

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

*Gustavo Emilio Cote-Barco**

*Fecha de recepción: 19 de septiembre de 2008
Fecha de aceptación: 20 de octubre de 2008*

RESUMEN

En este escrito se pretende resaltar la necesidad de entender el contenido de los artículos 3° y 4° del Código Penal colombiano, teniendo en cuenta el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, en el cual debe jugar un papel preponderante el principio de proporcionalidad de la pena.

Palabras clave: Constitucionalismo, derecho penal, proporcionalidad, fines de la pena.

CONSTITUTION, CRIMINAL LAW AND PROPORTIONALITY OF CRIMINAL SANCTION

ABSTRACT

This article pretends to highlight the needing of understanding articles 3° and 4° of the Colombian Criminal Code according to

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Instituciones Jurídico-penales de la Universidad Nacional de Colombia, candidato al título de Magister en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, actualmente se desempeña como Coordinador Académico del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Javeriana. Contacto: gcote@javeriana.edu.co

the constitutional principles that have been incorporated into the criminal law, where the proportionality must play a preponderant role.

Key words: *Constitution, criminal law, proportionality, purposes of criminal sanction.*

No obstante se han generado diversos debates en torno a los fines que desde el discurso ortodoxo del derecho penal se han atribuido a la pena (retribución, prevención especial, prevención general, etc.), en donde se ha discutido cual de ellos debe prevalecer sobre los demás y si es posible que coexistan o si por el contrario son entre sí excluyentes, el Código Penal colombiano vigente (Ley 599 de 2000) en su artículo 4° atribuye a la pena todas estas funciones¹; pero en el artículo 3° el mismo Código ha establecido que la imposición de las sanciones penales, tanto de la pena como de las medidas de seguridad, debe responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, puntualizando en su segundo inciso que la necesidad de la pena se debe entender dentro del marco de la prevención y “conforme a las instituciones que la desarrollan”².

Tenemos entonces que el Código Penal dentro de sus normas rectoras incluye importantes criterios de naturaleza constitucional (necesidad, proporcionalidad y razonabilidad) y los refiere a categorías propias de la dogmática jurídico-punitiva (la necesidad entendida a partir de las funciones preventivas de la pena), de tal forma que para determinar el alcance de los artículos 3° y 4°, y en especial para definir el contenido del principio de la proporcionalidad de las penas, no podemos recurrir únicamente al discurso dogmático tradicional, para esto es indispensable buscar puntos de intersección y complemento entre las categorías propias del derecho penal y los postulados del derecho constitucional actual.

1 “Artículo 4o. Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado...”

2 Código Penal colombiano, Ley 599 de 2000, artículo 3°.

En este sentido debemos afirmar, que la Constitución Política juega un importante papel como punto de referencia para el análisis crítico del sistema penal, no solamente porque de ella se derivan los bienes jurídicos susceptibles de tutela punitiva³, sino también y entre otras razones, porque los principios, consagrados como norma rectora en el Código Penal, que rigen la imposición de las penas, son desarrollo claro del texto constitucional y de la doctrina que a partir de él ha venido construyendo con sus pronunciamientos la Corte Constitucional, sobre la forma que debe adquirir el derecho penal de acuerdo con la definición del Estado colombiano que hace la carta política⁴.

Así, en la actualidad el derecho penal se entiende debe estar perfectamente constitucionalizado, es decir, que las normas constitucionales referidas a los derechos fundamentales y obviamente, las que tienen que ver de forma expresa con el derecho penal⁵, entran a jugar como parámetro de evaluación crítica de las normas penales, al mismo tiempo que se constituyen en criterios para su interpretación y aplicación.

Este fenómeno de vinculación necesaria entre el derecho penal y la constitución, que ha llevado a importantes autores como WINFRIED HASSEMER a sostener por ejemplo que el derecho penal se debe entender como derecho constitucional aplicado⁶, está enmarcado en un proceso más amplio y más complejo, de constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico, el cual ha sido denominado por la doctrina como constitucionalismo moderno o nuevo-constitucionalismo.

3 Este escrito parte del reconocimiento de la protección de bienes jurídicos como fundamento que da legitimidad al ejercicio del ius puniendi. Adicionalmente, comparto el criterio de quienes encuentran en el texto constitucional el mejor referente para dotar de contenido material al concepto de bien jurídico y en los derechos fundamentales la medida de proporcionalidad de la intervención penal. Al Respecto: HEFENDEHL ROLAND, *La Teoría del Bien Jurídico*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2007.

4 “Por eso, desde el punto de vista del penalista resulta interesante saber si los nuevos desarrollos habidos en la dogmática de los derechos fundamentales... consiguen hacer progresar la discusión también desde el punto de vista penal... De este modo, la dogmática constitucional actual relativiza no pocos principios nucleares del Derecho penal; y en tal medida el Derecho constitucional tiene el potencial de analizar críticamente la dogmática penal... Sea como sea, el Derecho penal se enfrenta a un déficit explicativo no insignificante que sólo el Derecho constitucional puede satisfacer” LAGODNY, OTTO, “El Derecho Penal Sustantivo como Piedra de Toque de la Dogmática Constitucional”, publicado en: *La Teoría del Bien Jurídico*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2007, Pág. 134-136.

5 En este sentido, la constitucionalización del Derecho Penal en Colombia no está marcada solamente por lo dispuesto en los artículos 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 36 (sobre requisitos para la restricción de la libertad, garantías que componen el debido proceso, habeas corpus, derecho a la segunda instancia-prohibición de reforma en perjuicio, flagrancia, derecho a no autoincriminarse, prohibición de ciertas penas, extradición y derecho de asilo, respectivamente), sino por todos los derechos, valores y principios reconocidos en el preámbulo y en los Títulos I y II del texto constitucional.

