constitucionales que jueguen a favor y en contra de su legitimidad, debe desplazarse y diferirse hasta la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto. (...) “Cuando se presente este supuesto, en el principio de proporcionalidad en sentido estricto, deberá aplicarse la siguiente regla metodológica: cuantas más razones normativas –derivadas de principios– jueguen en contra de la legitimidad de un fin legislativo, más razones habrá para considerar que su favorecimiento por parte de la ley no justifica la intervención legislativa en el derecho fundamental (pág. 704 y 706).

Estos fines que el legislador le imprime a la medida que afecta el derecho fundamental pueden ser de carácter *mediato e inmediato*. Así pues, dentro del marco de libertad de configuración de los fines que ostenta el creador de la norma, el medio escogido en la intervención debe alcanzar estas finalidades, lo cual se descubre a través de la

interpretación de las circunstancias fácticas y jurídicas en cada caso concreto. Según Bernal Pulido (2007), este estudio de las finalidades debe ser el menos riguroso de todos, pues la medida de intervención es idónea si busca alcanzar cualquier finalidad establecida por el legislador, lo cual respeta la libertad de configuración antes descrita<sup>11</sup>.

Este examen de idoneidad se puede realizar en dos momentos: *ex ante* por el mismo Legislador, quien tendrá que evaluar, con la limitación propia entre medios, tiempo e información, si la medida carece por completo de idoneidad, es decir, si el medio empleado no contribuye en nada a la obtención de su fin; y *ex post* por los Tribunales Constitucionales, en donde la evaluación se realiza contando con los resultados de la implementación de la medida de intervención al derecho fundamental (Bernal, 2007, pág. 735).

En materia penal, el juicio de idoneidad de la norma de sanción debe responder a las finalidades propias impuestas por el Constituyente que, como se avizorara en acápites anteriores, no es otro que la protección de los bienes jurídicos. En tal virtud, una medida de intervención penal aumentando las restricciones al derecho fundamental a la libertad, responderá a las finalidades propias que se encuentran establecidas en el artículo 4° del Código Penal.

Como quiera que fines y funciones son confundidos en la actual regulación penal, la norma penal que aumente las penas deberá responder a las funciones para las cuales está asignada la pena en términos genéricos, sea de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, es decir, cualquier limitación al derecho fundamental encontrará respaldo en la consecución de cualquiera de

---

<sup>11</sup> Para Bernal Pulido: "... no es necesario constatar que la medida legislativa haya contribuido en la práctica para alcanzar su objetivo, como exigencia para declarar su idoneidad, sino que, para tal fin, es suficiente establecer que la medida tiene la virtualidad de facilitar la obtención de su fin... debe admitirse que un medio legislativo es idóneo, aun cuando solo haya dado lugar a una realización parcial del fin que persigue. La idoneidad no se traduce en la exigencia de obtener plenamente el objetivo propuesto, ni en la de asegurar que será conseguido. La realización parcial del fin legislativo basta como argumento a favor de la idoneidad de la medida adoptada por el Parlamento" (Bernal, 2007, pág. 729).

las funciones antes anunciadas, de ahí la peligrosidad al momento de abogar por una teoría en extremo ecléctica respecto a las funciones de la pena pues, de entrada, carece de un control que le indique al Legislador que su finalidad no se aviene con el ordenamiento jurídico.

Así, pues, cualquier modificación en la ley penal en Colombia encontrará una finalidad siempre y cuando no desarmonice con las prohibiciones estrictas de la Constitución: prohibición de la pena de muerte, pena de prisión perpetua, confiscación o destierro. Entonces, un aumento de penas en Colombia será idóneo, siempre que el Legislador intente consolidar la consecución de cualquier función de la pena, pues dentro del marco de su libertad de configuración legislativa, no parece existir un límite coherente en este aspecto.

No obstante, Gloria Patricia Lopera Mesa (2008) ha establecido que el juicio de idoneidad sobre la norma de sanción debe efectuarse de cara a la *eficacia preventiva* que despliega la norma jurídica, lo que beneficia, en gran medida, la prevención general de la pena, siempre que abogue por una prevención especial que beneficie la resocialización del individuo o lo que para nosotros se tomaría como su fin mediato (Lopera, 2008, pág. 277).

Nótese que para esta autora, dentro del análisis de idoneidad no se encuentra relación alguna con la función de retribución justa de la pena y se comparte la posición de permitir que el Legislador, en aras de la protección de bienes jurídicos, tenga como única finalidad la retribución para el aumento de penas, así sea por el restablecimiento del orden jurídico resquebrajado; entonces, caeríamos nuevamente en las tendencias medianamente superadas de las teorías de la retribución, que como se advirió, fueron una salida acertada en su momento, frente a gobiernos autoritarios, pero que no encuentran mayor respaldo en un Estado Social y Democrático de Derecho en donde se lucha cada día más por la humanización de las penas.

### **2.5.2 Subprincipio de Necesidad**

De conformidad con este subprincipio, es preciso analizar si la medida de intervención al derecho fundamental es la más benigna entre todas las que revisten similar idoneidad

para conseguir el fin propuesto (Bernal, 2007, pág. 740). Y esto se logra a través de la comparación de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales respecto a su aptitud para la consecución del fin. Así pues, este subprincipio se estructura con base en dos supuestos, la elección de los medios alternativos y la idoneidad en la intervención de la norma fundamental que ostenta validez *prima facie*.

Como primera medida, este subprincipio supone la existencia siquiera de un medio alternativo para realizar la comparación pues, en caso de que no exista, no tendría sentido estudiar la proporcionalidad de la medida de intervención pues ya sería la más adecuada para el cumplimiento de los fines mediatos e inmediatos desarrollados en el subprincipio de idoneidad. Es menester resaltar que este análisis se desarrolla a partir del contenido de la finalidad inmediata, en tanto que la mediata solo se logrará establecer *ex post* a su implementación, es decir, con los resultados de su aplicación, como se dejó visto.

La medida de intervención al derecho fundamental debe ser la más idónea para alcanzar, por lo pronto, la finalidad inmediata en comparación con otros medios alternativos que no alcanzan el mismo grado de idoneidad para conseguir el fin formulado. Bernal Pulido (2007) plantea un estudio de la intensidad desde diversas perspectivas:

(...) desde la perspectiva de la eficacia –que el medio alternativo sea tan o más eficaz que la medida legislativa para la obtención de su fin inmediato–; desde la perspectiva temporal –que el medio alternativo sea tan o más expeditivo que la medida legislativa–; desde la perspectiva de la realización del fin –que el medio alternativo contribuya a la realización de tantos o más aspectos relativos al fin, como aquellos que se originan por causa de la medida de legislativa–; y desde el punto de vista de la probabilidad –que el medio alternativo contribuya con tanta o mayor seguridad que la medida legislativa para la obtención de su fin inmediato– (pág. 745).

Como segunda medida, es necesario que, superado el análisis de la equivalencia en la idoneidad de la medida alternativa, ésta intervenga en menor intensidad el derecho fundamental, es decir, que sea más benigno que la medida de intervención para alcanzar el fin inmediato o lo que es igual, que afecte menos aspectos relativos al bien que la norma fundamental protege.

Sin embargo, este examen se construye a partir de juicios hipotéticos por intermedio de premisas empíricas, analíticas y normativas las cuales, según el estudio de Bernal Pulido (2007), no pueden ser en extremo rigurosas y, por el contrario, se debe beneficiar la constitucionalidad de la medida de intervención, siempre y cuando no se encuentre un medio alternativo que tenga equivalencia en su idoneidad, esto es, que alcance en igual intensidad la finalidad inmediata y que en todos sus aspectos sea menos restrictiva del ámbito de protección de la norma fundamental, ya que si la conclusión a la que se arriba sostiene que la medida alternativa puede llegar a ser solo en parte más benigna pero no, en su totalidad, la medida de intervención comparada resultaría ser necesaria.

Según Gloria Patricia Lopera Mesa (2008, pág. 280), el análisis del subprincipio de proporcionalidad en materia penal deviene del principio de subsidiariedad e incluye dos vertientes: de un lado, la externa, es decir, mediante mecanismos alternativos al derecho penal para la intervención del derecho fundamental, desde el punto de vista sancionatorio con medidas administrativas o policiales que podrían resultar idóneas y menos restrictivas frente al derecho fundamental a la libertad o no sancionatorio, frente a postulados político-criminales en materia de educación, vigilancia y control, y de otro, la interna, que son penas alternativas a la pena de prisión, y se adiciona a tal planteamiento que podrían considerarse también otros mecanismos en la misma norma penal en este punto y no solo como referente a una sanción alternativa (por ejemplo, con los beneficios contemplados en la ley).

Aunque se debe aceptar, como lo hacen los dos autores citados, que en cuanto al subprincipio de necesidad, la medida de intervención puede resultar limitada y menos rigurosa (más aún si esta medida se trata del aumento de penas para una conducta ya tipificada por el legislador), como quiera que siempre se beneficiará la obtención del fin de protección del bien jurídico (en su concepción de prevención general como fin inmediato) a partir del aumento en el monto de la sanción que existía y que no ha conseguido su fin inmediato una vez analizado el fenómeno delincencial.

Es decir, frente a un juicio hipotético en donde el Derecho penal ya sea la respuesta efectiva para el tratamiento del delito, difícilmente podrían existir mecanismos extrapenales que cuenten con la idoneidad necesaria para el cumplimiento de la prevención general, pese

a que su fin mediato pueda tener una respuesta mucho más efectiva y menos dañosa, como la educación y prevención del delito, con lo que solo faltaría estructurar un fundamento en cuanto a las intervenciones alternativas del derecho fundamental que en materia penal pueden ser efectivas o tener la capacidad para conseguir la función de prevención general.

Sobre este tema, Gloria Patricia Lopera Mesa (2008) enuncia que,

por lo que respecta a la comparación entre la pena prevista en la norma enjuiciada y la pena alternativa desde la perspectiva de su idoneidad, cabe señalar que esta última sólo estará en condiciones de sustituir a la sanción prevista por el legislador cuando su contenido aflictivo no resulte inferior al de los beneficios que se espera obtener del delito. Cuando ambas penas están por encima de este umbral, no cabe esperar necesariamente mayor idoneidad de la sanción más grave, como lo ponen de manifiesto los resultados de las investigaciones empíricas que acreditan la escasa o nula eficacia preventiva de los aumentos de pena (pág. 284)<sup>12</sup>.

Piénsese, por ejemplo, en aquellos casos en donde la ley impone restricciones a los beneficios para ciertos delitos, como la eliminación de subrogados penales o rebajas de pena por aceptación de los cargos que, si bien no se han implementado directamente como una respuesta al fenómeno delictivo<sup>13</sup>, en tanto las finalidades y los temas son bien disímiles a los que aquí se tendrían que proponer, resultarían idóneos con el ánimo de disuadir a la comunidad para que se apegue al ordenamiento jurídico. Éstos podrían ser mecanismos alternativos al interior del esquema penal para conseguir la función de

---

<sup>12</sup> Posición tomada de Jesús María Silva Sánchez (1992, pág. 244).

<sup>13</sup> Para citar solo dos ejemplos, a partir del contenido de la Ley 1098 de 2006 [Ley de Infancia y Adolescencia en donde la finalidad es la protección al menor de edad] eliminó la concesión de los subrogados penales y rebajas de penas para aquellas personas que cometan delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; o según la reforma del Código Penal con la Ley 1709 de 2014 [cuya finalidad era tratar el fenómeno de hacinamiento carcelario], aquellas personas que cometan delitos contra la administración pública, tampoco pueden ser beneficiados con subrogados penales como la suspensión condicional de la pena o la prisión domiciliaria.

prevención general y que podrían resultar menos restrictivos del derecho fundamental a la libertad, lo que dejaría incólume la pena de prisión previamente establecida.

### **2.5.3 Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto**

Una vez la medida de intervención de un derecho fundamental ha superado los dos estadios anteriores, esto es, que se pueda considerar idónea y necesaria, debe realizarse un análisis de su proporcionalidad a partir de la utilización de las técnicas de peso y contrapeso de valores, con el fin de determinar si la importancia de la intervención del derecho fundamental se justifica con la importancia de la consecución del fin perseguido a través de la medida de intervención.

De acuerdo con Bernal Pulido (2007, pág. 764), las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general; posición en la que se deben realizar las comparaciones de peso y contrapeso a partir del fin mediano de la intervención legislativa, para lo cual este autor plantea tres pasos: (i) determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención del derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención; (ii) comparar tales magnitudes a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental; y (iii) construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo con base en la comparación efectuada en el paso anterior (Bernal, 2007, pág. 765). Lo cual también ha sido planteado por la Corte Constitucional colombiana atendiendo a los criterios de la doctrina, tal como puede leerse en la Sentencia C-838 (2013)<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> En esta providencia se enunció: “la estructura argumentativa de la proporcionalidad en sentido estricto se compone de tres etapas, a saber: (i) determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, quiere ello decir, establecer la importancia de la medida de intervención legislativa en el derecho fundamental afectado, e indicar la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención

En cuanto a la importancia que se le asigna al derecho fundamental intervenido o al principio que sustenta la intervención legislativa, el autor plantea una serie de reglas argumentativas a partir de premisas empíricas (eficacia, rapidez, probabilidad, duración), analíticas y normativas, con el ánimo de asignarle mayor peso a uno u otro, con lo cual se apreciarán las cargas y se conseguirá una preferencia de cara a la prevalencia que es necesaria para determinar si la medida de intervención resulta o no ajustada a la Constitución.

En esta tarea, determina que, según el *peso abstracto*, cuanto mayor sea la importancia material de un principio constitucional dentro del sistema de la Constitución, mayor será su peso en la ponderación y, en consecuencia, frente al *peso concreto*, cuanto más intensa sea la intervención en el derecho fundamental, mayor será el peso del derecho en la ponderación; correlativamente, cuanto más intensa sea la realización del principio que fundamenta la intervención legislativa, mayor será su peso en la ponderación (Bernal, 2007, pág. 766).

Nótese entonces que, si bien estos criterios de la ponderación a partir de la intensidad – ya sea del derecho fundamental o de la medida de intervención que se fundamenta en un principio constitucional–, no pueden adscribirse como bases estáticas, como quiera que ellas dependerán de las circunstancias específicas de cada caso concreto que se somete a evaluación, lo cierto es que se asignará un mayor peso si ya se cuenta con una decisión anterior en el que se haya definido la importancia entre ambas, lo cual tendrá un carácter *prima facie* (Bernal, 2007, pág. 784).

---

legislativa; (ii) comparar dichas magnitudes, con el propósito de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la restricción legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental; y, (iii) elaborar una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, tomando como cimiento el resultado de la comparación antedicha con el fin de asignar prioridad a alguno de los extremos en el caso concreto” (C-838, 2013).

Al contar con los valores del peso, se continuará con la ponderación en sentido estricto o lo que se conoce como la *ley de la ponderación*<sup>15</sup>, a partir de la cual “cuanto mayor sea el grado de intervención en el derecho fundamental, tanto mayor (es decir, por lo menos equivalente) tiene que ser el grado de intensidad de la realización del principio constitucional que fundamenta la intervención legislativa” (Bernal, 2007, pág. 788). Esto también aplica a las cargas argumentativas a favor del derecho fundamental o del principio constitucional que fundamenta la medida de intervención, teniendo en consideración que siempre existirá una carga argumentativa a favor del derecho fundamental como consecuencia del principio *in dubio pro libertate*, pues es el Estado el que debe justificar y argumentar el porqué de la intervención en la libertad del individuo.

De cara al estudio del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto en materia penal, Lopera Mesa (2008) ha esbozado que:

Consiste en una ponderación en la que toman parte, por un lado, los principios iusfundamentales afectados por la definición de la conducta prohibida y de su correspondiente pena, y por otro, los principios que ordenan la protección de aquellos bienes jurídicos que respaldan la intervención legislativa. Se trata de establecer si el grado de afectación de los primeros se ve compensado por el grado de satisfacción de los segundos (pág. 287).

Esta autora, acogiendo la fórmula del juicio de ponderación de Alexy (2002), ha definido tres variables que se deben tener en cuenta en materia penal: (i) el grado de afectación o satisfacción que se deriva de la medida enjuiciada, esto es, la norma que impone la sanción penal o la aumenta; (ii) su peso abstracto o la importancia material de los derechos fundamentales afectados y de los bienes jurídicos protegidos, y (iii) la seguridad de las premisas empíricas que sustentan los argumentos a favor o en contra de la medida de intervención. De aquí resultan cuatro criterios que permiten analizar la intensidad con que la medida de intervención legislativa afecta al derecho fundamental, criterios que, si se

---

<sup>15</sup> Según Robert Alexy (1993): “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (pág. 161).

revisan desde el estudio realizado por Bernal Pulido (2007), atienden a las premisas empíricas con las cuales establece las reglas argumentativas que deben contemplarse en este subprincipio. Los cuatro criterios propuestos por Lopera Mesa (2008) son:

a) el *alcance* de la intervención, de modo tal que la intensidad de la afectación del derecho será mayor cuantos más sean los modos de ejercicio o las posiciones adscritas al mismo que se vean afectadas por la prohibición penal y por la pena; b) la *probabilidad* de que se produzca la intervención, mayor en el caso de las afectaciones que se desencadenan como consecuencia directa y necesaria de la medida legislativa y menor en el caso de aquellas que sólo constituyen afectaciones potenciales o amenazas al derecho fundamental; c) la *duración* de la intervención en el derecho fundamental, de modo tal que cuanto mayor sea la duración de la pena establecida en la norma enjuiciada, tanto mayor será la intensidad de la intervención en los derechos afectados con la misma; d) la *comparación con la sanción prevista para delitos de similar naturaleza* tanto en el propio ordenamiento como en el derecho comparado, de modo que la afectación de derechos se considerará especialmente intensa cuando la sanción prevista en la norma enjuiciada sea mayor que la establecida en otros ordenamientos para el mismo delito o en el derecho interno para hechos de similar o mayor gravedad (pág. 288).