6 Ver por ejemplo: HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1984.

Por tal motivo, en este escrito queremos resaltar la necesidad de entender el contenido de los artículos 3º y 4º del Código Penal colombiano, a partir del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, en el cual debe jugar un papel preponderante el desarrollo del principio de proporcionalidad de la pena; en este sentido a continuación nos referiremos a: 1. cómo el ordenamiento jurídico colombiano tiende hacia su constitucionalización, 2. cómo, en consecuencia, el sistema penal colombiano resulta igualmente constitucionalizado, 3. al papel que el principio de proporcionalidad de las penas juega en la constitucionalización del derecho penal, y 4. en qué queda la relación entre lo dispuesto en los artículos aquí mencionados, teniendo en cuenta que “El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan”.

1. EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO COMO ORDENAMIENTO QUE TIENDE HACIA SU CONSTITUCIONALIZACIÓN

El Constitucionalismo o Nuevo-constitucionalismo, entendido como “teoría del derecho”⁷, intenta oponerse al positivismo clásico formal⁸ y se presenta como un fenómeno de posguerra, que pasando la mitad del siglo XX y teniendo como primeros referentes normativos la constitución alemana de 1949 y la española de 1978, construye un discurso que pretende identificar a la constitución, como un criterio de realización de valores propios de una moral política⁹, sobre la cual aparentemente

7 “Neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo, a veces también, constitucionalismo a secas son expresiones o rúbricas de uso cada día más difundido y que aplican de un modo un tanto confuso para aludir a distintos aspectos de una presuntamente nueva cultura jurídica. Creo que son tres las acepciones principales. En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho... En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho. Finalmente por constitucionalismo cabe entender también la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada” PRIETO, SANCHÍS LUÍS, “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, en *Neoconstitucionalismo* (s), Editorial Trotta, Madrid, 2005, Pág. 123.

8 Sin perjuicio de las diferencias entre las distintas acepciones del positivismo y del constitucionalismo, teórico, metodológico e ideológico, con las concesiones que en ocasiones parecen hacerse entre las distintas modalidades de estos dos extremos. Al respecto BARBERIS, MAURO, “Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral”, en *Neoconstitucionalismo* (s), Editorial Trotta, Madrid, 2005 y PRIETO, SANCHÍS LUÍS, *Positivism y Constitucionalismo*, Distribuciones Fontamara, México, 1999.

9 “El imperialismo de la moral representa quizá la reacción de los juristas y de los filósofos del Derecho de los años noventa del siglo XX frente a otros imperialismos: pensemos en el imperialismo de la política, que ha caracterizado los años setenta, o en el imperialismo de la economía, que ha marcado los años ochenta. Cualquiera que sea su origen sociológico, por otra parte, no hay duda de que el imperialismo de la moral constituye uno de los rasgos distintivos del nuevoconstitucionalismo: rasgo bien ejemplificado... con la interpretación moral de la constitución teorizada por Dworkin... Dworkin sostiene que los jueces americanos interpretan realmente la constitución, y deberían de cualquier modo interpretarla, como un conjunto de principios morales” BARBERIS, MAURO, “Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral”, en *Neoconstitucionalismo* (s), Editorial Trotta, Madrid, 2005, Pág. 270.

se ha llegado a un consenso en occidente –entiéndase derechos humanos y democracia–, que sea realmente vinculante al legislador y que por lo tanto no deje a su arbitrio, dependiendo de las coyunturas políticas, el respeto material de los valores que integran dicha moral.

En la base de este intento se encuentra la desconfianza en el legislador como garante, por sí mismo, de los principios constitucionales y la consecuente insuficiencia de la ley en sentido formal, en cuanto límite efectivo al ejercicio del poder político, enseñanzas que pueden extraerse de experiencias trágicas como la del holocausto Nazi.

Como lo explica PRIETO SANCHÍS, la idea de constitución que subyace al nuevo-constitucionalismo es producto de la conjunción de los conceptos propios de dos tradiciones diferentes. Por un lado, la idea francesa-continental de una constitución con un “más o menos denso contenido normativo, pero no garantizada”; por otro lado, la idea norteamericana de constitución garantizada pero sin contenido normativo. No es el momento para entrar a detallar ahora los pormenores de esta hipótesis, por el momento solamente es necesario afirmar que como resultado de este proceso, el nuevo-constitucionalismo propugna por una constitución que contenga una fuerte carga axiológica, en forma de normas jurídicas con poder vinculante directo, de tal manera que los diferentes operadores jurídicos se vean obligados por ellas sin depender necesariamente del desarrollo que el legislador les dé; así pues, al tener la norma constitucional obligatoriedad propia, se hace indispensable su exigibilidad judicial. Se tienen entonces constituciones normativas y garantizadas¹⁰.

Por esta misma línea GUASTINI nos proporciona algunos criterios para establecer si un determinado ordenamiento jurídico se encuentra más o menos constitucionalizado, los cuales son: tener una constitución rígida, contar con la garantía jurisdiccional de la constitución, dotar de fuerza vinculante a la constitución, realizar una sobreinterpretación de la constitución y la interpretación conforme a ella de las leyes. Realizando un brevísimo ejercicio, similar al que este autor efectúa para el caso italiano, debemos aceptar que el ordenamiento jurídico colombiano tiene una clara vocación hacia su constitucionalización.