El análisis de la intensidad con que la medida de intervención legislativa afecta el derecho fundamental encuentra a su vez dos criterios bajo los cuales se respalda el principio que sustenta la restricción: en términos de *lesividad de la conducta*, pues cuanto más lesivo sea el delito en la vulneración de bienes jurídicos, más contribuirá su prohibición a la protección de aquellos, lo cual encuentra grados dependiendo de si se trata de tipos de peligro abstracto o concreto, y en términos de *modalidad de imputación objetiva*, en donde la restricción para prevenir las conductas dolosas al bien jurídico representa un nivel de satisfacción mayor que aquellos en los delitos imprudentes (Lopera, 2008).

Pues bien, los estudios desarrollados por Bernal Pulido (2007) y Lopera Mesa (2008) coinciden en señalar que este estadio del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto debe ser analizado por el legislador al momento de establecer la viabilidad en la medida de intervención legislativa; sin embargo, para el primero no queda duda de que esta

herramienta en manos del legislador solo podría utilizarse cuando exista un desequilibrio patente, excesivo e irrazonable, y deja en manos de los Tribunales Constitucionales la tarea de escudriñar a fondo las vicisitudes propias del examen *ex post* de la medida de intervención legislativa, lo cual es aceptado también por Lopera Mesa.

Pese a lo anterior, ya Teresa Aguado Correa (1999) había criticado el poder de libertad de configuración legislativa en cabeza del Parlamento en España, al citar las providencias tenuous del Tribunal Constitucional cuando abordaba la problemática del principio de proporcionalidad en la Ley penal española, y consideraba que, si bien el legislador debe estar supeditado al valor de justicia del Estado de Derecho, de la interdicción de arbitrariedad y de la dignidad de la persona, lo cierto es que era necesario ofrecer unas directrices más precisas sobre proporcionalidad al legislador para que su implementación no cayera en el vacío en el momento preponderante de creación normativa (Aguado, 1999), aunque sin perder de vista la complejidad del tema, como quiera que no se pueden establecer criterios genéricos que impliquen el desconocimiento de otros valores fundamentales en ciertos casos<sup>16</sup>.

Teresa Aguado otorga una relevancia al contenido del principio de proporcionalidad que debe ser utilizado por el legislador y señala que éste no puede desconocer en ningún evento el grado de importancia de los bienes jurídicos y la gravedad de la ofensa; esto, de acuerdo con Gloria Patricia Lopera Mesa (2008) constituye la *lesividad de la conducta* y la *modalidad de imputación objetiva*.

Sin lugar a dudas, el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido penal responde, como se vio, a la determinación de los criterios de valoración en donde se estudia la intensidad en el fundamento de principio constitucional de la medida de intervención legislativa para la protección de bienes jurídicos, frente a la intensidad del derecho fundamental intervenido con ésta que, en nuestro país, responde al derecho fundamental a la libertad.

---

<sup>16</sup> Para ello, Aguado Correa cita a Mercedes García Arán (1982).

Ambos cuentan con un fundamento que nace de la Constitución, pues de un lado, la protección de bienes jurídicos se encuentra contemplada como uno de los fines esenciales del Estado colombiano y a su vez el Constituyente optó por establecer como uno de los derechos fundamentales, la libertad del individuo. En tal sentido, podría pensarse, como lo hace Bernal Pulido (2007, pág. 767), que las cargas argumentativas en el subprincipio de proporcionalidad se neutralizarían, lo cual siempre generaría para nuestro estudio, la constitucionalidad de la medida de intervención; sin embargo, no hay que olvidar que siempre el derecho fundamental a la libertad gozará de una carga argumentativa a su favor, en donde la medida de intervención legislativa (en nuestro caso objeto de estudio con el aumento de penas) deberá tratar de igualar al menos esa misma carga, pues no se puede olvidar que ya existe una restricción primigenia que se reputa *prima facie* proporcionada y por ende, la necesidad de mayores cargas argumentativas que alcancen a neutralizar nuevamente aquel peso adicional que se le asigna al derecho fundamental, que no puede ser subsanado simple y llanamente bajo un criterio simplista de política criminal y libertad de configuración legislativa.

Esto quiere decir que, en lo que a nuestro tema objeto de análisis respecta, cuando la medida de intervención utilizada por el legislador es el aumento de penas, el esquema de la ponderación varía, toda vez que ya se cuenta con una base específica diseñada previamente por el legislador para la protección del bien jurídico que vuelve a ser analizado en el costo-beneficio del cambio normativo, para lo cual consideramos que pese a esa libertad de configuración legislativa, el Parlamento debe emprender la tarea primigenia de responder por qué la medida de intervención plasmada desde un comienzo no resulta proporcionada con la protección que el bien jurídico merece (lo cual se realizará mediante el subprincipio de idoneidad y necesidad) y posteriormente establecer una comparación valorativa entre la consecuencia jurídica asignada a la protección de un bien jurídico con otro de mayor o menor entidad (a través del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto).

Como corolario de lo anterior, consideramos que la tarea en la aplicación del principio de proporcionalidad no debe dejarse librada al momento *ex post* por la Corte Constitucional cuando se trata de la medida de intervención legislativa que trae consigo un aumento de

penas para una misma conducta punible (sin restarle mérito alguno a este análisis), pues el mismo legislador mediante un juicio *ex ante* de dicha medida, tendrá la facultad tanto de evidenciar la desproporción excesiva, irrisoria o irrazonable, como la posibilidad y el deber de explicar la carga argumentativa que juega a favor del derecho fundamental intervenido o del principio fundamental que le sirve a la medida restrictiva a partir del impacto que generará de manera inmediata la protección del bien jurídico. Esto es, teniendo en consideración la escala valorativa o de gravedad que tendrá una conducta punible reprimida con una pena que resulte similar a otros delitos que protegen otros bienes jurídicos con mayor o menor entidad que el afectado con la medida de intervención, criterio adicional a los ya renombrados “libertad de configuración legislativa” o “Política Criminal Estatal” que usualmente son los que fundamentan las medidas de intervención que aumentan el monto de la consecuencia jurídica para un mismo hecho punible.

## 3 POLÍTICA CRIMINAL

### 3.1 Criterios generales

A lo largo del estudio doctrinario y jurisprudencial que ha tenido el Derecho penal respecto a las limitaciones propias del ejercicio del *ius puniendi*, es común encontrar que en este análisis se hace referencia a la “Política Criminal” en sentido genérico y se enmarcan las decisiones políticas del Estado (sin hacer referencia a ninguno en particular) para estudiar, afrontar y luchar contra el fenómeno delictivo.

Con base en este enunciado, podría considerarse que la Política Criminal es inmanente al derecho de castigar que ostenta el Estado, como forma de reprimir ciertas conductas que se consideran desviadas en la sociedad.

Pese a que puede haber una aproximación a su contenido, su definición dependerá tanto del contexto histórico y social, como de las características propias del Estado en donde se desarrolle (de ahí las dificultades para contar con una definición general). Santiago Mir Puig (2010) refiere que la “Política Criminal” consiste en aquel sector de la política que guarda relación con la forma de tratar la delincuencia, como el conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad, en donde cada ordenamiento jurídico–penal responde a una determinada orientación político–criminal, lo que la presenta más que una disciplina teórica como una orientación práctica (pág. 50), aunque también puede ser considerada una rama del saber o disciplina autónoma a la Dogmática Jurídico–

Penal y la Criminología, según lo cual el mismo Mir Puig aduce que las complementa. Sin lugar a dudas, ello puede ser advertido en múltiples trabajos de criminología en donde se hace alusión específica a la Política Criminal y se determina su contenido y alcance. Así es como lo plantean Louk Hulsman (1993)<sup>17</sup> y Francisco Salvador Scimé (1999), último para quien la política criminal hace parte integrante de los estudios de criminología:

Es este un capítulo de las ciencias criminológicas que reviste una muy particular importancia al constituir uno de aquéllos intereses temáticos de básica e imprescindible necesidad, por cuanto abarca todo lo que se refiere a la protección de la sociedad como afectada por los delitos, es decir los principios y procedimientos que sustentan la

---

<sup>17</sup> “Los debates sobre política criminal (y las actividades provocadas por decisiones de política criminal) pueden clasificarse en tres diferentes categorías:

1. Situaciones problemáticas tal como se supone o se afirma que existen en la sociedad. (...)
2. Problemas que se presupone o se afirma que son creados en la sociedad por el sistema penal. (...)
3. Problemas internos que afectan a las organizaciones "pertenecientes" al sistema penal (policía, justicia, servicio penitenciario, la probation, legislativo) y al personal que se desempeña en dichas organizaciones. (...)

La "política criminal" es a menudo entendida como "la política en relación al delito y a los delincuentes". La existencia "del delito y de los delincuentes" es generalmente considerada como un hecho social "dado", natural, no como un proceso de definición (selectiva), que debería ser la responsabilidad y el objeto de dicha política. Definir la "política criminal" en una forma así de limitada, sería un error fundamental en nuestro debate. Una de las condiciones necesarias para una discusión productiva sobre política criminal, es la problematización de las nociones de "delito y delincuente". El grado en el que los "eventos" y las "situaciones" deberían estar sujetos a criminalización, será una de las cuestiones principales en nuestro debate.

Por un lado, la "política criminal" es parte de la política social en sentido más amplio, pero, por otro lado, debe retener cierta autonomía en relación a este campo más abarcador. *Un enfoque útil en este sentido* -tomando en cuenta la necesidad de observar las tres categorías de problemas antes mencionados y su interrelación en el proceso de criminalización- *consiste en considerar a la "política criminal" como una "política en relación a los sistemas penales". (...)* (Hulsman, 1993, pág. 75).

“Prevención” como medio de convivencia a través de la legislación pertinente. Por eso se titula “Política Criminal”, designación que contiene una realidad insustituible por referirse al órgano padre y fundamento de todos los que se integran en él, como que es creador y sostén de ellos: El “Estado”.

El Estado, en su rol directriz de ordenamiento y convivencia social, dispone de los medios e instrumentos necesarios al efecto, sin cuya posibilidad no sería factible concretar sus fines dirigidos específicamente al bienestar común. Para ello ordena, previene y realiza cuanto resulte procedente, todo lo cual ejecuta a los efectos del cumplimiento de los mencionados fines. A partir de esos propósitos el Estado dicta leyes, decretos y reglamentos, entre los cuales se encuentran los Códigos y toda la legislación que limitan las acciones humanas, ajustándolas al principio de participación de la vida en sociedad, para evitar daños y perjuicios a terceros, que aún pueden revestir extrema gravedad.

Por ese camino, se inscribe la “Política Criminal” que se ocupa de orientar sistemáticamente la política destinada si no a erradicar definitivamente la “criminalidad”, lo cual sería ilusorio, al menos a atenuarla de manera que permita vivir sin inminentes peligros, sobresaltos ni alteración de la paz en las relaciones sociales, respetando en especial la vida hogareña... (pág. 179)

También pueden encontrarse autores como Giuseppe Maggiore (1954) que considera la política criminal como un valor filosófico que ocupa un lugar esencial en las disciplinas criminalísticas (pág. 103); o, dentro de la misma disciplina, quienes como Günther Kaiser (1983, pág. 60) dividen la política criminal en científica y práctica, al entender la primera como la exposición ordenada de las estrategias, tácticas y medios sociales para la consecución de un control óptimo del crimen y la segunda, como aquella actividad estatal que pretende el control del crimen mediante principios, métodos y medios del derecho criminal, y que es ejercida particularmente por juristas.

Incluso, ha llegado a considerarse que esta terminología no es la más adecuada y debería denominarse “Política Penal”, tal como lo plantea Eugenio Zaffaroni (1998)<sup>18</sup>:

---

<sup>18</sup> En cuanto a los dos enfoques se cita a Pietro Nuvolone. (Nuvolone, 1976, pág. 17).

Concepto de política penal. Pocas expresiones han dado lugar a mayores equívocos que la de “política criminal”. Por “política criminal” puede entenderse una escuela que aspiró a entender que la política criminal era la acción del Estado contra el crimen, conforme a los resultados de la investigación criminológica entendida como ciencia empírica. El planteamiento de esta corriente de marcado tinte positivista no era complicado: si sabemos cuáles son las acciones “socialmente dañosas” (antijuridicidad material) y la criminología nos indica los medios para atacarlas y prevenirlas, el derecho penal tiene por función instrumentar jurídicamente esa prevención, pero no solo formalmente sino también limitando y encausando la misma, con lo que cercena la acción combativa como una necesidad socialmente impuesta. De allí que Liszt –que fue el campeón de esta corriente– entendiera que el derecho penal y la política criminal se hallaban enfrentados, en tanto que la primera llevaba adelante el interés social por la prevención del delito, el segundo constituía la “Carta Magna” del delincuente frente a la sociedad.

En el mundo contemporáneo, suele hablarse de política criminal en dos sentidos diferentes: para unos la política criminal es una disciplina de “observación” que determina cuáles son los objetivos de los sistemas penales y en qué medida son alcanzados en la realidad, en tanto que otros la conciben como “el arte de legislar o aplicar la ley con el fin de obtener los mejores resultados en la lucha contra el delito. Por nuestra parte, entendemos que “política criminal” es la política referente al fenómeno delictivo y, como tal, no es más que un capítulo de la política general del Estado. En este sentido entendemos que no está ni puede estar en oposición al derecho penal, porque este mismo es materialización de aquella. La política penal no sería más que el aspecto más importante de la política criminal (págs. 149-150).

También se encuentran autores como Alessandro Baratta (2004), quien intenta realizar una diferenciación entre lo que se conoce como política criminal y política penal, y enuncia:

Se impone así la necesaria distinción programática entre *política penal* y *política criminal*, entendiéndose con la primera una respuesta a la cuestión criminal circunscrita en el ámbito del ejercicio de la función punitiva del Estado (ley penal y su aplicación, ejecución de la pena y de las medidas de seguridad), y entendiéndose en

sentido amplio la segunda como política de transformación social e institucional. Una política criminal alternativa es la que escoge decididamente esta segunda estrategia, extrayendo todas las consecuencias de la conciencia cada vez más clara en cuanto a los límites del instrumento penal. Entre todos los instrumentos de política criminal, el derecho penal es, en último análisis, el más inadecuado (pág. 100).

Hay varias versiones respecto al nacimiento de la Política Criminal, tanto así que no se ha esclarecido si esta terminología nació en la Alemania a finales del siglo XVIII o principios del siglo XIX, pues autores como Emilio Langle (1927) atribuyen su definición a Kleinshrod (Langle, 1927, pág. 27) mientras que otros a Feuerbach. Lo cierto es que las discusiones doctrinarias de años atrás identifican el problema de la Política Criminal en dos corrientes: las que abogan por el estudio exclusivo de las causas de la criminalidad, las formas como deben ser sancionados los delitos y los intereses que deben ser protegidos, sin que se incluyan los instrumentos para concretar dicha política –Heinz Zipf (1979)–, y otras en las que los medios jurídicos por medio de los cuales se implementan las decisiones políticas tienen una participación importante en su definición –Fernando Castellanos (1984) o Denis Szabo (1985)–.

No obstante, como apunte histórico, su análisis ha cobrado importancia a partir de la segunda posguerra y, como Roxin (2008) lo referencia, ha sido un tema que se ha discutido respecto a los aportes de Franz Von Liszt a partir de lo que se conoce como el “Proyecto Alternativo” que se suscitó en Alemania y que trajo consigo una nueva visión del Derecho Penal que fue plasmada en la legislación alemana en el año 1975<sup>19</sup>.

En cada autor se puede encontrar una visión y una definición diferente de la Política Criminal, sin embargo, consideramos que la reseña de esta terminología fue sintetizada por Hans Heinrich Jescheck (1981) al enunciar que la Política Criminal:

---

<sup>19</sup> Roxin (2008, pág. 238 ss). Capítulo: Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo. En cuanto a las particularidades del denominado Proyecto Alternativo alemán se puede decir que fue un análisis de un grupo de profesores en la Alemania de la segunda posguerra en donde trataron de dar un enfoque diferente a los fines y funciones del Derecho Penal, logrando con los años abrir el camino hacia un nuevo Código Penal alemán, lo cual fue resumido por Roxin en la cita antes enunciada.

Se ocupa de cómo configurar el Derecho Penal de forma más eficaz posible para que pueda cumplir su tarea de protección de la Sociedad. La Política Criminal se fija en las causas del delito, intenta comprobar la eficacia de las sanciones empleadas por el Derecho Penal, pondera los límites hasta donde puede el legislador extender el Derecho Penal para coartar lo menos posible el ámbito de libertad de los ciudadanos, discute cómo pueden configurarse correctamente los elementos de los tipos penales para corresponder a la realidad del delito y comprueba si el Derecho Penal material se halla configurado de tal forma que pueda ser verificado y realizado en el Proceso Penal (pág. 29).