10 “La Constitución ya no sólo limita al legislador al establecer el modo de producir el Derecho y, a lo sumo, algunas barreras infranqueables, sino que lo limita también al predeterminar amplias esferas de regulación jurídica, en ocasiones por cierto de forma no suficientemente unívoca ni concluyente. El segundo elemento, y tal vez más importante, es lo que pudiéramos llamar el desbordamiento constitucional, esto es, la inmersión de la constitución dentro del ordenamiento jurídico como una norma suprema. Los operadores jurídicos ya no acceden a la constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente... es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional” PRIETO, SANCHÍS LUÍS, “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, en *Neoconstitucionalismo* (s), Editorial Trotta, Madrid, 2005, Pág. 130. Al respecto también: AGUILO, JOSEPH, *La Constitución del Estado Constitucional*, Temis, Bogotá, 2004.

Nuestra constitución además de ser escrita establece un procedimiento especial para su reforma, diferente al de las leyes ordinarias, bien sea por medio de acto legislativo, asamblea constituyente o referendo¹¹, lo cierto es que en nuestro ordenamiento “las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional (más complejo respecto del procedimiento de formación de las leyes)”¹²; adicionalmente la Corte Constitucional ha sido clara en señalar que el poder constituyente derivado tiene un ámbito de competencia limitado, puesto que por medio de los mecanismos de reforma de la constitución únicamente puede hacer precisamente eso, es decir reformarla más no sustituirla, sin que pueda alterar alguno de los principios fundamentales que le dan entidad, como por ejemplo la cláusula de Estado social y democrático de Derecho¹³. Por estas razones podemos afirmar que la nuestra es una constitución rígida.

Adicionalmente la constitución política colombiana se encuentra garantizada judicialmente, así lo demuestran las diferentes acciones constitucionales -como por ejemplo la acción de tutela, la acción pública de inconstitucionalidad, la acción de nulidad por inconstitucionalidad y las acciones populares-, la excepción de inconstitucionalidad y la existencia de un tribunal constitucional especializado¹⁴.

11 Constitución Política de Colombia, artículos 374 a 379.

12 GUASTINI, RICCARDO, “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano”, en *Neconstitucionalismo* (s), Editorial Trotta, Madrid, 2005, Pág. 50.

13 “El interrogante obvio es si, además de esas exigencias de trámite, el poder de reforma tiene límites competenciales, en el sentido de que existan temas vedados a su capacidad de reformar las normas constitucionales... 36- En tal contexto, como las autoridades sólo pueden hacer aquello que les está expresamente permitido (CP arts 6 y 121), y la Constitución no sólo no consagra expresamente (pudiendo haberlo hecho) la posibilidad de sustitución total de la Carta, sino que además establece expresamente que la Constitución “podrá ser reformada” (Título XIII), una conclusión se impone: en el constitucionalismo colombiano, el poder de reforma tiene límites competenciales, pues no puede sustituir la Constitución de 1991. Se trata de un límite expresamente establecido por el Constituyente originario en el artículo 374 de la Constitución adoptada en 1991 por la Asamblea Constituyente como comisionada del pueblo soberano... 39. Conforme a lo anterior, la Corte concluye que aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformatorio con una regla, norma o principio constitucional – lo cual equivaldría a ejercer un control material. Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (CP art. 1º) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma.” Corte Constitucional, sentencia C-551 de 2003.

14 Artículos 4, 86, 88, 237 No. 2, 241, 242 y 379 Constitución Política de Colombia.

Pero también debemos tener en cuenta que nuestra constitución se erige como norma de normas y tiene incidencia directa en la forma como se estructura nuestro ordenamiento jurídico, no solamente desde el punto de vista formal, sino también por el contenido axiológico demarcado por nuestro extenso catálogo de derechos fundamentales, el cual debe orientar el contenido de las decisiones que toman el legislador y el juez. Por lo tanto en nuestro ordenamiento jurídico las normas constitucionales adquieren fuerza vinculante y las normas legales deben interpretarse conforme a los principios y derechos constitucionales.

De ahí que en materia penal la Corte Constitucional haya sostenido que: “Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales- que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius puniendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas”¹⁵.

También el último de los requisitos explicados por GUASTINI para determinar si un ordenamiento jurídico se encuentra constitucionalizado se da en el caso colombiano; la sobreinterpretación de la constitución se manifiesta en la extracción que hace la Corte Constitucional de principios constitucionales que no se encuentran expresamente formulados en ella. Tal es el caso de la proporcionalidad y la razonabilidad derivados, entre otras razones del derecho a la igualdad¹⁶.

15 Corte Constitucional, sentencia C-038 de 1995.

16 “En la jurisprudencia colombiana, este principio (proporcionalidad) ha estado vinculado sobre todo con la aplicación del principio de igualdad. Sin embargo poco a poco se ha ido extendiendo al examen de las intervenciones legislativas y administrativas sobre otros derechos fundamentales...” BERNAL, CARLOS, *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, Pág. 132. La Corte Constitucional en sentencia C-1410 de 2000 explica el principio de proporcionalidad como concepto que surge del derecho a la igualdad así: “En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato...”

Como se puede observar, el ordenamiento jurídico colombiano tiene una clara vocación hacia su constitucionalización, proceso que afecta especialmente al derecho penal, debido a su pretensión de protección de derechos fundamentales -bienes jurídicos- y a su correlativa potencialidad de violación de los mismos. En consecuencia, el respeto de los derechos fundamentales establecidos por la constitución política y en los tratados internacionales -bloque de constitucionalidad- hace las veces, al mismo tiempo, de objeto, finalidad y fundamento del sistema penal.