Si el Derecho penal, como hemos visto, debe encontrar límites para que no signifique el uso arbitrario de la prerrogativa del Estado al ejercicio del *ius puniendi*, este autor plantea que la Política Criminal encuentra tres baremos:

*Principio de culpabilidad.* La pena criminal solo debe fundarse en el reproche que se le haga a una persona por los hechos cometidos, en el cual se protege al delincuente de toda extralimitación del Estado que ejerza una acción represiva, lo cual, según la jurisprudencia alemana, se ha constatado al establecer que en materia punitiva, “el fin preventivo no puede conducir a sobrepasar la pena justa”, lo que sintetiza en el principio *nulla poena sine culpa* (Jescheck, 1981, pág. 31).

*Principio de Estado de Derecho.* Se trata establecer el límite frente al abuso en la utilización del Derecho Penal al otorgar seguridad jurídica a los administradores de justicia y a los ciudadanos, para lo cual se exige una ley como base de la punibilidad que haga corresponder el Derecho Penal con el ideal del estado justo. En tal sentido, se deberá partir del respeto por la dignidad humana, lo que implica una limitación a la intervención necesaria del Derecho penal (prohibición de exceso), la proporcionalidad de los medios, y el principio de igualdad (Jescheck, 1981, pág. 35).

*Principio de Humanidad.* Impone que todas las relaciones humanas que el Derecho penal hace surgir en el más amplio sentido se regulen sobre la base de una vinculación recíproca, de una responsabilidad social hacia el delincuente, de una libre disposición a la

ayuda y asistencia sociales y de una decidida voluntad de recuperación del condenado (resocialización).

La discusión actual gira en torno a la utilización de la Política Criminal como la herramienta con la cual se define la dogmática penal aplicable en un contexto normativo determinado; esto ha sido la base conceptual utilizada por Roxin (2000) para elaborar la teoría del delito desde la perspectiva de la Política Criminal, la cual define como:

No solo la elección de las sanciones preventivo especiales (o incluso para otras concepciones fundamentales, preventivo generales) más eficaces para la prevención del delito, sino también el conjunto de los aspectos fundamentales que según nuestra Constitución y el Código penal deben presidir la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad así como las sanciones. De esta forma, también los elementos limitadores de nuestro Ordenamiento jurídico penal, como el principio *nullum crimen* o el de culpabilidad, son parte de la política criminal del Estado de Derecho (Roxin, 2000, pág. 57 ss).

En esta línea, al criticar las posturas contemporáneas del Derecho penal en donde se aboga tal vez por un giro inusitado al fin retributivo de la pena de prisión, Roxin (2008, pág. 292 ss) ha optado por un estudio de la dogmática penal vinculada más hacia la prevención especial y ha destinado grandes esfuerzos para consolidar como uno de los principales retos del sistema penal actual el de la resocialización del delincuente y la adhesión de la idea de reparación hacia la víctima como un elemento más que contribuye a esta finalidad. De ahí entonces que designe como el objeto principal de la Política Criminal “la cuestión de cómo debe tratarse a las personas que atentan contra las reglas básicas de la convivencia social y con ello lesionan o ponen en peligro al individuo o a la comunidad...” (2008, pág. 293).

A manera de colofón, sea cual sea la teoría que se analice, el estudio de los autores mencionados ofrece dos generalidades inseparables para abordar el término Política Criminal: de un lado, se ha consolidado como un instrumento mediante el cual se configura el Derecho Penal aplicable de manera que proteja a la comunidad y los bienes jurídicos tutelados por el legislador y de otro, es tomado como una herramienta que impone límites al

*ius puniendi* y en tal sentido aboga por una protección del delincuente frente al Estado represor.

Esta última visión de la Política Criminal la ha definido Fernández Carrasquilla (2007) como: (i) una protección jurídica de la persona frente a la posibilidad de que la pena criminal alcance a inocentes, dado que la justicia humana es falible, las pruebas penales imperfectas y el sistema penal funciona de manera selectiva y desigual; (ii) protección del delincuente para que la pena no lo afecte más allá de los límites de su propia culpabilidad por el hecho y por tanto de lo que justamente merece, vedando la responsabilidad objetiva y las penas excesivas; (iii) la tutela del penado para que no se afecten derechos distintos a los comprometidos con la pena misma y para que la ejecución de esta no lo utilice como instrumento, ni en forma alguna desconozca o destruya aspectos esenciales de su dignidad humana y de la autonomía de la consciencia moral (pág. 73).

### **3.2 Política Criminal en el Estado colombiano**

Como se había enunciado, el término de Política Criminal utilizado en el Derecho Penal depende del tipo de Estado en el cual se implemente, las categorías dogmáticas utilizadas para la definición de la conducta punible y su forma de control, el tipo de protección y las finalidades de la herramienta de represión utilizada.

En este orden de ideas, en el Estado colombiano, la definición de Política Criminal encuentra sustento en los parámetros establecidos en la Constitución Política, en donde se define que nuestra organización social se encuentra enmarcada dentro de lo que se conoce como Estado Social y Democrático de Derecho, fundada en el respeto a la dignidad humana (art. 1 (CP, 1991)).

A partir de las normas constitucionales, la pena de prisión encuentra una misión política de regulación activa de la vida social mediante la protección de bienes jurídicos y así ha sido definida por la Corte Constitucional en la Sentencia C-565 (1993), la cual establece, a partir del estudio del contenido normativo del Decreto-Ley 100 de 1980 (antiguo Código Penal), que el ejercicio del *ius puniendi* en un Estado social democrático no puede

desconocer la garantía del principio de legalidad (tomado del Estado de Derecho), ni renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe propender a la maximización de las garantías de los ciudadanos, y aclara que:

Un adecuado sistema de política criminal, debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad. Síguese de ello, que la Constitución conduce a un derecho penal llamado a desempeñar, dados unos presupuestos de garantía de los derechos del procesado y del sindicado, una función de prevención general, sin perjuicio de la función de prevención especial (C-565, 1993).

Pareciera que desde los primeros análisis de las normas jurídicas penales que tienen como base el fundamento constitucional de 1991, se adopta en Colombia un sistema de Política Criminal que protege a la comunidad y los bienes jurídicos tutelados, así como al delincuente, de los excesos que se puedan presentar en la implementación y regulación represiva de la norma, como respeto indemne de la dignidad humana que constituye la base del Estado Social y Democrático de Derecho.

Sin embargo, esta misma Colegiatura aceptó en la Sentencia C-646 (2001) que en el periodo comprendido desde 1992 hasta 2000, se lograron identificar 141 pronunciamientos en donde se refirió al término Política Criminal para identificar sus elementos, pero no se estableció una definición concreta en cuanto al alcance de su contenido, para lo que alude específicamente a la utilización del término por la Asamblea Nacional Constituyente en donde, a manera de recuento histórico se tiene que:

Las intervenciones de los delegatarios en la Asamblea Constituyente reflejan intuitivamente la concepción más amplia de política criminal. Esta no se limita a la respuesta jurídica del Estado ante el fenómeno criminal, pero no la excluye. Durante los debates en la Asamblea Constituyente se introdujo esta expresión, aun cuando no fue objeto de amplia discusión. En la sesión del 14 de mayo de 1991, el constituyente Carlos Daniel Abello Roca, de la Comisión Cuarta en la cual se discutía el tema de las funciones del Fiscalía General de la Nación (ANC, 1991, pág. 13), propuso que se incluyera dentro de éstas la de “concurrir en el diseño de la política criminal del Estado”. El proponente sostuvo que si bien era al gobierno a quien le correspondía la

definición de la política criminal del Estado, la Fiscalía debía participar en dicha tarea, en razón de las funciones que cumplía.

Según el delegatario, la política criminal abarcaba “la prevención de los delitos, (...) la tipificación de los delitos que corresponde al legislador, la cuantificación de las penas, de las sanciones, etc.” Para el proponente como “de todas maneras un gran organismo como la Fiscalía (...) va a estar o va a tener como competencia la dirección de las investigaciones y la potestad de acusar a los autores ante los jueces para su juzgamiento, debería en alguna forma intervenir conjuntamente con el poder ejecutivo y con las demás ramas del poder público en el diseño de una política criminal total.

El 15 de mayo, la Comisión Cuarta retomó el tema de las funciones del Fiscal General de la Nación y en el correspondiente debate la constituyente María Teresa Garcés señaló su desacuerdo con que se otorgara dicha facultad al Fiscal General de la Nación, pues a su juicio “si el Consejo Superior de la Judicatura va a tener la visión global de toda la justicia, ya se le dio esa atribución y tampoco se le puede dar a tantos funcionarios la iniciativa legislativa (...) no tiene mucho sentido que el Fiscal tenga esa iniciativa porque él debe actuar de conformidad con la ley.” Sin embargo, la mayoría de los miembros de la Comisión Cuarta argumentaron en favor de la iniciativa, ya que el Fiscal era “un funcionario especialísimo” que debía tener iniciativa en los asuntos de su competencia (Comisión 4a, 1991).

Durante los debates en Plenaria, el contenido de la propuesta no fue objeto de discusión y finalmente, el día 11 de junio de 1991, el texto fue adoptado como parte de las funciones especiales de la Fiscalía General de la Nación. (C-646, 2001).

En esta sentencia de 2001, la Corte Constitucional establece una definición de Política Criminal que no ha sido modificada hasta el día de hoy y que, por el contrario, encuentra su transcripción en todas las sentencias posteriores en las que se analiza el concepto y se determina su alcance frente a la constitucionalidad o no de una norma penal determinada. De manera que en Colombia, la Política Criminal se define como:

Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede

ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito.<sup>20</sup> También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica (C-646, 2001)

Este diseño de política pública se compone a su vez de ciertos procesos enunciados por la Corte Constitucional: (i) definición de sus elementos constitutivos y relaciones entre ellos; (ii) articulación inteligible de sus componentes, y (iii) programación de la forma, los medios, y el ritmo al que se desarrollará dicha política. Se ha señalado entonces, en esta providencia del 2001, que la política criminal puede ser plasmada en documentos políticos o bien en instrumentos jurídicos, que son los que interesan a la investigación y que pueden ser de diferente orden:

(a) las que definen los bienes jurídicos que se busca proteger por medio de las normas penales, a través de la tipificación de conductas delictivas (C-599, 1998), (b) las que

---

<sup>20</sup> Las autoridades académicas francesas en materia de política criminal le otorgan a la respuesta social frente al fenómeno criminal una dimensión especial. En efecto han desarrollado una tipología de políticas criminales a partir de la diferenciación entre respuesta estatal, de un lado, y respuesta social, de otro lado. La respuesta social se dirige a los comportamientos desviados, mientras que la respuesta estatal se dirige a las infracciones. Según esta concepción, cuando la respuesta estatal también se encamina a "normalizar" los comportamientos desviados la política criminal empieza a adquirir visos totalitarios o autoritarios (Delmas-Marty, 1983).

establecen los regímenes sancionatorios y los procedimientos necesarios para proteger tales bienes jurídicos<sup>21</sup>, (c) las que señalan criterios para aumentar la eficiencia de la administración de justicia (C-227, 1998), (d) las que consagran los mecanismos para la protección de las personas que intervienen en los procesos penales (C-344, 1995), (e) las que regulan la detención preventiva ( C-327, 1997), o (f) las que señalan los términos de prescripción de la acción penal (C-345, 1995). En idéntico sentido, ha reconocido esta Corporación que las normas del Código de Procedimiento Penal son un elemento constitutivo la política criminal en tanto instrumento para su materialización, puesto que regulan las formas y los pasos que deben seguir quienes ejecuten dicha política en la práctica (C-646, 2001)... (C-873, 2003).

Es innegable entonces que la norma penal constituye una de los instrumentos más poderosos en los que se plasma la Política Criminal de un Estado como el nuestro, en donde ha tenido grandes variaciones a lo largo de los años, tanto en su parte adjetiva como en la procedimental, y que encuentra como límite la misma Norma Fundamental donde están plasmadas ciertas prohibiciones en materia penal.

Por esta razón, en la Sentencia C-936 (2010), la Corte Constitucional no duda en mencionar la estrecha relación que existe entre la Política Criminal y la Constitución, lo cual parte sin lugar a dudas de la *constitucionalización del Derecho penal* que tuvo lugar desde el año 1991, sin que implique que todas las regulaciones en esta materia se encuentren en la Norma de Normas. Sin embargo, sí establece unos parámetros diáfanos a partir de los cuales se debe mover la decisión política frente al fenómeno delincencial<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Así, en la sentencia C-198 (1997) se afirmó: “La selección de los bienes jurídicos merecedores de protección, el señalamiento de las conductas capaces de afectarlos, la distinción entre delitos y contravenciones, así como las consecuentes diferencias de regímenes sancionatorios y de procedimientos obedecen a la política criminal del Estado en cuya concepción y diseño se reconoce al legislador, en lo no regulado directamente por el Constituyente, un margen de acción que se inscribe dentro de la llamada libertad de configuración.”. En idéntico sentido se pronunció la Corte en la sentencia C-093 (1993).

<sup>22</sup> Tal como se mencionó en la Sentencia C-646 (2001): “Sería inconstitucional la decisión política de imponer la pena de muerte (CP art. 11), la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes (CP art. 12), la esclavitud (CP art. 17), el destierro, la prisión perpetua o la confiscación (CP art. 34), como

Estos parámetros políticos, al momento de promulgarse la norma penal, no tienen incidencia alguna en ésta pues, como instrumento normativo, debe conseguir el fin teleológico para el cual fue concebida, lo cual no puede ser otro que aquellos regulados por el Constituyente en el artículo 2º de la constitución.

Con mayor tino, a partir de la Sentencia T-762 (2015), cuando la Corte Constitucional examina el problema de hacinamiento penitenciario, aborda el tema de la Política Criminal, ratifica la definición adoptada desde 2001 (C-646), complementa su contenido teórico y la vincula con las tres etapas de la criminalización: *criminalización primaria* que es la definición de un comportamiento delictivo en la fase legislativa; *criminalización secundaria* o la determinación de un individuo como responsable de un crimen ya establecido por la ley, que alude al problema de la judicialización o investigación criminal de los hechos punibles, y *criminalización terciaria* o la fase de ejecución penitenciaria, es decir, cuando la persona declarada responsable de un crimen cumple la sanción penal.

En este orden de ideas, la Política Criminal debe ser entendida como un sistema compuesto por diferentes etapas que se interrelacionan entre sí y que deben estar articuladas para dotar de coherencia lógica la respuesta al fenómeno delictivo.

Para finalizar este análisis de la Política Criminal en nuestro país, vale señalar que, como se refirió en la Sentencia C-646 (2001) antes enunciada, pese a la inclusión del término en el artículo 241 de la Constitución Política, no existía hasta entonces una definición unívoca y convencional, tanto así, que el Gobierno Nacional había creado diversas instancias para la discusión de la “Política Criminal del Estado” mediante diversos Decretos: Decreto número 2062 (1995, pág. 1); Decreto número 2223 (1995, pág. 3);

---

consecuencia de la comisión de un delito. Tampoco sería jurídicamente aceptable que el Estado, mediante la simple invocación de razones de defensa social, pretermita, obvie, suspenda o restrinja las garantías jurídico procesales hasta el extremo de desconocer el núcleo esencial de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 28 a 31 de la Carta.” Aparte tomado de la Sentencia C-504 (1993).

Decreto número 1892 (1997, pág. 1); Decreto número 3097 (1997, pág. 8); Decreto número 2348 (1998, pág. 2).

Posteriormente, se crea, a partir de la Resolución N° 0286 (2011), tal y como se enuncia en la Sentencia T-388 (2013), con el propósito de apoyar la formulación de la política criminal del país y realizar recomendaciones al Gobierno Nacional en torno a ella; su función esencial entonces, era elaborar una propuesta de lineamientos de política criminal, además de evaluar y estudiar la normativa existente en materia de política criminal, analizar las iniciativas académicas frente al tema, elaborar los documentos que desarrollaran la política criminal del país y consultar en las entidades estatales, la academia, asociaciones de abogados y demás organismos sobre las reformas que debían introducirse.

No obstante, a partir de la Ley 1709 (2014), el Congreso de la República al modificar el contenido del artículo 167 de la Ley 65 (1993), en donde se establecía el Consejo Nacional de Política Penitenciaria y Carcelaria, creó el Consejo Superior de Política Criminal<sup>23</sup> como

---

<sup>23</sup> Ley 1709 (2014) Artículo 167. Consejo Superior de Política Criminal. El Consejo Superior de Política Criminal es un organismo colegiado asesor del Gobierno Nacional en la implementación de la política criminal del Estado.

Corresponde al Consejo aprobar el Plan Nacional de Política Criminal que tendrá una vigencia de cuatro años y que deberá ser incorporado en un documento Conpes con el fin de garantizar su financiación.

Son miembros del Consejo Superior de Política Criminal:

1. El Ministro de Justicia y del Derecho quien lo presidirá.
2. El Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.
3. El Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.
4. El Fiscal General de la Nación.
5. El Ministro de Educación.
6. El Procurador General de la Nación.
7. El Defensor del Pueblo.
8. El Director General de la Policía Nacional.

un organismo asesor del Gobierno Nacional en la implementación de la Política Criminal del Estado, reglamentado por el Decreto 2055 (2014) que establece las funciones del Consejo en el artículo 3°:

#### Artículo 3. Funciones del Consejo Superior de Política Criminal

Son funciones del Consejo Superior de Política Criminal las siguientes:

Recomendar al Ministerio de Justicia y del Derecho la elaboración o contratación de estudios para establecer las causas y dinámicas de la criminalidad; el nivel de cumplimiento del principio de proporcionalidad de las penas; la eficacia de las penas impuestas por los jueces; el cumplimiento de los fines de la pena y los demás aspectos relacionados con la política criminal del Estado.

---

9. El Director General de la Agencia Nacional de Inteligencia Colombiana (ANIC).

10. El Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).

11. El Director General de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec).

12. El Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

13. El Director General del Departamento Nacional de Planeación.

14. Dos (2) Senadores y cuatro (4) Representantes a la Cámara pertenecientes a las Comisiones Primera y Segunda, es decir, un Senador (1) y dos (2) Representantes de cada Comisión respectivamente, elegidos por esas células legislativas.

La Secretaría Técnica del Consejo la ejerce la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Además del diseño del Plan Nacional de Política Criminal, el Consejo deberá presentar concepto previo no vinculante sobre todos los proyectos de ley y de acto legislativo que en materia penal cursan en el Congreso de la República. El Consejo se dará su propio reglamento.

Dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente ley, el Ministerio de Justicia y del Derecho reglamentará el funcionamiento del Consejo, así como todos los asuntos relacionados con las instancias técnicas y demás que se requieran para su normal funcionamiento.

PARÁGRAFO. Lo asistencia al Consejo Superior de Política Criminal es de carácter obligatorio e indelegable.

1. Asesorar, con base en los estudios realizados, a las autoridades encargadas de formular la Política Criminal del Estado.
2. Recopilar y evaluar anualmente las estadísticas en materia de criminalidad y asuntos relacionados.
3. Recomendar, con fundamento en estudios científicos, las bases y criterios de la política criminal, a mediano y largo plazo.
4. Revisar anualmente el estado del Sistema Penitenciario y Carcelario y las condiciones que este ofrece para la resocialización de los condenados, con el objeto de recomendar las modificaciones que sean necesarias para alcanzar el fin de la reinserción social.
5. Emitir concepto previo, no vinculante, sobre todos los proyectos de ley y de acto legislativo, que se encuentran en etapa de diseño, y antes de su trámite en el Congreso de la República, que incidan en la política criminal y en el funcionamiento del Sistema de Justicia Penal.
6. Preparar proyectos de ley para adecuar la normatividad a la política criminal y penitenciaria del Estado y presentarlos al Ministerio de Justicia y del Derecho, para que este estime la procedencia de su radicación.
7. Presentar recomendaciones sobre la estructura de la justicia penal, con el objeto de adecuarla para lograr una mayor eficiencia en la lucha contra la criminalidad.
8. Dar lineamientos para la coordinación con las demás instituciones del Estado en la elaboración y adopción de políticas públicas con el objeto de unificar la acción de las entidades del Estado en la lucha contra el crimen y para lograr el cabal cumplimiento de los fines de la pena.
9. Realizar y promover intercambio de información, diagnósticos y análisis con las demás entidades del Estado, las organizaciones no gubernamentales, las universidades y otros centros de estudio del país o del exterior, dedicados al análisis y estudio de la política criminal y penitenciaria.
10. Emitir concepto, con destino a la Fiscalía General de la Nación, sobre los lineamientos generales de la política criminal que deben ser tenidos en cuenta al momento de aplicar el principio de oportunidad previsto en el Código de Procedimiento Penal.

11. Proponer, en coordinación con la Defensoría del Pueblo, programas de capacitación, divulgación y promoción de los Derechos Humanos en los centros de reclusión, tanto para las personas privadas de la libertad como para sus familias y el personal de custodia y vigilancia y administrativo.
12. Expedir el Reglamento del Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal.
13. Diseñar y aprobar el Plan Nacional de Política Criminal.
14. Darse su propio reglamento.
15. Parágrafo. En desarrollo de estas funciones el Ministerio de Justicia y del Derecho coordinará las acciones necesarias para que los conceptos y labores del Consejo Superior de Política Criminal sean conocidos por el Congreso de la República y las demás entidades y autoridades que tengan competencia en la materia (Decreto 2055, 2014) .

Esta es pues una aproximación genérica de lo que se conoce como Política Criminal en el ordenamiento jurídico colombiano, en donde, se itera, la norma penal es la herramienta principal utilizada por el Ejecutivo y Legislativo para enfrentar el fenómeno delictivo, instrumento a partir del cual se reglamenta todo el Derecho penal vigente y que constituye la base de estudio en la presente investigación.

Por ello, se hace necesario finiquitar este análisis con el capítulo que denominaremos *libertad de configuración legislativa*, en donde se realizará una aproximación de las facultades con las que cuenta el legislador para reglamentar el Derecho penal a partir de la Ley y los límites constitucionales a los que se debe sujetar.

## 4 LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA

### 4.1 Criterios generales

Hasta ahora, el análisis del aumento de penas a partir de la modificación del contenido normativo en Colombia, como herramienta del *ius puniendi* estatal y siguiendo una línea de Política Criminal plenamente definida, ha estado enmarcado por los límites que impone en el Estado Social y Democrático de Derecho la Constitución Política. En los dos capítulos anteriores, se plasmaron los límites que encuentra la aplicación del Derecho penal en el ordenamiento jurídico.

Ahora es momento de abordar el contrapeso que encuentran estas limitantes dentro de lo que se ha denominado en nuestro país, *libertad de configuración legislativa*. Es decir, pese a las restricciones que encuentra el Derecho penal dentro de un Estado constitucional como el nuestro, con fundamento en la división de poderes y las facultades otorgadas por la Norma Fundamental al Legislador, estos límites encuentran un punto de exigencia morigerado por la competencia que posee el órgano encargado de expedir las leyes e implementar en el ordenamiento jurídico la Política Criminal de protección de bienes jurídicos a partir de la norma penal y las funciones que trae consigo la pena de prisión.

En el apartado 1.4 (*Aproximación a la determinación del principio de proporcionalidad*), se logró establecer que una característica del estatus jurídico del principio de proporcionalidad se presentaba como *límite a los límites de los derechos fundamentales*. Se esclareció la necesidad de la restricción estatal a la libertad (a partir de la norma penal), en lo estrictamente necesario para conseguir la finalidad que lo justifica. Es este límite a los derechos fundamentales el punto en que se centra el estudio de este capítulo.

Si el punto de partida no puede ser otro que una norma fundamental (como dijera Alexy, 2002) y el estudio de la aplicación del principio de proporcionalidad en el aumento de penas debe comenzar desde el contenido del derecho fundamental a la libertad, es menester recordar que esta prerrogativa adquiere una validez *prima facie*, en tanto puede ser limitada (al no ser un derecho fundamental absoluto) por la intervención legislativa, que en nuestro análisis será la norma penal y que en todo caso, gozará también de una presunción de constitucionalidad *prima facie* por ser la expresión del legislador como representación popular.

Desde el punto de vista constitucional, el respaldo teórico que adquiere la intervención legislativa nace del mismo concepto de Estado Social y Democrático de Derecho, dentro del cual, según Bernal Pulido (2007, pág. 498), el Parlamento es quien ostenta la facultad de escoger tanto el contenido de protección como la herramienta utilizada para alcanzar dicha finalidad; en nuestro criterio, según se expuso en el segundo capítulo, estos se logra a partir de la definición de la Política Criminal.

Nótese entonces que en el estudio del profesor Bernal Pulido, el Parlamento es aquel órgano encargado de solucionar las colisiones que se presentan entre las disposiciones constitucionales como consecuencia de su indeterminación, refiriendo que:

(...) la competencia de configuración legislativa aparece como uno de los ejes del funcionamiento del Estado Constitucional Democrático, en virtud del cual, el órgano encargado de la dirección política del Estado, en donde se hacen presentes las diversas opiniones de los ciudadanos, se erige –por encima de la Jurisdicción y de la

Administración— como la sede natural primera en donde se concretan los derechos fundamentales y los demás enunciados constitucionales (Bernal, 2007, pág. 499).

## 4.2 Visión de la Corte Constitucional de Colombia

El contenido de la competencia legislativa en nuestro país se encuentra bastante próximo a la corriente teórica acabada de relacionar, lo cual se puede confirmar a partir del análisis de la jurisprudencia constitucional, a través de la cual el Máximo Órgano de esta Jurisdicción ha definido el contenido y alcance de la intervención legislativa del Congreso de la República.

Se ha establecido que la naturaleza de la libertad de configuración legislativa nace de la cláusula general de competencia según la cual, corresponde al Órgano Legislativo hacer las leyes, lo que a su vez comporta la posibilidad de interpretarlas, *modificarlas* y derogarlas, según los términos de los artículos 114 y 150 constitucionales (C-226, 2002)<sup>24</sup>. La materia penal no es la excepción, toda vez que desde el principio democrático contenido en el artículo 1° (CP, 1991), así como el de soberanía popular plasmado en el artículo 3° (CP, 1991), que se ejerce de manera indirecta por intermedio de los representantes (Legislador), el órgano legislativo cuenta con amplias facultades como mayoría política para orientar el ordenamiento jurídico dentro del marco de la Política Criminal que se adopte:

La finalidad de esta representación popular en la elaboración de las leyes penales deriva no sólo del respeto de la separación de poderes, y de los controles que ésta supone para la protección de la libertad individual, sino que también debe permitir un

---

<sup>24</sup> Artículo 114: Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer el control político sobre el gobierno y la administración (CP, 1991).

Artículo 150: Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

1. Interpretar, reformar y derogar las leyes.
2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones... (CP, 1991).

proceso público de debate y aprendizaje en la concepción y ejecución de las políticas criminales, es decir una elaboración más democrática de la ley penal. Esta discusión pública debe permitir que la respuesta penal no sea un recurso contingente que el poder político utiliza a discreción, sin debate, para hacer frente a las dificultades del momento. La respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve. Esto sólo es posible si la definición de las políticas criminales se hace a través de una amplia discusión democrática, y no mediante una inflación de normas penales promulgadas apresuradamente. Como vemos, el respeto riguroso del principio de legalidad opera no sólo como un mecanismo de protección de las libertades fundamentales, sino que también obliga a la discusión colectiva y democrática de las políticas criminales a fin de evitar la intervención penal inútil y perjudicial. El principio de legalidad es expresión no sólo del Estado de derecho, sino también de las exigencias del Estado democrático, pues gracias a su riguroso respeto pueden llegar a estar representados los intereses de todos los miembros de la comunidad en la elaboración de la política criminal (C-599, 1998).

Con base en este fundamento, plasmado en el mismo Texto constitucional, se sustentan las diferentes opciones que tiene el Congreso de Colombia para enfrentar el fenómeno delictivo, siendo utilizada con mayor frecuencia la norma penal o la reglamentación del Derecho penal.

No obstante, este límite al derecho fundamental que se implementa por intermedio de la intervención legislativa o la norma penal, si bien puede ser considerado *prima facie* constitucional por devenir de la representación democrática del pueblo en quien reside la soberanía, lo cierto es que también encuentra un límite a partir de la misma Constitución Política, en tanto no podrá contrariar su propio sistema de valores, principios y derechos fundamentales. A esto es a lo que la Corte Constitucional ha denominado *límites explícitos e implícitos* (Véanse (C- 468, 2009); (C-488, 2009)).

Los primeros, *explícitos*, son los que están consagrados de manera explícita en el Texto constitucional; por ejemplo, la prohibición de la pena de muerte (artículo 11), la

prohibición de la tortura o sometimiento a tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12), la proscripción del destierro y confiscación (artículo 34), la prohibición de penas y medidas de seguridad imprescriptibles (artículo 28) entre otros, derechos que adquieren una validez definitiva y no solo *prima facie*, es decir, que no pueden ser intervenidos mediante la legislación.

Los segundos, *implícitos*, están relacionados con la observancia de los valores, principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Es decir, el Legislador debe propender por la realización de los fines sociales del Estado en materia penal, asignados a través de la Política Criminal, dentro de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad. Este límite aborda el contenido del derecho fundamental desde su concepción *prima facie* (no absoluto)<sup>25</sup>.

A lo largo de diversas providencias de la Corte Constitucional se pueden verificar ciertos límites, como el principio de legalidad o culpabilidad, la proporcionalidad o el bloque de constitucionalidad<sup>26</sup>, pero fue en la Sentencia C-334 (2013) donde se efectuó un compendio general de los límites de configuración legislativa conforme al contenido de la

---

<sup>25</sup> En la Sentencia C-468 (2009) se expresó: “3.6. Esta Corporación ha sostenido, en forma enfática, que en el Estado Social de Derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de privilegio en el orden jurídico, los valores, principios y derechos fundamentales se constituyen en límites sustantivos del poder punitivo del Estado -produciendo el efecto de racionalizar el ejercicio de tal potestad-, por lo que “[s]ólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento” (C-070, 1996).

3.7. Siendo la penalización la forma más lesiva de control social, por el alto grado de afectación a la libertad personal y otras garantías, en caso de que el legislador advierta que la adopción de una medida de ese tipo no contribuye al perfeccionamiento de una política dirigida al logro de los fines perseguidos, debe prescindir de ella, pues, de lo contrario, la misma se tornaría ilegítima, forzando la intervención del juez constitucional para disponer su retiro del ordenamiento jurídico...”

<sup>26</sup> Sentencias de la Corte Constitucional: (C-173, 2001); (C-226, 2002); (C-317, 2002); (C-238, 2005); (C-822, 2005); (C-988, 2006); (C-636, 2009); (C-575, 2009).

Constitución respecto a la libertad de configuración legislativa del Órgano legislativo y, para ello, definió los siguientes seis límites:

1. *Principio de necesidad de la intervención penal relacionado a su vez con el carácter subsidiario, fragmentario y de última ratio del Derecho Penal.* En el apartado 1.1 (*Criterios Generales del Principio de Proporcionalidad*), se estudiaron las dos perspectivas en las que el principio de proporcionalidad se utiliza en Derecho Penal y, a partir de la naturaleza fragmentaria de esta materia, se concluyó que la norma penal solo puede ser utilizada en aquellos casos en donde no exista otra vía jurídica de protección de bienes jurídicos menos lesiva de los derechos fundamentales.

Con base en el criterio de mínima intervención, el ejercicio de la facultad sancionatoria debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado. Por esta razón, el Estado no se encuentra en la obligación de sancionar penalmente todas las conductas que considere antisociales y no puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos. Es decir, la pena como ejercicio del *ius puniendi* en su máxima drasticidad por afectar el derecho fundamental a la libertad, debe ser considerada el recurso extremo (C-636, 2009).

2. *Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.* El Derecho penal se establece exclusivamente para la protección de bienes jurídicos<sup>27</sup>. En el apartado 1.2 (*Bien jurídico*), se realizó una aproximación al concepto de bien jurídico y se determinó que este concepto encuentra el fundamento de su protección en la misma Constitución Política, por lo cual en sede dogmática de antijuridicidad según los lineamientos del Código Penal, debe existir una lesión o puesta en peligro efectivo del bien jurídico tutelado para que la conducta típica sea punible, la cual viene a ser definida por la Política Criminal que se implemente.

3. *Principio de legalidad.* A partir de la reserva legal conferida al Legislador por la soberanía popular y el principio democrático, la definición de los comportamientos

---

<sup>27</sup> Este límite a la libertad de configuración legislativa puede ser analizado en *La teoría del bien jurídico*, de Roland Hefendehl (2007, pág. 197).

contrarios a derecho se establece en disposiciones generales y abstractas después de una disertación amplia, lo que garantiza prohibiciones a castigos particulares. Este principio se compone a su vez por el principio de taxatividad y la prohibición de la aplicación de normas penales retroactivamente (salvo que favorezcan al procesado). Este límite a la libertad de configuración legislativa, impone la obligatoriedad al Legislador de definir explícitamente qué conducta vulnera el bien jurídico y es merecedora de la sanción penal debidamente identificada (C-925, 2005).

4. *Principio de culpabilidad.* Derivado del artículo 29 constitucional en donde se consagra el derecho fundamental al debido proceso, comporta tres consecuencias como límites al Derecho penal (C-239, 1997): (i) sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social y no por lo que es ni por lo que desea, piensa o siente, lo que se ha denominado Derecho penal de acto, no de autor; (ii) no hay acción sin voluntad, es decir, exige la configuración del elemento subjetivo del delito en donde ningún comportamiento humano es valorado como acción, sino que es el fruto de una decisión, por tanto no es castigado si no es intencional, esto es, cometido con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer (verificable en sede de tipicidad subjetiva); (iii) como criterio básico para la imposición de la pena, el principio de culpabilidad establece que debe imponerse mayor o menor sanción (pena) atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad; la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad.

5. *Principios de razonabilidad y proporcionalidad.* Este es uno de los límites que se ha desarrollado a través de todo el estudio de investigación. A partir del contenido de la *prohibición de exceso*, el derecho que ostenta el Estado para castigar encuentra un límite a partir de los principios de razonabilidad y proporcionalidad que guían la misma Constitución, dentro del cual se deben ponderar las finalidades adoptadas mediante la Política Criminal, *verbi gratia* la prevención general y especial, frente a la intervención de los derechos fundamentales de los ciudadanos a la libertad y el debido proceso.

6. *Bloque de constitucionalidad y demás normas constitucionales.* (C-468, 2009). Además de los límites explícitos e implícitos de la Carta Política, la actividad del Legislador se encuentra condicionada a una serie de normas y principios que, pese a no

estar consagrados en la Constitución, representan parámetros de constitucionalidad obligatoria por estar integrados a la misma en virtud de los artículos 93, 94 y 44, que les otorga fuerza jurídica; son considerados como límite axiológico (C-205, 2003) al ejercicio del *ius puniendi*, conforme al cual, la definición de los tipos penales y los procedimientos penales debe respetar en un todo el ordenamiento superior respecto a los derechos y la dignidad de las personas.