Por lo anterior, en aras de una interpretación y aplicación válida desde el punto de vista constitucional de la normatividad punitiva, se debe tener muy en cuenta el papel que en un ordenamiento jurídico constitucionalizado, juegan los principios y derechos consagrados en la carta política, puesto que "... la constitución establece una regulación principialista. En este tipo de regulación "se recogen derechos (y deberes correlativos) sin especificar sus posible colisiones, ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros; o donde se fija objetivos o conductas también sin establecer el umbral mínimo de cumplimiento constitucionalmente obligado"... Por ello, "se produce (...) una pluralidad de mundos constitucionalmente posibles". La Constitución es abierta y "habla con muchas voces", pero el legislador y el juez escuchan la misma voz"¹⁷.

Así pues, como lo explica ALEXY, los derechos fundamentales se encuentran consagrados en la constitución en forma de principios y se caracterizan por tener el máximo rango dentro de la escala normativa que compone el ordenamiento jurídico, también por tener máxima fuerza jurídica y máxima importancia de objeto, puesto que con ellos se decide sobre "la estructura básica de la sociedad", adicionalmente están formulados con el mayor grado de indeterminación, lo cual exige que en los casos en donde un derecho fundamental se vea involucrado, sea satisfecho en la mayor medida posible, dependiendo de las elementos fácticos concretos y de los demás derechos con los que pueda entrar en colisión¹⁸.

17 BERNAL, CARLOS, *EL Neoconstitucionalismo a Debate*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2006, Pág. 12.

18 Con esto último se hace referencia a la particular estructura que tienen los derechos fundamentales y que los diferencia de las normas legales; en la medida en que ellos no se encuentran en normas jurídicas compuestas por una premisa mayor, una premisa menor y una consecuencia jurídica, como ocurre con la ley en sentido formal explicada desde el positivismo -estructura condicional hipotética-, sino que adquieren la forma de normas que consagran un valor que no se encuentra referido a un supuesto de hecho concreto y que por lo tanto admite distintos grados de satisfacción; así, el juez y el legislador deben buscar con sus decisiones cumplirlos en la mayor medida posible siempre y cuando las circunstancias y los demás derechos fundamentales que resulten contrapuestos lo permitan. De ahí que en la doctrina se insista reiteradamente en que los principios constitucionales constituyan mandatos de optimización. ALEXY, ROBERT, "Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático", en *Neoconstitucionalismo* (s), Editorial Trotta, Madrid, 2005.

2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL

En el contexto de un ordenamiento jurídico constitucionalizado como el que pretende ser el colombiano, con todas las características ya mencionadas, pero en especial, con el lugar preponderante que ocupan los principios y derechos fundamentales, la dogmática jurídico-penal debe tomar la forma, como lo sostiene JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, de una ciencia o dogmática lógico-axiológica, en la que al tiempo que se impone el análisis lógico de las normas de acuerdo con el derecho positivo buscando su coherencia sistemática¹⁹, también se exige indagar por su corrección desde el punto de vista axiológico, teniendo como referente las normas superiores, es decir los derechos humanos y la equidad²⁰.

En consecuencia, al incorporar normas con rango constitucional que son de textura abierta, como ocurre con los principios y derechos constitucionales; que deben tener aplicabilidad judicial y que de hecho su cumplimiento por todas las autoridades del Estado es exigible judicialmente; que adicionalmente limitan al legislador y que ni siquiera él puede disponer injustificadamente de su contenido y que se introducen en los diferentes ámbitos de la legislación orientando su interpretación; ocurre un importante e innegable cambio en la configuración de las diferentes fuentes del derecho.

19 Aquí se hace referencia a la necesidad de dotar al razonamiento dogmático de validez desde el punto de vista valorativo teniendo en cuenta los derechos constitucionales, sin embargo es importante también llamar la atención, como lo hace ROXIN, sobre la necesidad de complementar el pensamiento sistemático propio de la dogmática con valoraciones político-criminales. ROXIN resalta que el pensamiento sistemático es importante al facilitar el examen de casos concretos, también es importante porque permite una aplicación uniforme y diferenciada de la ley, al tiempo que simplifica la aplicación de las normas jurídicas, sin embargo advierte que esta forma de razonar conduce a olvidar la justicia al momento de resolver situaciones fácticas, reduce las posibilidades de solución, utiliza conceptos demasiado abstractos que alejan el conocimiento dogmático de la realidad y puede perder de vista la consecución de los objetivos político-criminales del derecho penal. ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal Parte General Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, Pág. 206-216.

20 “De esta manera, la ciencia dogmática del derecho penal no sólo ha de mostrar -cómo es- el derecho vigente, sino también -cómo debe ser- y, de consiguiente, -cómo no debe ser- (función negativa). Cuando estas valoraciones político-criminales de la legislación se inspiran en instrumentos jurídico-positivos de validez suprallegal, como lo son las normas, principios y valoraciones de la parte dogmática de la constitución y los tratados públicos sobre derechos humanos, se desemboca en la invalidez y por tanto en la inaplicabilidad de la ley. Y dado que el derecho penal es disciplina político-valorativa y no meramente lógico formal, toda proposición acerca del Derecho penal que -es- contiene forzosamente una valoración del que -debe ser- (sea o no que ambas perspectivas coincidan)” FERNÁNDEZ, JUAN, *Derecho Penal Liberal de Hoy*, Editorial Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2006, Pág. 149.

En este sentido podemos afirmar que el nuevo-constitucionalismo se ubica dentro de lo que LÓPEZ denomina corrientes antiformalistas, en las que se pone en duda el valor incuestionable de la ley en sentido formal como fuente única o más adecuada para la solución de casos concretos²¹, surgiendo entonces alternativas diferentes para la organización o distribución del poder político a través de la posibilidad de definir lo jurídico, especialmente rescatándose el papel de los jueces y la jurisprudencia en su labor de interpretación y salvaguarda de la constitución.