Nótese entonces que, de conformidad con la constitucionalización del Derecho penal desde 1991, para la Corte Constitucional, la libertad de configuración legislativa no opera de manera absoluta, sino que encuentra restricciones a partir de la misma Norma Constitucional con el fin de evitar los excesos punitivos, es decir, tal y como es relacionado en la Sentencia C-939 (2002): “el ejercicio del poder punitivo exige que no se puedan tipificar conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones”.

Así se logra develar entonces que *el principio de proporcionalidad* es uno de los límites del establecimiento de las sanciones penales, y que, junto con el principio de culpabilidad, delimitan la prohibición de exceso en el marco de la definición de la consecuencia punitiva para las conductas punibles tipificadas, atendiendo a una valoración objetiva (C-1404, 2000) como la mayor o menor gravedad del delito, la mayor o menor repercusión que la lesión al bien jurídico tenga en el interés general, llegando a establecer que “solo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas” (C-070, 1996).

Esta visión jurisprudencial de los límites también encuentra sustento en la doctrina. Bernal Pulido (2007), en el estudio ya mencionado, cita a Manuel Medina Guerrero quien expone:

Los derechos fundamentales en su conjunto no imponen un sistema cerrado de límites al ejercicio del poder legislativo. Tales derechos no deben ser concebidos como un catálogo detallado de mandatos o prohibiciones, destinados a regular la acción política

del Parlamento. Por el contrario, el Legislador dispone de una amplia libertad para configurar o concretar los derechos, para intervenir en su órbita, de acuerdo con los dictados de la conveniencia política. Sin embargo, como quiera que el ejercicio de esta libertad puede implicar la limitación o la restricción de los derechos fundamentales, la actividad legislativa debe estar a su vez enmarcada dentro de unos límites. Este segundo grupo de límites conforma, entonces, la categoría conceptual de los límites de los límites a los derechos fundamentales, cuyo objeto no es otro que impedir que esa competencia legislativa de configuración de la Constitución ‘termine por convertirse en el caballo de Troya de los derechos fundamentales’ (Medina, 1997, pág. 115).

Luego, podría pensarse que, como consecuencia de estos planteamientos, el Legislador en el marco de su potestad de libertad de configuración legislativa, encontraría verdaderas restricciones de acción en los derechos fundamentales y el contenido de la Norma Constitucional al momento de analizar y debatir el tipo de sanción que debe aplicar a una conducta reprimida penalmente. Sin embargo, pese a estas limitaciones, resulta altamente paradigmático que la doctrina admita que el estudio del principio de proporcionalidad se debe posponer al estadio del control constitucional realizado por el Tribunal Constitucional y refuerce así el contenido de la libertad de configuración legislativa librada a la discrecional del Órgano Legislativo.

Bernal Pulido (2007)<sup>28</sup> y Lopera Mesa (2006), coinciden en afirmar que el análisis del principio de proporcionalidad y cada uno de los subprincipios que lo conforman, deben ser

---

<sup>28</sup> “La función del principio de proporcionalidad, en cuanto instrumento metodológico, consiste en fundamentar la determinación de los contenidos normativos o contenidos vinculantes que se derivan de los enunciados iusfundamentales. Por esta razón, si bien este principio se diferencia ontológica y conceptualmente de las disposiciones que enuncian tales derechos, no se puede entender ni aplicar como una entidad autónoma. El principio de proporcionalidad no tiene la capacidad de operar sin una disposición iusfundamental que le sirva de base. En consecuencia, no parece plausible sostener que este principio impone al Legislador un límite adicional a aquel que dimana de las propias cláusulas de los derechos fundamentales. Más bien, la proporcionalidad debe ser considerada como un instrumento metodológico para concretar los límites que las propias disposiciones iusfundamentales imponen a la acción legislativa, cuando dichos límites aparecen de modo indeterminado, es decir, cuando con base en la literalidad de la disposición relevante en el caso no es posible deducir una norma adscrita bajo la cual

estudiados como una herramienta metodológica una vez se encuentre completa la función legislativa, pues esta (la intervención del derecho fundamental) como representación popular dentro del Estado Democrático de Derecho, adquiere una validez *prima facie*, y por tanto, resulta inconveniente que sea el Legislador el que ahonde en estos tópicos, pues se deslegitimaría su función constitucional de creación y modificación de las leyes.

En esta etapa de control posterior, la Corte Constitucional ha definido que únicamente en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad, le corresponde al Juez Constitucional declarar la inexecutable de las disposiciones normativas dictadas por el Legislador en estas materias (C-1116, 2003), lo cual refuerza aún más el concepto de la libertad de configuración legislativa del Congreso y limita, en nuestro sentir, la aplicación del principio de proporcionalidad por el Órgano Legislativo.

Es decir, con base en la finalidad establecida por el Legislador para implementar el cambio normativo (intervención en el derecho fundamental), lo cual adquiere a través de una decisión política (Política Criminal) que no es objeto de control de constitucionalidad, esta rama del poder público cuenta con amplias y generosas facultades para expedir, modificar y/o derogar la norma penal; aquí resulta el argumento más conveniente para “respetar” la independencia entre las funciones de los diferentes Órganos del Estado sin que sea procedente aplicar el principio de proporcionalidad en dicha actividad, más que para contrarrestar exabruptos jurídicos que atenten contra las limitaciones explícitas ya descritas.

Es tan poderosa la validez *prima facie* que ostenta la libertad de configuración legislativa para la Corte Constitucional, que ha señalado la imposibilidad de establecer una vulneración al principio de proporcionalidad e igualdad a partir de la comparación de tipos penales que protegen bienes jurídicos diferentes y que contienen elementos jurídicos igualmente diferentes, tal y como se logra leer en la Sentencia C-1116 (2003).

---

se pueda subsumir la regla jurídica que constituye el fallo. De este modo, antes que el límite del límite, el principio de proporcionalidad se constituye como un instrumento metodológico por cuya virtud se determina el contenido normativo que emana del poder limitado” (Bernal, 2007, págs. 531-532).

En esta providencia, se ratifica la competencia del Legislador sobre la determinación del *quantum* de las penas de conformidad con la valoración de las conductas en el marco de la Política Criminal; de ahí que, por ejemplo, no pueda alegarse una vulneración al principio de igualdad pues le corresponde al Legislador otorgarle el mismo trato jurídico a aquellas situaciones fácticas que pueden ser comparadas. Pero, este no es el caso de los diferentes tipos penales que responden a criterios y necesidades diferentes, se trata de un trato diferenciado acorde con los lineamientos de la Norma Constitucional.

Esta falta de comparación y el uso excesivo que se le ha otorgado a la libertad de configuración legislativa en materia penal, como herramienta de *primera ratio* para contrarrestar el fenómeno delictivo, ha generado una inflación normativa e incluso incoherencias jurídicas en el cuerpo normativo que llegan a resquebrajar el sistema de valores, la seguridad jurídica y el orden justo por el cual propende la Constitución Política.

### **4.3 Populismo punitivo**

Antes de revisar los casos en los que, según nuestro criterio, la falta de aplicación del principio de proporcionalidad por el Legislador ha desestabilizado el sistema de valores dentro de la protección de bienes jurídicos en el Código Penal colombiano y antes de plasmar las conclusiones de este trabajo, es necesario aludir precisamente a una de las problemáticas que actualmente se ciernen en nuestro ordenamiento jurídico penal, se trata de lo que se ha denominado *populismo punitivo*.

Ciertamente esta temática no constituye la base central de nuestra investigación, pues para tal menester sería necesaria una discusión sociológica profunda. Pero ello no impide hacer referencia a este concepto, teniendo en cuenta que la pretensión principal de este estudio es develar la aplicación del principio de proporcionalidad al momento en que el Legislador aumenta la consecuencia jurídica para un delito que ya tenía contemplada una pena restrictiva de la libertad, cuya aplicación reluce negativa cuando se trata de implementar como un sofisma de distracción para repeler la idea de inseguridad que se vive continuamente en la sociedad.

Basta con examinar el Informe Final de la Comisión Asesora de Política Criminal (2012) en el que, tras realizarse un estudio de los problemas político–criminales detectados en el sistema penitenciario colombiano, se concluye, a partir de datos precisos, algo que parecía obvio desde hacía muchos años, que muchas de las decisiones de política criminal han sido esencialmente reactivas y sin fundamentos empíricos sólidos, y han respondido únicamente a fenómenos de opinión pública o a los deseos de los gobiernos de mostrar que se está haciendo algo frente a la criminalidad o frente a hechos graves de crueldad o violencia pero, muy raramente, estas decisiones se han basado en estudios que muestran la utilidad de recurrir al aumento de penas o a la criminalización de cierto comportamiento (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, pág. 27).

Como consecuencia de la implementación de una Política Criminal que no encuentra un punto de focalización a partir de datos serios y empíricos, se ha utilizado de manera excesiva la pena de prisión para controlar las presiones sociales y mediáticas que apuntan por la represión penal como la forma idónea de contrarrestar la delincuencia, es decir, desde su finalidad exclusivamente retribucionista, y se ha olvidado por completo su función de prevención general y especial.

Solo a partir de la Sentencia T–762 (2015), la Máxima Colegiatura Constitucional retoma las conclusiones a las que había arribado la Comisión Asesora de Política Criminal en 2012, y señala el problema del endurecimiento punitivo en nuestro país como una de las causas del Estado de Cosas Inconstitucional que se vivía en las cárceles del país (problemática penitenciaria). Para esto, utiliza como ejemplo las modificaciones que había tenido la Ley 599 (2000):

En efecto, a partir del estudio realizado, la Comisión encontró que desde el año 2000 hasta el 2011<sup>29</sup>, las principales modificaciones a la legislación penal existente: (i)

---

<sup>29</sup> “La Comisión estudió las reformas que se han hecho al Código Penal de 2000 (Ley 599 de 2000), que se suponía que había sido un esfuerzo reciente de sistematización y actualización de los tipos penales y de las penas, para asegurar coherencia y proporcionalidad de la legislación penal, por lo que razonablemente podía esperarse que no fuera reformado rápidamente. Sin embargo, la Comisión constató que desde su promulgación hasta el primer semestre de 2011 fueron expedidas treinta y seis (36) leyes para

crearon 47 nuevos tipos penales<sup>30</sup>; (ii) aumentaron las penas de 80 delitos existentes<sup>31</sup>; e (iii) incrementaron el número de personas privadas de la libertad en las cárceles, no sólo en términos netos, sino también en proporción a la población colombiana, pues

---

modificarlo, esto es, un promedio de 3,3 leyes anuales. La mayoría de estas leyes (20 iniciativas que equivalen al 57% del total) han provenido del propio Congreso, seguidas de las que ha impulsado el ejecutivo (11 iniciativas que equivalen al 31% del total), el gobierno en asocio con la Fiscalía (2 que equivalen al 6% del total), el gobierno junto con los congresistas (1, que equivale al 3% del total) y la Fiscalía de manera autónoma (1, que corresponde al 3% del total). // Las 36 modificaciones que se han hecho a la legislación penal tienen que ver principalmente con la tipificación de nuevas conductas (creación de delitos), el aumento de penas para delitos ya creados, la modificación de causales de agravación punitiva, la variación de las consecuencias punitivas para determinada clase de delitos, la modificación de beneficios por aceptación de cargos y la modificación de los términos de prescripción de la acción penal. En un grado mucho menor, se registran las disminuciones de pena y, en lo que respecta a la inclusión de causales de atenuación punitiva, no se registró ninguna durante el periodo de estudio” (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, pág. 30).

<sup>30</sup> “Fueron creados cuarenta y siete (47) nuevos delitos, dos de los cuales ni siquiera quedaron en el Código Penal (la manipulación de equipos terminales móviles y la explotación de menores de edad, creados por la Ley 1453 de 2011). De acuerdo con el bien jurídico objeto de protección, la mayor cantidad de conductas punibles creadas lo fueron dentro del título de los delitos contra el orden económico social (10), seguido del título de los delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia (6), la administración pública (5), y la libertad, integridad y formación sexuales (5)” (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, pág. 31)

<sup>31</sup> “En cuanto a aumentos de pena, durante el período analizado se incrementaron las sanciones para 80 delitos; sin embargo, como algunos de esos delitos han sufrido dos modificaciones orientadas al incremento punitivo, el total de veces que se han elevado las penas es de 87; sin contar con el incremento introducido por la ley 890 de 2004 que aumentó las penas para todos los delitos del Código. Y si se hace una revisión histórica de las penas máximas consagradas en nuestra legislación penal, se observará que en el Código Penal de 1936 era de 24 años de presidio, en el Código Penal de 1980 se aumentó a 30 años de prisión<sup>49</sup> y en el Código Penal de 2000 se elevó hasta 40 años. En vigencia de esta última codificación, la Ley 890 de 2004 llevó el máximo de pena aplicable hasta los 60 años de prisión, tiempo que se aproxima a la expectativa de vida en Colombia, que es de 74 años. Y pese a la existencia de ese límite, como ya se explicó, la Ley 1453, más conocida como ley de seguridad ciudadana, prevé para ciertos delitos una pena de hasta 90 años” (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, pág. 31).

*“el número de personas privadas de la libertad se triplicó entre 1992 y 2010, pues pasó de unos 27.000 a más de 81.000, mientras que la tasa por cien mil habitantes se incrementó también considerablemente, multiplicándose por aproximadamente 2.5, pues pasó de 79,9 a 178,2”<sup>32</sup>(...) (T-762, 2015)*

Así fue como la prisión llegó a convertirse en el eje de la Política Criminal como derivación de la extendida percepción de inseguridad que ha sido también responsable de que se la politice, y ha abierto la puerta al aprovechamiento político del miedo al crimen y al uso del populismo punitivo como estrategia para originar consenso acerca de las medidas de justicia expresiva adoptadas, así como para capitalizar electoralmente la ansiedad de la población (De-la-Torre & Álvarez, 2011).

Entonces, en este pronunciamiento se han aceptado las conclusiones que la doctrina había tenido oportunidad de estudiar durante décadas, bajo el contexto que proporcionó la Comisión Asesora de Política Criminal, en donde está plenamente decantado que la utilización de la ley penal, para apaciguar problemas coyunturales y no estructurales dentro del Ordenamiento Jurídico Penal colombiano, no puede ser la respuesta al clamor popular de seguridad y de justicia.

La Máxima Colegiatura en lo Constitucional realizó un fuerte llamado de atención al Gobierno Nacional y al Congreso de la República, con el ánimo de implementar una Política Criminal que no tenga como eje central a la cárcel como solución de los problemas que aquejan a la sociedad, tanto por las dificultades ocasionadas por el hacinamiento, que se han reflejado en el Estado de Cosas Inconstitucional en el Sistema Penitenciario, como porque se ha aceptado (al fin) que el denominado *populismo punitivo* no representa la salida lógica y coherente que debe ser implementada por las instituciones estatales para consolidar la estrategia definitiva contra la delincuencia, herramienta que, por lo demás, ha sido completamente infructuosa, por estar sometida eminentemente a funciones retribucionistas.

En tal sentido, esa *libertad de configuración legislativa* debe respetar criterios empíricos que permitan robustecer de fundamentos la intervención legislativa en el derecho

---

<sup>32</sup> (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, pág. 33)

fundamental o, lo que es igual, la exposición de motivos en los debates que se implementan para expedir las leyes en nuestro país y está en la imperiosa obligación de describir con datos serios y empíricos, por qué resulta necesaria la creación, modificación o eliminación de una norma penal; entonces, la Máxima Colegiatura en lo Constitucional advierte que si la política responde a criterios que puedan denominarse de simple *populismo punitivo*, tendrá que ser revaluada y examinada en tanto que no respetará los límites impuestos por la Constitución al Derecho penal, entre ellos, el principio de proporcionalidad, lo que resquebrajaría de entrada el juicio del subprincipio de idoneidad, pues este concepto (*populismo punitivo*), en ningún caso, constituirá una finalidad legítima dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Ejemplos de lo anterior fueron traídos a cuento en la sentencia referida, a partir del estudio de la Comisión Asesora de Política Criminal, tales como el proyecto de ley 206 (Senado, 2010) mediante el cual se pretendía imponer la cadena perpetua para quienes cometieran ciertos delitos contra niños y niñas, caso en el que se advierte que no había sustento empírico alguno que demostrara cómo perpetuar las penas ni si impactaría positivamente la reducción de la criminalidad en contra de los menores de edad, es decir, no se lograba comprobar su efectividad<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> “Un ejemplo dramático (pero que dista de ser excepcional) de este carácter reactivo y sin sustento empírico sólido de las decisiones de política criminal fue la iniciativa de someter a referendo la instauración de la cadena perpetua para ciertos crímenes contra los niños y niñas (Proyecto de Ley 206 de 2010). La Comisión estudió ampliamente este proyecto, por solicitud del Gobierno y del Consejo de Política Criminal, y encontró que ni la Exposición de Motivos (que se encuentra en la *Gaceta del Congreso* No. 1001 de 2010), ni la Ponencia para primer debate (que reproduce en lo sustancial la Exposición de Motivos y se encuentra consignada en la *Gaceta del Congreso* No. 1099 de 2010) contenían argumentos sólidos que explicaran por qué la medida propuesta permitiría una mejor protección de la vida y la integridad física, sexual y síquica de los menores, o reduciría la impunidad de esos crímenes. Así, un examen de esos textos (la Exposición de Motivos y la Ponencia) muestra que ambos tienen una estructura semejante: luego de señalar el trámite de la recolección de firmas para la iniciativa y transcribir el comunicado de la Corte Constitucional relativo a la sentencia C-397 de 2010, que declaró la inexecutable de una iniciativa previa muy semejante, los dos documentos proceden a describir la

Otro caso es el de la pretendida penalización de los conductores en estado de embriaguez (Vargas & Castillo, 2014), estudio en el que se concluyó que el tratamiento de esta problemática se ha centrado en un endurecimiento punitivo, a través de los proyectos de ley 270 de 2007, 009 y 50 de 2008 o 110 de 2010, al crear nuevos delitos o contravenciones penales, o al hacer más severas las condiciones procesales y penitenciarias (Proyecto de ley 206 de 2010 Senado, 2010), sin que estas propuestas cuenten con un hilo conductor político–criminal, lo que sugiere que su formulación no responde a un plan de acción en el marco de las políticas públicas, por lo que incluso se llega a definir que tales iniciativas:

(...) obedecen, más bien, a un populismo punitivo, alimentado por una actitud oportunista del legislador sobre los réditos electorales de, por una parte, atender el

---

magnitud de la violencia contra los menores en Colombia presentando, además, algunos casos particulares de indudable dramatismo incluso acompañados de fotos. Luego, señalan que muchos de esos crímenes están impunes y que los derechos de los menores son prevalentes en el ordenamiento constitucional. A continuación, ambos textos hacen un ejercicio de derecho comparado, a cuyo efecto transcriben regulaciones de otras naciones, para señalar que en los países seleccionados se admite la cadena perpetua para ciertos crímenes contra menores.