Y es que si entendemos la constitución como lo hace el constitucionalismo moderno, debemos aceptar el rol activo del juez en la creación del derecho, a quien no se le puede negar un amplio (aunque no arbitrario) margen de acción en la interpretación de las normas, tanto de las ordinarias -puesto que debe acceder a ellas con un sentido crítico-valorativo que le permita cumplir y respetar los principios y derechos constitucionales con su aplicación- como de las constitucionales -ya que al estar formuladas en forma de principios el juez debe acudir a herramientas hermenéuticas como la ponderación para poder derivar de ellas efectos concretos-²².

Negar esta posibilidad no sería nada distinto que dejar a los principios y derechos constitucionales escritos como meras expectativas sin ninguna fuerza normativa o jurídica real; simplemente su cumplimiento quedaría sujeto a la voluntad exclusiva del legislador, aceptándose acríticamente sus determinaciones, lo cual conlleva a suponerlas correctas desde el punto de vista del deber ser del derecho o a entender lo relacionado con ese deber ser, como algo ajeno a lo jurídico y propio únicamente de la moral, relacionando la validez de las normas solamente con criterio formales, en el sentido explicado por FERRAJOLI²³.

21 LÓPEZ, DIEGO, *El Derecho de los Jueces*, LEGIS, Bogotá, 2002, Pág. 140-144.

22 “La textura abierta de los textos constitucionales que consagran principios y valores, determina un margen amplio de apreciación judicial. Esta libertad en la interpretación es considerada una de las condiciones para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. Se parte aquí del postulado - ya previsto por Aristóteles en su *Ética a Nicómaco* - según el cual, los meros conceptos legales, en ocasiones, resultan insuficientes para el logro de la justicia real y efectiva.” Corte Constitucional, sentencia C-230 de 1994.

23 “El grado de justicia externa vendrá dado por la cantidad y calidad de los principios de justicia incorporados limitativamente en los niveles normativos más altos del ordenamiento; el grado de justicia interna dependerá de la cantidad y calidad de las garantías de las que esté dotado el ordenamiento, es decir, de las técnicas institucionales capaces de asegurar la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad de los principios incorporados... He distinguido después, en relación a la estructura lógica de las diferencias de rango entre normas en los ordenamientos complejos de los modernos estados constitucionales de derecho, entre vigencia y validez de las normas penales: la primera asegurada (sólo) por la mera legalidad o conformidad formal a las leyes de los actos de producción normativa, la segunda (también) por la estricta legalidad o conformidad sustancial a las leyes de los significados o contenidos de las normas producidas”. FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón – Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 2004. Pág. 367-379.

Este esquema constitucionalizado del ordenamiento jurídico debe tener consecuencias reales y palpables en las diferentes ramas del derecho, especialmente en el ámbito del derecho penal, siendo este la forma más agresiva que tiene el Estado de Derecho para ordenar el comportamiento de las personas. Pero indudablemente tal posición genera no pocos reparos, en especial tratándose del derecho penal, en donde este tipo de razonamiento parece relativizar garantías clásicas y de suma importancia, especialmente el principio de legalidad.

Sin embargo, desde el punto de vista del sistema punitivo, en un ordenamiento jurídico constitucionalizado la ley sigue siendo garantía de todas las personas, puesto que la máxima no hay pena ni delito sin ley²⁴, mantiene plena vigencia; lo que sucede es que el juez debe dejar de ser un autómatas, estando en capacidad de realizar una interpretación constitucional válida de la norma penal que debe aplicar, para salvar mediante el recurso a los principios constitucionales, los vacíos o contradicciones a los que la ley penal puede conducir al ser aplicada ciegamente.

El principio de legalidad se mantiene incólume, pues la facultad de interpretación en cabeza del juez no le permite punir por encima o más allá de la ley, pero si le permite modular los efectos o alcance de la aplicación de la ley penal, bien sea para dejar de sancionar o para sancionar menos, siempre que el caso concreto sea susceptible de una argumentación racional con validez constitucional, que por ejemplo permita, evitar la imposición de una pena que causaría un daño injustificado²⁵. Con

24 Tampoco juez ni procedimiento previamente establecido legalmente.

25 Aquí es importante tener en cuenta el debate que ha generado la idea de la ponderación, desde la fórmula propuesta por ALEXYS hasta las críticas que a la misma expone el Profesor MORENO -sobre todo en torno a los límites racionales de sus componentes y los factores que inciden en la determinación de su valor en casos concretos-, en cuanto método de aplicación de los derechos fundamentales; sin embargo no es este el espacio para entrar en la discusión, por el momento basta decir que si bien los métodos de argumentación que acompañan al constitucionalismo y a la teoría que con él se desprende sobre los derechos fundamentales, han sido cuestionados por conducir a un decisionismo o subjetivismo en la decisión judicial, lo cierto es que dichos desarrollos sobre argumentación jurídica no tienen la pretensión de eliminar el componente subjetivo o político que subyace a las decisiones tomadas por el juez incluso dentro del positivismo tradicional, sino sacarlas a flote y ponerlas de presente, para poder reducirlas a un mínimo que pueda ser considerado como racional desde el punto de vista constitucional, facilitando su control dada la publicidad y lo explícitos que deben ser los argumentos para la aplicación de los derechos y principios fundamentales y la interpretación que de acuerdo con ellos se realice de las normas legales en la actividad del juez. Al respecto BERNAL PULIDO afirma “Si bien no puede reducir la subjetividad del intérprete, en ella si puede fijarse cual es el espacio en donde yace esta subjetividad, cual es el margen para las valoraciones del juez y cómo dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar las decisiones. La ponderación se rige por ciertas reglas que admiten una aplicación racional, pero que de ninguna manera pueden reducir la influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación” BERNAL, CARLOS, *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, Pág. 110. Y en este mismo sentido es pertinente las afirmaciones críticas de DIEGO LÓPEZ sobre el sistema de fuentes del derecho tradicional: “...es necesario mostrar que el problema de las fuentes tiene un componente político fundamental que el tradicionalismo de fuentes ignora las más de las veces... Lo que es cierto, en todo caso, es que el sentido de la decisión se determina

la constitucionalización del ordenamiento jurídico, tenemos que hablar entonces de un principio de *estricta legalidad*, en el que por encima del acatamiento formal e irrestricto de la ley, se busque su cumplimiento dotado de validez constitucional, es decir “anclarse en firmes referentes materiales de valor encarnados en la persona humana”, orientado por el principio pro-homine²⁶.