Y, al final, advierten las posibles secuelas de estos graves atentados punibles cuando recaen sobre los menores.

Como se puede ver, a pesar de lo extenso de la Ponencia o de la Exposición de Motivos, no se expone realmente ningún argumento serio de política criminal sobre la conveniencia de la medida. Lo único que se puede encontrar son algunas referencias, muy generales y poco desarrolladas, sobre los posibles efectos que tendría la cadena perpetua en términos de prevención general tanto positiva (en términos del mensaje que la sociedad le estaría enviando a todos los asociados sobre el valor que atribuye a la protección de los menores) como negativa (el posible efecto disuasivo de la imposición de la cadena perpetua). Pero no hay ningún desarrollo del tema sobre la verdadera eficacia que tendría la medida en cuestión o las posibles inconsistencias normativas derivadas de prever la cadena perpetua automática para ciertos delitos, lo cual muestra que se quería tomar una decisión tan grave, como era introducir la cadena perpetua en la Constitución, sin siquiera un mínimo sustento empírico de la necesidad o conveniencia de la reforma, o una mínima evaluación de sus posibles efectos indeseados” (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, pág. 27).

reclamo de mayor seguridad realizado por una opinión pública desinformada, y por otra, alinearse, al menos en teoría, con las víctimas, cuyas exigencias de justicia demandan, no tanto una respuesta política coherente, cuanto la satisfacción de un cierto instinto de venganza (Larrauri, 2006).

A manera de colofón, se reitera que no se desconoce que en el Estado Social y Democrático de Derecho la libertad de configuración legislativa cuenta con una validez *prima facie* por medio de la cual se constata la independencia entre las tres ramas del poder público, en especial la Legislativa, que es la encargada de materializar los lineamientos de Política Criminal por intermedio de las leyes. Sin embargo, está plenamente comprobado que al momento en que esta facultad no responde ni se centra a partir de los límites establecidos por la misma Constitución –que fueron resumidos en el apartado 3.2 (*Teorías relativas*) –, desemboca en compendios normativos desarticulados y de intereses particulares que no encuentran respaldo empírico alguno, lo que se constata con el fenómeno de populismo punitivo. Allí es donde revive la importancia de implementar el principio de proporcionalidad, no solamente por la Corte Constitucional cuando la actividad legislativa ha culminado, sino además, como punto de referencia del Órgano Legislativo a través del cual se logre identificar aquellas propuestas irrazonables que no respondan al hilo de Política Criminal en concordancia con los fines y las funciones de la pena de prisión previamente contenidos en los principios de la Ley Penal, vista desde su expresión de intervención del derecho fundamental a la libertad como *ultima ratio*.

## 5 ANÁLISIS DE CASOS

A partir del contenido teórico descrito, es menester precisar que el Sistema Jurídico Penal colombiano encuentra sustento constitucional a partir del año 1991 y permea todas las normas contenidas actualmente en la Ley 599 (2000) y Ley 906 (2004). Es decir que la hermenéutica que debe realizarse del articulado del Código Penal y Código de Procedimiento Penal siempre debe tener como faro el contenido de los derechos fundamentales plasmados en la Constitución Política (CP, 1991).

Este marco jurídico responde (sin lugar a dudas) a un “*sistema de valores*” determinado por el Legislador a través de la protección de ciertos *bienes jurídicos* por intermedio de la facultad de *libertad de configuración legislativa* conferida por la Norma de Normas, para lo cual se utiliza la pena de prisión con el ánimo de atender a las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado (art. 4° Código Penal (Ley 599, 2000)).

La proporcionalidad es uno de los principios de las sanciones penales (art. 3° Código Penal), con ello, puede delimitarse que la escala punitiva implementada por el Legislador debe responder a la importancia que el sistema de valores le asigne a los bienes jurídicos tutelados.

Para entender lo anterior, basta con establecer un ejemplo simple: El derecho fundamental a la vida es inviolable, tal como se concluye del artículo 11 de la Constitución Política (CP, 1991). Además de constituirse como un derecho fundamental, el legislador lo

implementó en las normas penales como un bien jurídico digno de la máxima protección, es decir, quien atente contra éste se verá sometido a una pena de prisión que, de conformidad con el artículo 103 del Código Penal, será de 208 hasta 450 meses. A su turno, la integridad física, pese a no atender a un criterio constitucional específico en el catálogo de derechos fundamentales, encuentra amparo constitucional por la misma protección del individuo y, en materia penal, quien cometa conductas que se tipifiquen en el delito de lesiones personales también se verá sometido a una represión punitiva, pero incluso la más grave de todas, sin tener en cuenta la modificación contenida con la Ley 1773 (2016), no sobrepasa los 180 meses de prisión.

Nótese entonces que la consecuencia punitiva permitirá concluir que para el Estado resulta más gravoso matar a una persona que lesionarla, es decir, dentro de la escala de valores definida explícitamente por el Legislador, el derecho a la vida tiene más valía que el derecho al respeto por la integridad personal, lo cual parece obvio. Respecto a la escala de valores asignada por el legislador a partir de la consecuencia punitiva, Ferrajoli (1995) plantea:

Consideradas desde el punto de vista histórico y sociológico, estas opciones sirven para conformar una especie de *escala* de penas, y por consiguiente de los bienes penalmente protegidos por un determinado ordenamiento. “La tarifa de las penalidades es la medida del valor de los bienes sociales” escribió Rudolf Jhering, de suerte que el sistema de penas señala la escala de valores históricamente determinada de una sociedad dada, además de su grado de autoritarismo, tolerancia, humanidad. Aunque sea imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible, por tanto, afirmar, conforme al principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo. De ello se sigue que si desde el punto de vista externo dos delitos no son considerados de la misma gravedad o uno se estima menos grave que el otro, es contrario al principio de proporcionalidad que sean castigados con la misma pena o, peor aún, el primero con una pena más elevada que la prevista para el segundo. En

todos los casos el principio de proporcionalidad equivale al principio de igualdad en materia penal (pág. 41).

El autor retoma la idea de Rudolf Jhering (1921) quien en su época manifestó:

La tarifa de las penalidades es la medida del valor de los bienes sociales. La pena, en derecho criminal, equivale al precio en las relaciones mercantiles. Colocando de un lado los bienes sociales, del otro las penas, se posee la escala de los valores de la sociedad, y procediendo de esta suerte para los diferentes pueblos sus diversos periodos, se descubre el derecho criminal, por lo que hace a los bienes sociales catalogados según las penas, presenta fluctuaciones análogas a las que las relaciones, en materia económica, hacen sufrir al precio de las cosas. La vida, el honor, la religión, la moralidad, la disciplina militar, etc., no han sido siempre y en todas las partes tasados lo mismo; descuidamos hoy ciertas condiciones de vida que en otro tiempo tenían un valor muy elevado, y la apreciación de la sociedad varía sobre la mayor o menor necesidad de las que reconoce (págs. 42-43).

El doctrinante Andrew Von Hirsch (1998), autor de la teoría del “justo merecimiento”, retoma en sus estudios la idea de la proporcionalidad de la Ley penal, según la cual, la severidad de las sanciones debe estar determinada de acuerdo con la gravedad del delito.

Las personas condenadas por delitos de gravedad semejante deberían recibir castigos de severidad también semejante. Las personas condenadas por delitos de distinta gravedad deberían recibir castigos correspondientes graduados de acuerdo con su severidad. Estas exigencias de la proporcionalidad no son meros límites y resultan infringidas cada vez que personas culpables de delitos semejantes reciben penas diferentes en razón de motivos ulteriores. (...) Ya que castigar a uno de forma más severa que a otro expresa un mayor grado de desaprobación, esto solo es posible si el delito es en efecto más grave (pág. 45 ss).

Incluso retomando la idea del mismo Beccaria, en la actualidad, autores colombianos extraen sus apuntes frente al tema; Sánchez Herrera (2011) explica el proceso de humanización del sistema de sanciones, así:

d) Deben ser proporcionadas a los delitos. Beccaria reclamaba que el baremo determinante en la graduación de la pena fuese el daño público producido con la

conducta delictiva, para que de esta manera se llegara a castigar de diversa forma los delitos: a mayor daño, más pena; entre menos daño, menor sanción. A partir de este postulado la conciencia ciudadana tendría presente que la comisión de los delitos más graves le traería, también, consecuencias más graves. “Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente a la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja (págs. 43-44).

Esta temática ha sido abordada por la Corte Constitucional desde dos puntos de vista distantes que ya fueron referenciados. De un lado, ha aceptado que el principio de proporcionalidad es uno de los límites al momento de establecer las sanciones penales y que, junto con el principio de culpabilidad, delimitan la prohibición de exceso en el marco de la definición de la consecuencia punitiva para las conductas punibles tipificadas; así atiende a una “valoración objetiva como la mayor o menor gravedad del delito, la mayor o menor repercusión que la lesión al bien jurídico tenga en el interés general” (C-1404, 2000), y establece que “solo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es, acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas” (C-070, 1996).

No obstante, también ha referido que la libertad de configuración legislativa tiene un amplio margen de maniobra al señalar la imposibilidad de establecer una vulneración al principio de proporcionalidad e igualdad a partir de la comparación de tipos penales que protegen bienes jurídicos diferentes y que contienen elementos jurídicos igualmente diferentes, tal y como se logra leer en la Sentencia C-1116 (2003), en donde se ratifica la competencia del Legislador para determinar el *quantum* de las penas de conformidad con la valoración que se realice de las diferentes conductas en el marco de la Política Criminal; de ahí que no pueda alegarse una vulneración al principio de igualdad, por ejemplo, pues le corresponde al Legislador otorgarle el mismo trato jurídico a aquellas situaciones fácticas que pueden ser comparadas, lo cual no es el caso de los diferentes tipos penales que responden a criterios y necesidades diferentes, esto es, un trato diferenciado acorde con los lineamientos de la Norma Constitucional.

Entonces, la Máxima Colegiatura Constitucional acepta que existe un criterio de valoración al momento de definir la consecuencia punitiva para una conducta contraria al ordenamiento jurídico y deberá responder a una escala de valores que dependa de la importancia del bien jurídico tutelado y la forma de comisión del hecho delictivo pero, a renglón seguido, debe otorgarle una validez *prima facie* al contenido de la figura de la *libertad de configuración legislativa*, que sale al paso al determinar que los delitos que protegen bienes jurídicos o entidades jurídicas disímiles no podrán ser puestos en comparación por responder a criterios y necesidades diferentes.

Esto es precisamente lo que se pretende debatir con el presente análisis, pues se ha visto que la respuesta legislativa de cara al control social que ejerce el Estado no resulta coherente con una escala de valores que permita determinar la punibilidad de una conducta reprimida penalmente.

Si bien la Corte Constitucional ha limitado el análisis del principio de proporcionalidad e igualdad cuando se someten a valoración dos bienes jurídicos similares, pareciera que dejara de lado situaciones legales aparentemente obvias y, por tanto, no consultan este principio rector a la hora de establecer las sanciones penales.

En el ejemplo anterior, al momento de estudiar los bienes jurídicos de la vida y la integridad personal, fácilmente se puede determinar que el primero cuenta con una protección más reforzada que aquellas conductas que apenas repercuten contra la segunda. No obstante, los cambios normativos pueden reflejar algo contrario. A partir del contenido de la Ley 1773 (2016) se adicionó el artículo 116A al Código Penal, mediante el cual se reprimen las lesiones personales ocasionadas con agentes químicos, álcalis, sustancias similares o corrosivas que generen destrucción al entrar en contacto con el tejido humano, imponiendo una pena de prisión que oscila de 150 a 240 meses de prisión y, si la lesión afecta el rostro, la pena será de 251 a 360 meses de prisión.

Luego, si el delito de homicidio simple parte de un mínimo de pena de 208 meses de prisión mientras que el delito de lesiones personales con agentes químicos parte de un mínimo de pena de 251 meses, según la escala de valores que podría generarse a partir de la protección de los bienes jurídicos, se tendrá que concluir indefectiblemente que para el

Legislador resultará de mayor valía la integridad física (rostro) de una persona que su vida, pues el sujeto activo tendrá una consecuencia punitiva menor si culmina con la vida del sujeto pasivo del delito contrario a lo que sucedería si lo dejara con vida pero con un daño en el rostro ocasionado con un agente químico o corrosivo.

No le restamos importancia a la gravedad del delito de lesiones personales contenido en el artículo 116A del Código Penal, pues el daño generado, las consecuencias físicas y psicológicas para el sujeto pasivo de la conducta punible son en extremo gravosas. Lo que se critica en este caso es que, al parecer, tras una reglamentación normativa apresurada por parte del Legislador, olvidó que el bien jurídico protegido a la vida, como derecho fundamental y derecho humano debería responder a un criterio coherente de represión penal, siendo éste el más grave atentado contra la persona, porque se trunca la oportunidad de materializar los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, pero que ha caído en una escala de valores similar a un atentado contra la integridad física.

Si el Código Penal debe estar en consonancia con la Constitución Política de 1991, donde el Estado, en primer lugar, consagra su respuesta frente al atentado contra la vida de una persona, como máximo bien jurídico protegido por excelencia, los demás bienes jurídicos deberán contar con una protección que no permita llegar a una pena superior que la establecida para reprimir el homicidio, so pena de vulnerar el principio de proporcionalidad y, por lo tanto, sujeto a una corrección legislativa por no responder a los parámetros de la Constitución de 1991.

Este comportamiento legislativo de aumento de penas sin tener en cuenta la escala de valores por medio de la protección de bienes jurídicos ha generado, incluso, que la base sancionatoria jurídico-penal haya quedado completamente desarticulada con el primigenio contexto que ofrecía la Ley 599 (2000), en la que, en términos generales, las conductas punibles tenían un trato diferenciado dependiendo de la importancia del delito.

Como un ejemplo de ello, tomemos el delito de *Acceso carnal abusivo* con menor de 14 años (artículo 208 del Código Penal): esta conducta atenta contra el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales; en la Ley 599 (2000), originalmente contaba con una pena de prisión de 4 a 8 años, delincuencia que encuentra fundamento en la necesidad

de protección especial que merecen los menores de edad, según el artículo 44 constitucional, que en su último inciso recuerda que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (CP, 1991).

Con base en esta premisa de la Norma de Normas y el amparo que por bloque de constitucionalidad merecen niños, niñas y adolescentes, así como los demás instrumentos nacionales que permiten hacer efectiva esta protección reforzada a los menores de edad, en el año 2000 contábamos con que las sanciones penales de otras conductas punibles oscilaban en unos límites mínimos inferiores, *verbi gratia*, el delito de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones* (art. 365 (Ley 599, 2000)) que protege el bien jurídico de la seguridad pública, contaba con una pena de prisión de 1 a 4 años y de 2 a 8 años si se cometía, por ejemplo, utilizando medios motorizados.

Con el paso de los años, el Congreso de la República modificó los límites punitivos de estas conductas punibles y, según las necesidades de Política Criminal que regían en diferentes momentos de la reciente historia, se adoptó un marco generalizado de aumento de penas que se tradujo en sanciones mucho más drásticas, lo cual se muestra el siguiente cuadro:

Delito	Ley que modifica su sanción	Ley 599 de 2000	Ley 890 de 2004	Ley 1142 de 2007	Ley 1236 de 2008	Ley 1453 de 2011
Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años (art. 208 C.P.)		De 1 a 4 años de prisión	De 64 a 144 meses de prisión	–	De 12 a 20 años de prisión	–
Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego, Accesorios, Partes o Municiones, agravado (art. 365 C.P.)		De 2 a 8 años de prisión	De 32 a 144 meses de prisión	De 8 a 16 años de prisión	–	De 18 a 24 años de prisión

Nótese entonces que la actualización de las penas que se implementó con la Ley 890 (2004), guardó la misma relación sancionatoria que se había implementado desde la Ley 599 (2000), por ser un aumento sistemático de las penas de prisión. Sin embargo, en 2007, la Ley 1142 (2007) aumentó la pena para el delito contenido en el artículo 365 del Código

Penal; luego, esa anualidad, si una persona accedía carnalmente a un menor de 14 años de edad, podría tener una pena mínima de 64 meses de prisión, mientras que aquella persona que portara un arma de fuego en medio motorizado, contaría con una sanción mucho más grave, al partir de un mínimo de 96 meses de prisión.