Así las cosas, la conexión entre la dogmática penal y la constitución política, en los términos aquí referidos, puede comenzarse a cimentar desde la teoría del delito a partir de tres aspectos que consideramos fundamentales para estos efectos, los cuales estarían dirigidos tanto al legislador como al juez. En primer lugar, como lo explica GÓMEZ PAVAJEAU, construyendo el injusto penal -lo cual debería reflejarse en todas las disposiciones de la parte especial del Código- a partir de lo dispuesto en el artículo 16 de la Carta Política, entendiendo los tipos penales como formas de limitación de la libertad general de acción y que por lo tanto únicamente serán legítimos desde el punto de vista constitucional mientras estén orientados a “proteger un derecho constitucional fundamental de otro o disposiciones jurídicas que encarnan un valor constitucional fundamental funcional a la protección de tales derechos”²⁷, lo que supone la prevalencia de un injusto objetivo determinado de manera preponderante por el desvalor de resultado.

En segundo lugar, rescatando el concepto de “exigibilidad de otra conducta” como componente esencial del concepto normativo de culpabilidad, interpretándolo con miras a realizar el principio de la dignidad humana, lo que implicaría tomarse en serio en el escenario judicial, qué tipo de comportamientos le es legítimo a un Estado democrático exigir a sus ciudadanos teniendo en cuenta las circunstancias reales en las que actúan y las necesidades y carencias a las que el mismo Estado ha

mediante una apreciación en conjunto de los materiales legales y probatorios y que, frente a su complejidad, hay una “intuición” de contenido moral que les da forma e inteligibilidad...” LÓPEZ, DIEGO, *El Derecho de los Jueces*, LEGIS, Bogotá, 2002, Pág. 182.

26 “...la estricta legalidad penal no solo ampara a las víctimas sino también a los imputados y a los propios delinquentes... y por cierto tanto contra invasiones o interferencias graves que provengan del comportamiento voluntario y controlable de otros sujetos particulares, cuanto con respecto a cualquier contenido arbitrario posible y evitable de las decisiones judiciales y de las propias leyes penales...” FERNÁNDEZ, JUAN, *Derecho Penal Liberal de Hoy*, Editorial Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2006, Pág. 37-41.

27 “...la fórmula del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad adoptada por la Carta Política de Colombia se construye a partir de la exigencia de elementos cuya presencia es acumulativa... los derechos de los demás y el orden jurídico... resulta imprescindible que la norma jurídica tenga como objeto la protección de un derecho constitucional fundamental; pero además solo habrá injusto cuando se vulnere la norma y efectivamente se afecte por puesta en peligro o lesión el derecho protegido”. GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS, *Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal*, Giro Editores, Bogotá, 2005, Pág. 256-257.

contribuido, para poder formular con validez constitucional el juicio de reproche que llevará consigo la atribución de responsabilidad penal²⁸.

Y en tercer lugar, aceptar como requisitos indispensables para la imposición de la sanción penal, la orientación que en términos constitucionales imponen los principios enunciados en el artículo 3° del Código Penal colombiano, asumiendo que el juez penal dentro de sus consideraciones debería tener en cuenta siempre, la pregunta por la justificación de la sanción, en términos de su necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, más allá de la constatación formal de las categorías dogmáticas que integran la estructura del delito.

3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO FUNDAMENTAL PARA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

En el Estado constitucional se incorporan los valores que legitiman externamente al ordenamiento jurídico, en forma de normas positivas con rango constitucional, bajo la modalidad de principios; en el derecho penal, algunos de estos valores constitucionales, también son formulados dentro de los propios códigos bajo el título de “normas rectoras”, las cuales son entonces reflejo del contenido axiológico que la constitución impone al sistema penal, como parámetros de legitimación y límite al ejercicio del ius puniendi. De aquí la importancia de los principios constitucionales de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, que orientan la aplicación de las penas y que se encuentran enunciados en el artículo 3° del Código Penal.

28 Si por dignidad entendemos que ninguna persona debe ser tratada como un medio, sino que debe ser tratada como un fin en sí misma, el juicio de reproche jurídico-penal debe partir de esta consideración, en el sentido de renunciar a exigir a través del derecho penal un comportamiento conforme a derecho, cuando ese comportamiento conforme a derecho termine cosificando a la persona, al no consultar con sus necesidades materiales. Desde esta perspectiva cabría preguntarse por la legitimidad de la persecución penal en fenómenos delictivos que se encuentran estrechamente ligados a situaciones como la indigencia -para poner tan solo un ejemplo-. La Corte Constitucional en sentencia C-542 de 1993 declaró la inconstitucionalidad de algunas normas de la Ley 40 de 1993, entre ellas la que criminalizaba el pago de rescates por familiares secuestrados, puesto que “Por su dignidad, el hombre es un fin en sí mismo y no puede ser utilizado como un medio para alcanzar fines generales, a menos que él voluntaria y libremente lo admita. Por tanto, el principio de la primacía del interés general, aceptable en relación con derechos inferiores, como el de la propiedad, no es válido frente a la razón que autoriza al ser humano para salvar su vida y su libertad, inherentes a su dignidad”. Se trata de vincular este tipo de razonamientos a la constatación de la culpabilidad que debe darse a nivel judicial, por medio de la categoría de “la exigibilidad de otra conducta”, para esto resulta relevante la discusión sobre la admisión del “estado de necesidad disculpante” en nuestro ordenamiento. Sobre esta modalidad del estado de necesidad ver: ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal Parte General Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, Pág. 895-925.