Esta circunstancia permite concluir que, según la escala de valores generada por el Legislador a partir de la base sancionatoria para las diferentes conductas punibles, en el Estado colombiano era más importante la seguridad pública que los intereses de los menores de edad.

Sin embargo, en el año 2008, a partir de la Ley 1236, se trató de actualizar nuevamente la base sancionatoria para la protección de la libertad, integridad, y formación sexuales, indicando que el mínimo de pena sería de 12 años de prisión y el máximo, de 20 años; nuevamente se generó cierto equilibrio de la escala de valores y desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, se consideraba más gravosa la conducta reprimida en el artículo 208 del Código Penal que la descrita en el artículo 365 de éste, tal y como se había observado en las leyes anteriores.

Pero, el delito de *Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, contó con una última modificación mediante la Ley 1453 (2011), que aumentó nuevamente las penas determinando un límite mínimo de 18 años y un máximo de 24 años de prisión, con lo cual, a la luz de los planteamientos del presente estudio, se identifica que en la actualidad sigue siendo más gravoso portar un arma de fuego en medio motorizado o en coparticipación criminal, que acceder carnalmente a un menor de 14 años de edad; de manera que nuevamente nos encontramos en la senda de la vulneración del principio de proporcionalidad al no respetar la máxima constitucional del artículo 44 sobre la prevalencia de la protección de los menores de edad frente a cualquier otro sujeto.

Un caso similar sucede cuando comparamos el delito de *Acceso carnal abusivo con menor de 14 años* con un delito que, de entrada, pareciera vulnerar un bien jurídico que debería ser, si no igual, por lo menos de menor protección que el primero: el patrimonio económico, por ejemplo, cuando se hurta un celular de alta gama (que se ha vuelto el

común denominador en esta época) en coparticipación criminal y ejerciendo violencia (amenaza) contra la víctima, tipificado por el Legislador como *Hurto calificado agravado*.

Delito	Ley que modifica su sanción	Ley 599 de 2000	Ley 813 de 2003	Ley 890 de 2004	Ley 1142 de 2007	Ley 1236 de 2008
Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años (art. 208 C.P.)		De 1 a 4 años de prisión	–	De 64 a 144 meses de prisión	–	De 12 a 20 años de prisión
Hurto Calificado Agravado (arts. 239, 240 inc 2, 241 num. 10 C.P.)		De 4 años 8 meses a 15 años de prisión	De 56 a 210 años de prisión	De 76 a 315 meses de prisión	De 12 a 28 años de prisión	–

En el cuadro comparativo se evidencia la mayor protección que ha tenido el bien jurídico del patrimonio económico frente al de libertad, integridad y formación sexuales, pues desde la actualización del Código Penal a partir de la Ley 599 (2000), el delito de *Hurto calificado agravado* ha tenido penas más drásticas en comparación con el delito de *Acceso carnal abusivo con menor de 14 años*.

Solo a partir de las modificaciones normativas de la Ley 1142 (2007) y 1236 (2008), estos delitos cuentan con un límite punitivo mínimo similar de 12 años de prisión, con lo cual podría pensarse que se ha logrado una equiparación, en términos de proporcionalidad, frente a la protección de ambas delincuencias y con ello de contera dentro de la escala valorativa una similar relevancia de estos dos bienes jurídicos protegidos. Sin embargo, los límites máximos no son iguales, es más, el delito contra el patrimonio económico presenta un límite máximo superior, con lo cual, a la hora de dosificarse la sanción penal y utilizar el sistema de cuartos (art. 61 Código Penal) se impondría un ámbito de movilidad con mayores penas para el delito de hurto calificado agravado que para el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

En este caso, resulta más evidente aún que dentro de la escala de valores de acuerdo al bien jurídicamente tutelado por el Legislador, el patrimonio económico cuenta con mayor importancia que la libertad, integridad y formación sexuales de los menores de edad, lo que vuelve a ubicarnos en la senda de la vulneración del principio de proporcionalidad porque

no respeta la máxima constitucional contenida en el artículo 44 (CP, 1991), respecto a la prevalencia de la protección de los menores de edad sobre cualquier otro sujeto.

La tarea no es sencilla, no se pretende justificar una actualización de la respuesta punitiva del Estado contra la delincuencia a partir del aumento de penas, por ejemplo, para el delito de *Acceso carnal abusivo con menor de 14 años*, por el contrario, a partir de las sanciones ya implementadas para las conductas más relevantes en el plano penal, las demás deberían ser modificadas o degradadas de conformidad con esa escala de valores que se pretende proteger en el ordenamiento jurídico.

Aquí hemos enlistado ciertos eventos en los que el Legislador ha olvidado esa ponderación de derechos que pretende proteger a partir de los bienes jurídicos y la respuesta que ofrece a una colectividad educada con base en criterios de retaliación frente al delito. Se insiste en que nuestra pretensión no es que se actualice nuevamente la base punitiva, como cuando se implementó con la Ley 890 (2004) un aumento de penas para todos los delitos, sino para que se ejerza un control al aumento desmedido e injustificado (en términos de proporcionalidad) de la represión punitiva que ofrece en la actualidad el Código Penal.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, el Derecho Penal para un Estado Social y Democrático de Derecho como el colombiano, de conformidad con el contenido de la Constitución Política de 1991 debería contar con unos límites definidos en el ejercicio del *ius puniendi* para que, a partir del principio de proporcionalidad, no solamente se imponga un tope máximo para las penas de prisión, sino que además se logre consolidar un Sistema de valores coherente a partir de la protección de los bienes jurídicos tutelados, que respeten los límites constitucionales.

Para cerrar este aparte, se presentan los límites que ofrece el principio de proporcionalidad que, según los términos de la Corte Constitucional en Sentencia C-070 (1996), corresponden a un corolario del principio penal de antijuridicidad:

10. Sin necesidad de elevar el principio de antijuridicidad (Código Penal, art. 4) al rango de principio supralegal, bien puede afirmarse que éste tiene su corolario constitucional en el principio de proporcionalidad o 'prohibición de exceso', deducido

jurisprudencialmente de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales).

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. El Constituyente erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio. Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento.

El cambio político de un Estado liberal de derecho, fundado en la soberanía nacional y en el principio de legalidad, a un Estado Social de derecho cuyos fines esenciales son, entre otros, el servicio a la comunidad, la garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales y la protección de los derechos y libertades (CP art. 2), presupone la renuncia a teorías absolutas de la autonomía legislativa en materia de política criminal. La estricta protección de los bienes jurídicos y los derechos inalienables de la persona (CP art. 5), tornan la dignidad e integridad del infractor penal en límite de la autodefensa social. El contenido axiológico de la Constitución constituye un núcleo material que delimita el ejercicio de la función pública y la responsabilidad de las autoridades (CP art. 6). Con su elemento social, la Constitución complementa, en el terreno de la coerción pública, la voluntad con la razón. Sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas.

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.

## CONCLUSIONES

Con la pretensión inicial de generar un acercamiento al concepto jurídico del principio de proporcionalidad, se contó con un referente de doctrina y jurisprudencia que facilitaron su análisis, con el ánimo de examinar si este principio se encontraba presente en las modificaciones normativas que se han implementado en materia punitiva en nuestro país.

Respondiendo a la pregunta general de investigación, debemos concluir que en materia de aumento de penas, el Legislador colombiano no tiene en cuenta el principio de proporcionalidad al momento de modificar las sanciones penales. Ello como producto de la amplia *libertad de configuración legislativa* que ostenta a partir de las normas constitucionales y la misma interpretación que ha efectuado la Corte Constitucional frente al tema, lo cual se sintetiza en las siguientes ideas:

1. Delimitada la base conceptual sobre la cual se establecen las sanciones penales respecto a la protección de bienes jurídicos, según los teóricos del Derecho Penal, se deberá guiar el sistema punitivo bajo una regla fundamental: entre mayor sea la lesión al bien jurídico o más grave sea el hecho de acuerdo a la importancia del bien jurídico tutelado, mayor tendrá que ser la sanción descrita en la norma penal.

2. Con base en lo anterior, al momento de modificar la base punitiva de una conducta punible previamente definida y que *prima facie* respondía a los criterios constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico, según los parámetros del presente estudio, es necesario acudir al principio de proporcionalidad como el criterio estructural más adecuado porque

permite determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador, es decir, contar con un fundamento dentro del marco constitucional respecto a una mayor represión para una misma conducta punible que ya contaba con una pena delimitada.

3. En el desarrollo de la aplicación del principio de proporcionalidad, para verificar cuándo un cambio en la legislación de la sanción penal se encuentra ajustado a los límites que impone la Constitución frente a una restricción de un derecho fundamental, se deben tener en consideración los subprincipios del principio de proporcionalidad. Luego, el aumento punitivo será proporcional de conformidad con los límites constitucionales si es idóneo, necesario y proporcional en sentido estricto.

4. El cambio normativo (inflación punitiva) será idóneo siempre que busque conseguir una finalidad constitucional. Así pues, cualquier modificación en la ley penal en Colombia encontrará una finalidad siempre y cuando no riña con las prohibiciones estrictas de la Constitución en cuanto a la proscripción de la pena de muerte, pena de prisión perpetua, confiscación o destierro. Entonces, dicho aumento será idóneo, siempre que el Legislador intente consolidar la consecución de cualquier función de la pena descrita en la Legislación pues, dentro del marco de su libertad de configuración legislativa, no parece existir un límite coherente en este aspecto.

5. En cuanto al subprincipio de necesidad, se debe analizar la existencia de mecanismos alternativos al utilizado por el Legislador (aumento de los límites punitivos) para compararlos en cuanto a la consecución de la finalidad inmediata de la medida de intervención del derecho fundamental, que redunde indefectiblemente en las funciones de la pena de prisión contenidas en el artículo 4° del Código Penal.

Sin lugar a confusión alguna, aquellos mecanismos alternativos como la educación y la prevención mediante medidas de vigilancia y control, son los llamados a cumplir las finalidades impuestas a la pena de prisión. Una sociedad educada, se aviene al cumplimiento de las normas sociales de comportamiento y, en consecuencia, no encontrará una salida a los conflictos sociales en el delito. No obstante, ello dependerá de un trabajo arduo para lograr un cambio en la cosmovisión del mundo y la sociedad, lo cual acarrea

tener en consideración finalidades mediatas, por ello, el Derecho Penal resulta idóneo y necesario para aquellas finalidades inmediatas con el fin de contener el fenómeno delictivo, dentro del cual, también existen respuestas y mecanismos alternativos al simple aumento de la punibilidad para tratar estos fenómenos.

Para ello, a manera de ejemplo, en el presente estudio se hizo alusión a mecanismos que restringen ciertos beneficios contenidos en la Ley (como por ejemplo la prohibición de subrogados o rebajas de pena) y que resultan alternativas diversas al aumento de penas para alcanzar la finalidad de prevención general y especial, que en la mayoría de los eventos sirve para proteger a la sociedad frente a un fenómeno delictivo recurrente en un momento coyuntural de la historia y que ha generado la creación de tipos penales o el aumento de penas para ciertos comportamientos delictivos (*verbi gratia* la tipificación del feminicidio art. 104A adicionado por la Ley 1761 (2015), o las lesiones personales con agentes químicos, ácido, y/o sustancias similares adicionado por la Ley 1773 (2016)).

En estos casos, frente a la *libertad de configuración legislativa*, es de suma relevancia generar una carga argumentativa en cabeza del Legislador para que se determine si estos mecanismos alternativos dentro de la misma legislación penal (como la reducción de beneficios o subrogados penales) contribuyen a la misma finalidad inmediata que el aumento de las penas, resultando menos lesivos respecto al límite del derecho fundamental intervenido.

6. Finalmente, de cara al principio de proporcionalidad en sentido estricto, en el presente análisis se definió que teniendo como base la *ley de la ponderación* del profesor Alexy, es menester establecer que la medida de aumento de penas como intervención al derecho fundamental a la libertad, debe tener en consideración que cuanto mayor sea el grado de injerencia en la prerrogativa, mayor o equivalente debe ser la materialización del principio constitucional que fundamenta esa intervención del derecho fundamental, idea construida a partir de las conclusiones del profesor Bernal Pulido.

Entonces, las cargas argumentativas a favor del principio constitucional que fundamenta la intervención necesariamente tendrán que ser superiores o más poderosas que aquellas que justifican el derecho fundamental intervenido. En este sentido, el derecho fundamental

a la libertad contará con una justificación *prima facie* superior de conformidad con el principio *in dubio pro libertate*, lo cual genera que la justificación de la *libertad de la configuración legislativa* se vea atada a contemplar cargas suficientemente fuertes para aumentar ese grado de intervención que ya justificaba una pena de prisión frente a una conducta punible.

7. Con base en el análisis de la intensidad con que la medida de intervención legislativa afecta el derecho fundamental, es pertinente esbozar que a partir del estudio de la *lesividad de la conducta*, cuanto más lesivo sea el delito en la vulneración de los bienes jurídicos protegidos, más contribuirá su prohibición al amparo de los mismos, lo cual encuadra en la justificación que en todo el presente estudio se ha permitido mostrar, pues cada delito responderá a una protección de bienes jurídicos que no cuentan con una carga valorativa semejante y que se sujetará a criterios de proporcionalidad diferentes; luego, la mayor lesividad será correlativa a una mayor protección, por lo que al comparar la respuesta punitiva de un delito más lesivo con otro que no lo es en mayor medida, el peso punitivo del segundo no podrá ser superior que el primero.

8. En resumen, cuando la medida de intervención utilizada por el legislador es el aumento de penas, el esquema de la ponderación varía, toda vez que ya se cuenta con una base específica diseñada previamente por el legislador para la protección del bien jurídico que vuelve a ser analizado entre el costo–beneficio del cambio normativo, para lo cual consideramos que pese a esa libertad de configuración legislativa, el Parlamento debe emprender la tarea primigenia de responder por qué la medida de intervención plasmada desde un comienzo no resulta proporcionada con la protección que el bien jurídico merece (lo cual se logra mediante el subprincipio de idoneidad y necesidad) y posteriormente, establecer una comparación valorativa entre la consecuencia jurídica asignada a la protección de un bien jurídico con otro de mayor o menor entidad (a través del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto).

9. Respecto a uno de los objetivos específicos de la presente investigación de determinar qué se entiende en nuestro país por el término “Política Criminal”, se encontró que a partir de los importantes avances en esta materia que la doctrina ha logrado, se puede

definir como el instrumento mediante el cual se configura el Derecho Penal aplicable, de manera que proteja a la comunidad y a los bienes jurídicos tutelados por el legislador, o también puede ser tomada desde su visión como herramienta que impone límites al ejercicio del *ius puniendi*, lo que reviste de garantías al delincuente frente al Estado represor. La Corte Constitucional logra una definición específica en su Sentencia C-646 (2001):

(...) conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción.

10. Claramente, una de las herramientas utilizadas por la Política Criminal para enfrentar el fenómeno delictivo es el aumento de la consecuencia punitiva, lo cual encuentra respaldo en esa potestad con la que el Legislador cuenta a partir del contenido de la Constitución Política para crear, modificar o derogar las leyes, es decir, lo que se conoce como *libertad de configuración legislativa*. El Congreso de la República, como representante del pueblo colombiano, y con independencia de las demás ramas del poder público (separación de poderes), define qué comportamientos son susceptibles de sanción penal por intermedio del trámite legislativo que permite un proceso de debate y aprendizaje en la concepción y ejecución de las políticas criminales, esto es, en una elaboración más democrática de la Ley penal (C-599, 1998), que resultará de la intervención del derecho fundamental a la libertad.

No obstante, este límite al derecho fundamental a la libertad que se implementa con la intervención legislativa o la norma penal, si bien puede ser considerado *prima facie* constitucional también encuentra un límite a partir de la misma Constitución Política, en tanto no podrá contrariar su propio sistema de valores, principios y derechos fundamentales.

Esta es la razón, para que la Corte Constitucional refiera que “la respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena” (C-226, 2002).

11. El principio de proporcionalidad es uno de los límites al momento de establecer las sanciones penales y, junto con el principio de culpabilidad, delimitan la prohibición de exceso en el marco de la definición de la consecuencia punitiva para las conductas punibles tipificadas. “Solo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas” (C-070, 1996).

12. El uso excesivo que se le ha otorgado a la libertad de configuración legislativa en materia penal (específicamente con el aumento de penas), ha generado una inflación normativa con incoherencias jurídicas en el cuerpo normativo que llegan a resquebrajar el sistema de valores, la seguridad jurídica y el orden justo por el cual propende la Constitución Política, lo que resalta una mayor injerencia del *populismo punitivo* como fundamento de la modificación de las penas por el Legislador.

(La pena de) prisión se ha llegado a convertir en el eje de la Política Criminal derivado de la extendida percepción de inseguridad que ha sido también responsable de que se la politice y ha abierto la puerta al aprovechamiento político del miedo al crimen y al uso del populismo punitivo como estrategia para originar consenso acerca de medidas de justicia expresiva adoptadas y para capitalizar electoralmente la ansiedad de la población (De-la-Torre & Álvarez, 2011).