En este contexto, las ideas de vigencia y validez de las normas se separan, la primera haciendo referencia al cumplimiento de los requisitos formales que imponen los preceptos superiores que indican la forma de producción del derecho, la segunda, apuntando a la compatibilidad del contenido de la ley con los principios y derechos constitucionales. Esto debe incidir necesariamente en las sentencias judiciales, en especial en materia penal, ya que el juez no debería dar cuenta solamente y de manera mecánica de las normas legales que aplica, sino que debería buscar dotar de validez constitucional su decisión a partir de la interpretación, que desde el punto de vista axiológico y siguiendo las pautas fijadas por la constitución, haga de ellas; tratándose de normas que contemplan delitos y penas, esto implica preguntarse en todos los casos, por la necesidad, la proporcionalidad y la razonabilidad de la sanción, sin limitarse solamente a aquellos eventos en que expresamente el Código Penal parece autorizar al operador judicial a tener en cuenta la necesidad, de acuerdo con lo estipulado en el mismo artículo 3° al decir que “El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que lo desarrollan”²⁹.

Con relación al principio de proporcionalidad en materia penal, debemos enfatizar que adquiere una importancia mayúscula teniendo en cuenta la relación del derecho punitivo con los derechos fundamentales. “Se admite que la libertad es el punto de partida de la vida en sociedad, es la regla general y sólo puede ser restringida excepcionalmente por la ley, cuando otras razones constitucionales así lo exijan. Además, en este caso, las restricciones deben ser proporcionadas”³⁰.

29 “Lo anterior quiere decir que, de acuerdo a la interpretación que se viene esbozando, solamente es pertinente para un juez acudir al principio de necesidad de la pena como criterio hermenéutico en los siguientes casos: a. para individualizar la pena una vez el juez haya fijado el cuarto de movilidad punitiva de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 del Código Penal, b. para conceder el beneficio de suspensión condicional de la ejecución de la pena conforme al numeral 2 del artículo 63 del mismo estatuto y para efectos de conceder la libertad condicional, tal como lo dispone el artículo 64 del Código Penal, c. para prescindir de la pena en los casos de delitos culposos cuyas consecuencias hayan alcanzado exclusivamente al autor o a alguno de sus parientes siempre que se encuentren dentro de los grados de parentesco enumerados en el artículo 34 del Código Penal, d. Con anterioridad a la sentencia C-355 de 2006, para prescindir de la pena cuando no resultara necesaria en los casos de aborto que tenían lugar con ocasión de los eventos consagrados en el inciso primero del artículo 124 del Código Penal.

En este orden de ideas, podemos afirmar que en el ordenamiento penal colombiano, por regla general la valoración sobre la necesidad de la pena ha sido realizada previamente (*y en abstracto*) por el legislador, quien ha señalado unos pocos eventos en donde el juez tiene la posibilidad de reflexionar sobre este principio respecto de casos concretos, para concluir si la pena podrá cumplir o no sus fines y así conceder la consecuencia jurídica que la misma norma, la cual le permite tocar el tema de la necesidad, prevé; en todos los demás casos debe asumirse entonces, que la pena es necesaria siempre que la conducta sea típica, antijurídica y culpable”. COTE, GUSTAVO, “La Necesidad de la Pena – Reflexiones a Partir de los Artículos 3° y 4° del Código Penal Colombiano”, Publicado en: *Revista Universitas*, Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas N. 114, Bogotá, 2007, Pág. 194.

30 BERNAL, CARLOS, *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, Pág. 124.

El principio de proporcionalidad implica que en el derecho penal de un Estado constitucionalizado, no puede haber normas que consagren delitos sin fundamento alguno, ni tampoco penas excesivas. Dado que el Estado debe recurrir al derecho penal en tanto mecanismo último para la protección de derechos fundamentales al tiempo que con este recurso también los limita, el principio de proporcionalidad se erige como criterio que fundamenta la prohibición de exceso a través de la intervención del derecho penal en los derechos de las personas³¹—incluso para algunos también como una prohibición de protección penal deficiente de esos mismos derechos³², la proporcionalidad así se convierte en el elemento discursivo con el cual se pretende darle al derecho penal el alcance indispensable para que pueda cumplir con su finalidad, causando el menor daño posible.

El principio de proporcionalidad ha sido objeto de un amplio desarrollo en la jurisprudencia constitucional colombiana, sin embargo, en materia penal, se ha orientado solamente como límite de la actividad del legislador en la definición de las

31 “22- De otro lado, y como bien lo señalan algunos intervinientes, las disposiciones acusadas también podrían resultar violatorias de la Carta, por desconocer el principio de proporcionalidad y el carácter del derecho penal como última ratio. Así, esta Corte ha señalado que el principio de proporcionalidad o “*prohibición de exceso*” limita la libertad de configuración del Legislador en materia punitiva. Esta Corporación ha concluido entonces que “*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*”²⁶. Directamente ligado al principio de proporcionalidad, es claro que el Estado debe evitar la criminalización de conductas, cuando tenga otros medios menos lesivos que el derecho penal para proteger los bienes jurídicos que pretende amparar. Y es que en un Estado social de derecho, fundado en la dignidad humana y en la libertad y autonomía de las personas (CP arts 1º, 5º y 16) resulta desproporcionado que el Legislador opte por el medio más invasivo de la libertad personal, como es el derecho penal, cuando cuenta con instrumentos menos lesivos de estos derechos constitucionales, para amparar los mismos bienes jurídicos. El derecho penal en un Estado social de derecho está entonces también limitado por el principio de necesidad, pues tiene el carácter de *última ratio*. En consecuencia, resultan inconstitucionales aquellas penalizaciones que sean innecesarias. Así lo reiteró recientemente esta Corte, en la sentencia C-647 de 2001, MP ALFREDO BELTRÁN SIERRA, fundamento 4º, en donde señaló que “*el derecho penal en un Estado democrático sólo tiene justificación como la ultima ratio que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados*”.” Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2002.