13. La Comisión Asesora de Política Criminal (2012) ofreció un panorama que refleja la falta de coherencia al momento de utilizar el Derecho Penal para reprimir el fenómeno delictivo y enunció que la política criminal en nuestro país es:

- Reactiva: no cuenta con bases empíricas sólidas, sino que nacen como respuesta a fenómenos de opinión pública o a los deseos de los gobiernos de mostrar resultados, utilizando para ello el aumento de penas, lo que genera una desarticulación del sistema penal.
- Tendiente al crecimiento punitivo: cae en el fenómeno del *populismo punitivo*.

(...) es posible detectar una tendencia en últimos 20 años y es que las medidas penales se han vuelto más severas. Esto se puede constatar, a nivel abstracto, por la creación de nuevas figuras delictivas, y por el aumento de las penas mínimas y máximas de los

delitos ya establecidos en la legislación penal. Igualmente puede verificarse por el aumento de las personas privadas de la libertad, no sólo a nivel absoluto sino también en proporción a la población (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, pág. 30).

Pero se ha denotado que esta tendencia no ofrece la respuesta disuasiva para la cual fue implementada la medida.

- Poco reflexiva frente al contexto nacional, toda vez que no tiene en consideración la diversidad regional y social, ni los múltiples factores que generan el delito (conflicto armado, narcotráfico, corrupción, índices de pobreza, etc.).
- Subordinada a la política de seguridad: si bien deben estar correlacionadas, las particularidades de la guerra y la paz en nuestro país hacen que la política de seguridad opaque la política criminal, reduciéndola, como se evidenció a lo largo de este estudio, al aumento continuo de penas.
- Volátil, débil e incoherente, por la debilidad institucional: como no existe un control formal de la política criminal, el Congreso de la República es el organismo que adopta la mayoría de las medidas de política criminal, pero como se afirmó, caen en el fenómeno del *populismo punitivo* y crea una desarticulación sistemática del ejercicio del *ius puniendi* estatal.

14. Para nosotros, el concepto de *libertad de configuración legislativa* debe respetar criterios empíricos sólidos que permitan robustecer de fundamentos la intervención legislativa en el derecho fundamental.

El profesor Sánchez Herrera (2011), citando a Beccaria, llama la atención frente a la denominada política criminal actual:

(...) Es mejor tener un sistema judicial dotado de los mejores mecanismos de investigación que un sistema con penas altas pero que no se cumplen. La solución no es el facilismo de pedir penas más severas para ciertos delitos, como se hace hoy en nuestro país como bandera política, sino buscar la forma de que las que hay se apliquen, y de que así se haga en todo el territorio nacional.

Lo cual se logrará consolidar con una política criminal que respete los límites del principio de proporcionalidad aquí descrito.

15. Al momento en que la facultad del Poder Legislativo de materializar los lineamientos de Política Criminal por intermedio de las leyes no responde ni se centra en los límites establecidos por la misma Constitución, desemboca en compendios normativos desarticulados y de intereses particulares que no encuentran respaldo empírico alguno, lo que se constata el fenómeno de populismo punitivo. En este punto revive la importancia del principio de proporcionalidad que debe ser observado tanto por la Corte Constitucional como por el Órgano Legislativo de manera que logre identificar aquellas propuestas irrazonables que no responden al hilo de Política Criminal acorde con los fines y funciones de la pena de prisión previamente contenidos en los principios de la Ley Penal, vista desde su expresión de intervención del derecho fundamental a la libertad como *ultima ratio*.

## 6 TRABAJOS CITADOS

- Aguado, T. (1999). *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 13-64.
- ANC. (1991). Asamblea Nacional Constituyente. *Gaceta Cosntitucional N° 81*, pág. 13.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá D.C.: Temis.
- Baratta, A. (2004). *Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Beccaria, C. (2010). *De los delitos y las penas*. Bogotá D.C.: Temis.
- Bernal, C. (2007). *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bunge, M. (2007). *La Ciencia, su método y su filosofía*. Bogotá D.C.: Ediciones Akerena.
- Bustos, J., & Hormazábal, H. (1997). *Lecciones de Derecho penal. Vol. I*. Madrid: Trotta.
- C-327. (1997). *Sentencia C-327/97 MP: Fabio Morón Díaz*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-327-97.htm>.

- C-070. (1996). *Sentencia C-070/96 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-070-96.htm>.
- C-093. (1993). *Sentencia C-093/93 MS: Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-093-93.htm>.
- C-1116. (2003). *Sentencia C-1116/03*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-1116-03.htm>.
- C-1404. (2000). *Sentencia C-1404/00 MP: Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis*. Corte Constitucional de Colombia: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1404-00.htm>.
- C-173. (2001). *Sentencia C-173/01 MP: Álvaro Tafur Galvis*. Corte Constitucional de Colombia: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-173-01.htm>.
- C-198. (1997). *Sentencia C-198/97 MP: Fabio Morón Díaz*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-198-97.htm>.
- C-205. (2003). *Sentencia C-205/03 MP: Clara Inés Vargas Hernández*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-205-03.htm>.
- C-226. (2002). *Sentencia C-226/02 MP: Álvaro Tafur Galvis*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-226-02.htm>.
- C-227. (1998). *Sentencia C-227/98 MP: Vladimiro Naranjo Mesa*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1998/C-227-98.htm>.
- C-238. (2005). *Sentencia C-238/05 MP: Jaime Araujo Rentería*. Corte Constitucional de Colombia: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-238-05.htm>.
- C-239. (1997). *Sentencia C-239/97 MP: Carlos Gaviria Díaz*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>.

- C-317. (2002). *Sentencia C-317/02 MP: Clara Iés Vargas Hernández*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-317-02.htm>.
- C-334. (2013). *Sentencia C-334/13 MP: Jorge Ignacio Petelt Chaljub*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-334-13.htm>.
- C-344. (1995). *Sentencia C-344/95 MP: José Gregorio Hernández Galindo*. Corte Constiucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-344-95.htm>.
- C-345. (1995). *Sentencia C-345/95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Corte Cosntitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-345-95.htm>.
- C-468. (2009). *Sentencia C-468/09 MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-468-09.htm>.
- C-488. (2009). *Sentencia C-488/09 MP: Jorge Iván Palacio Palacio*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-488-09.htm>.
- C-504. (1993). *Sentencia C-504/93 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-504-93.htm>.
- C-565. (1993). *Sentencia C-565/93 MP: Hernando Herrera Vergara*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-565-93.htm>.
- C-575. (2009). *Sentencia C-575/09 MP: Humberto Antonio Sierra Porto*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-575-09.htm>.
- C-599. (1998). *Sentencia C-599/98 MP: Fabio Morón Díaz*. Corte Constitucional de Colombia: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-599-98.htm>.
- C-636. (2009). *Sentencia C-636/09 MP: Mauricio González Cuervo*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-636-09.htm>.

- C-646. (2001). *Sentencia C-646/01 MP: Manuel José Cepeda Espinosa*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-646-01.htm>.
- C-822. (2005). *Sentencia C-822/05 MP: Manuel José Cepeda Espinosa*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-822-05.htm>.
- C-838. (2013). *Sentencia C-838/13 MP: Luis Ernesto Vargas Silva*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-838-13.htm>.
- C-873. (2003). *Sentencia C-873/03 MP: Manuel José Cepeda Espinosa*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-873-03.htm>.
- C-925. (2005). *Sentencia C-925/05 MP: Manuel José Cepeda Espinosa*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-925-05.htm>.
- C-936. (2010). *Sentencia C-936/10 MP: Luis Ernesto Vargas Silva*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-936-10.htm>.
- C-939. (2002). *Sentencia C-939/02 MP: Eduardo Montealegre Lynett*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-939-02.htm>.
- C-988. (2006). *Sentencia C-988/06 MP: Álvaro Tafur Galvis*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2006/C-988-06.htm>.
- Castellanos, F. (1984). *Lineamientos elementales de Derecho Penal*. Méjico: Porrúa.
- Comisión 4a. (15 de mayo de 1991). Asamblea Constitucional. *Gaceta Cosntitucional de Colombia*.

- Comisión Asesora de Política Criminal. (2012). *Informe Final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Bogotá D.C.: Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Córdoba, M., & Ruiz, C. (2001). *Teoría de la Pena, Constitución y Código Penal*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Cotes, C., & Lacouture, A. (2010). *Populismo punitivo: incidencia actual en el contexto legislativo colombiano*. Recuperado el 18 de febrero de 2016, de Actualidad Jurídica, ed. 3 y 4: [http://guayacan.uninorte.edu.co/publicaciones/revista\\_actualidad\\_juridica/upload/File/3%20y%204%20edicion/Actualidad%20juridica%2010.pdf](http://guayacan.uninorte.edu.co/publicaciones/revista_actualidad_juridica/upload/File/3%20y%204%20edicion/Actualidad%20juridica%2010.pdf)
- CP. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Recuperado el 21 de abril de 2016, de [senado.gov.co](http://www.senado.gov.co): [http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion\\_General/constitucion\\_politica.pdf](http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion_General/constitucion_politica.pdf)
- Decreto 1892. (1997). *Por el cual se crea una Comisión Interinstitucional*. Presidente de la República: Diario Oficial No. 43.098, 1° de agosto.
- Decreto 2055. (2014). *Por el cual se reglamenta el Consejo Superior de Política Criminal, su funcionamiento y todos los asuntos relacionados con las demás instancias técnicas que se requieran para su adecuado desarrollo*. Presidente de la República: Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Decreto 2062. (1995). *Por el cual se crea el Consejo Superior de Política Criminal*. Presidente de la República: Diario Oficial No. 42.128, 29 de noviembre.
- Decreto 2223. (1995). *por el cual se modifica el decreto 2061 del 29 de noviembre de 1995*. Presidente de la República: Diario Oficial No. 42.150, 15 de diciembre.
- Decreto 2348. (1998). *por el cual se modifica el Consejo Superior de Política Criminal, creado en el decreto 2062 de 1995*. Presidente de la República: Diario Oficial N°. 43.435, 23 de noviembre.

- Decreto 3097. (1997). *por el cual se dictan disposiciones en relación con la Comisión Interinstitucional Para La Revisión Integral Del Sistema Penal Colombiano*. Presidente de la República: Diario Oficial N°. 43.205, 31 de diciembre.
- De-la-Torre, V., & Álvarez, A. (2011). Violencia, Estado de derecho y políticas punitivas en América Central. *Perfiles latinoamericanos*, 19(37), 33-50.
- Delgado, V. (diciembre de 1998). *Comentarios sobre seguridad ciudadana*. Recuperado el 18 de febrero de 2016, de Revista de Estudios Sociales, Universidad de Los Andes, N° 2: <https://res.uniandes.edu.co/view.php/56/view.php>
- Delmas-Marty, M. (1983). Modèles et mouvements de politique criminelle. *Revue française de sociologie*, 25(4), 696-700.
- Dworkin, R. (1980). *La filosofía del derecho. ¿Es el derecho un sistema de normas?* México: Fondo de Cultura Económica.
- Fernández, J. (2007). *Derecho penal fundamental I*. Bogotá D.C.: Ibáñez.
- Fernández, J. (2013). *Derecho Penal. Parte General. Principios y categorías dogmáticas*. Bogotá: Ibáñez.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- García-Arán, M. (1982). *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*. Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona.
- Gómez-Pavajeau, C. (2011). *La dogmática jurídica como ciencia del derecho. Sus especies penal y disciplinaria necesidad, semejanzas y diferencias*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- González-Cuéllar, N. (1990). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*. Madrid: Colex.
- Hassemer, W., & Muñoz, F. (1989). *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Hefendehl, R. (2007). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons.

- Hulsman, L. (1993). El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas. En L. Hulsman, R. Bergalli, J. Young, A. Recasens, E. Zaffaroni, R. Van-Swaaningen, y otros, *Criminología Crítica y Control Social. El control Punitivo del Estado* (págs. 75-104). Rosario, Prov. de Santa Fe: Editorial Juris.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- Jescheck, H. (1981). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Bosch.
- Jhering, R. (1921). *La lucha por el derecho*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Kaiser, G. (1983). *Criminología*. Madrid: Espasa Calpe. S.A.
- Langle, E. (1927). *Teoría de la Política Criminal*. Madrid: Reus.
- Larrauri, E. (2006). Populismo punitivo... y cómo resistirlo. *Jueces para la democracia*, 55, 15-22.
- Ley 100. (1980). *Código Penal (Derogado) Decreto 100 de 1980*. Presidente de la República: Diario Oficial, No. 35.461, 20 de febrero.
- Ley 1142. (2007). *Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana*. Congreso de Colombia: Diario Oficial, No. 46.673, 28 de junio.
- Ley 1236. (2008). *por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual*. Congreso de Colombia: Diario Oficial, No. 47.059, 23 de julio.
- Ley 1453. (2011). *por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad*. Congreso de Colombia: Diario Oficial, No. 48.110, 24 de junio.

- Ley 153. (1887). *Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.* Bogotá D.C.: Diario Oficial 7151 y 7152 de agosto 28.
- Ley 1709. (2014). *Por medio de la cual Reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.* Congreso de la República: Diario Oficial No. 49.039, 20 de enero.
- Ley 1761. (2015). *Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones.* Congreso de Colombia: Diario Oficial, No. 49.565, 6 de julio.
- Ley 1773. (2016). *Por medio de la cual se crea el artículo 116A, se modifican los artículos 68A, 104, 113, 359, y 374 de la Ley 599 de 2000 y se modifica el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.* Congreso de Colombia: Diario Oficial, No. 49.747, 6 de enero.
- Ley 5. (1979). *Por la cual se conceden unas facultades extraordinarias relacionadas con la expedición y vigencia del Código Penal.* Congreso de Colombia: Diario Oficial, No. 35.188, 29 de enero.
- Ley 599. (2000). *Por la cual se expide el Código Penal.* Congreso de Colombia: Diario Oficial 44097 del 24 de julio de 2000.
- Ley 65. (1993). *Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario.* Congreso de Colombia: Diario Oficial, No. 40.999, 20 de agosto.
- Ley 890. (2004). *Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal.* Congreso de Colombia: Diario Oficial No. 45.602, 7 de julio.
- Ley 906. (2004). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004).* Congreso de la República de Colombia: Diario Oficial No. 45.658, 1 de septiembre.
- Lopera, G. (2006). *Principio de Proporcionalidad y Ley Penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- Lopera, G. (2008). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. En M. Carbonell (Ed.), *El Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Ensayo*: (págs. 269-306). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Lopera, G. (2008). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. En M. Carbonell (Ed.), *Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (págs. 269-306). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Luhmann, N. (1983). *Fin y racionalidad en los sistemas*. Madrid: Editora Nacional.
- Maggiore, G. (1954). *Derecho Penal*. Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- Medina, M. (1997). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: Mc Graw Hill.
- Mir-Puig, S. (2010). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: BdeF.
- Mir-Puig, S. (2011). *Bases constitucionales del Derecho penal*. Madrid: Iustel.
- Nuvolone, P. (1976). Problemas de política criminal e reforma dos codigos. *Ministério Público do Estado do Paraná*, 5(6), 17-25.
- Peluffo, V., & García, C. (1° de junio de 2012). *Populismo Punitivo: un mecanismo para la prevención general del delito*. Recuperado el 18 de febrero de 2016, de Revista de Semilleros de investigación Cultura investigativa, Universidad Eafit: [http://revistaci.blogspot.com.co/2012/08/populismo-punitivo-un-mecanismo-para-la\\_9.html](http://revistaci.blogspot.com.co/2012/08/populismo-punitivo-un-mecanismo-para-la_9.html)
- Resolución 0286. (2011). *Por la cual se crea la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado colombiano*. Bogotá: Ministerio del Interior y Justicia.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Editorial Civitas.
- Roxin, C. (2000). *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo blanch.

- Roxin, C. (2008). *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Sánchez, E. (2011). *La dogmática de la teoría del delito. Evolución científica del sistema del delito. Monografías de Derecho Penal*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Scimé, F. (1999). *Criminología “Causas y Cosas del Delito”*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas.
- Senado. (1° de diciembre de 2010). *Proyecto de ley 206 de 2010 Senado*. Recuperado el 18 de febrero de 2016, de vlex información jurídica, tributaria y empresarial: <http://legislacion.vlex.com.co/vid/proyecto-ley-senado-451473782>
- Silva, J.-M. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch.
- Szabo, D. (1985). *Criminología y Política Criminal*. Méjico: Siglo XXI.
- T-388. (2013). *Sentencia T-388/13 MP: María Victoria Calle Correa*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>.
- T-762. (2015). *Sentencia T-762/15 MP: Gllria Stella Ortiz Delgado*. Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>.
- Vargas, R., & Castillo, L. (2014). La sanción penal de los conductores ebrios en Colombia: entre las dificultades dogmáticas y la ausencia de una política criminal coherente . *Civilizar*. 14(26) ene–jun, 67-86.
- Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General*. Medellín: Comlibros.
- Velásquez, F. (2015). *Anteproyecto e la parte general del Código Penal peruano de 2009 y los límites a la potestad punitiva del Estado*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.
- Von-Hirsch, A. (1998). *Censurar y Castigar*. Madrid: Editorial Trotta.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Roque Depalma.

Zaffaroni, E. (1998). *Tratado de Derecho Penal. parte General*. Buenos Aires: Ediar  
Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.

Zipf, H. (1979). *Introducción a la Política Criminal*. Madrid: Edersa.