32 En la doctrina se ha discutido si del texto constitucional es posible derivar obligaciones concretas de penalización para el legislador, al respecto se ha afirmado: “Como esta pretensión de protección con anclaje constitucional ha de cumplirse con medidas activas de promoción del ejercicio de los derechos fundamentales, a la función de establecimiento de valores que éstos cumplen sólo puede asignarse un valor genérico de -indicador de dirección-, cayendo su adecuada adaptación a cada circunstancia dentro del ámbito de responsabilidad del legislador” STERNBERG -LIEBEN, DETLEV, “Bien Jurídico, Proporcionalidad y Libertad del Legislador Penal”, publicado en: *La Teoría del Bien Jurídico*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2007, Pág. 107. Sobre este tema también ROXIN: “*Por el contrario, la ponderación entre bien común y libertad individual, así como la delimitación de libertades individuales en colisión, es asunto del legislador, cuyos márgenes de decisión son mucho mayores que los terrenos en que está vinculad*”. ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal Parte General Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, Pág. 64. La Corte Constitucional colombiana se ha referido al tema de la libertad de configuración del legislador en materia penal, en la sentencia C-939 de 2002.

penas y de los delitos a partir de categorías como la antijuridicidad material, el concepto de bien jurídico y la culpabilidad, adicionalmente se ha referido a la justificación constitucional de la limitación de los derechos fundamentales en el curso del proceso penal, extrañándose la concreción del principio en materia de determinación judicial de la pena, más allá del seguimiento de las prescripciones legales³³.

Siguiendo la teoría externa de los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad, constituye el criterio constitucionalmente válido para determinar si la limitación de un derecho fundamental se encuentra justificada o no³⁴. En su dimensión de prohibición de exceso, la proporcionalidad está integrada por tres sub-principios: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto³⁵. La idoneidad hace referencia a que la medida que limita un derecho fundamental, para nuestro caso la pena, debe ser idónea materialmente hablando para la consecución de un fin constitucionalmente válido; si aceptamos que el derecho penal busca la protección de bienes jurídicos los cuales deben tener un referente con relevancia constitucional, la idoneidad de la pena en el caso concreto deberá determinarse de acuerdo con los fines preventivos tal y como lo dispone el mismo artículo 3º; a su turno, la necesidad implica que no debe existir un mecanismo menos

33 Algunas sentencias de constitucionalidad relacionadas con el principio de proporcionalidad en materia penal: C-070 de 1996, C-118 de 1996, C-148 de 1998, C-370 de 2002, C-205 de 2003.

34 “Ambas teorías diferencian entre las disposición y la norma de derecho fundamental, o como señala MÜLLER, entre el texto y la norma. Como ya se mencionó también la teoría externa parte de una concepción lingüística de la Constitución... mientras la teoría externa incluye el empleo de éstos métodos dentro de la estructura del principio de proporcionalidad -recuérdese que la ponderación es parte de este principio-, la teoría interna prescinde por completo de este principio y lo considera un elemento que distorsiona el procedimiento interpretativo...” De acuerdo con la teoría interna los derechos fundamentales tienen un contenido preestablecido que “cuenta desde el principio con unas determinadas limitaciones”, mientras que en la teoría externa, el ámbito de validez se determina en dos momentos, el primero de ellos dado por su valor *prima facie* que determina un amplio margen de “protección inicial”, el segundo o definitivo, condicionado por las restricciones que se determinen en su desarrollo legislativo y que resulten justificadas de acuerdo con el principio de proporcionalidad. BERNAL, CARLOS, *El Neoconstitucionalismo a Debate*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2006, Pág. 39-44. Al respecto ver también: BOROWSKY, MARTIN, “La restricción de los Derechos Fundamentales”, publicado en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 59, Mayo-Agosto, 2000, Pág. 29-56.

35 En sentencia C-070 de 1996, la Corte Constitucional afirmó sobre el principio de proporcionalidad en materia penal: “El principio de proporcionalidad presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales. Este sopesamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios. Como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales, la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferencial, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia. Así, por ejemplo, en el ejercicio de la reserva legal establecida para la reglamentación de derechos constitucionales, sólo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales. En términos generales, entre mayor sea la intensidad de la restricción a la libertad mayor será la urgencia y la necesidad exigidas como condición para el ejercicio legítimo de la facultad legal”

lesivo para los derechos fundamentales³⁶ y que sea igualmente idóneo, aquí es importante la reflexión en torno de los subrogados penales y los mecanismos de justicia restaurativa como sustitutos de la pena privativa de la libertad, teniendo en cuenta los esfuerzos que al parecer hizo la Ley 906 de 2004 en este sentido, pero sobre los cuales se ha intentado retroceder con la expedición de leyes posteriores como la Ley 1142 de 2007; en tercer lugar, la proporcionalidad en sentido estricto exige que “para que una intervención penal en la libertad o en los demás derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de la intervención (es decir la protección del bien jurídico) debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental”³⁷. (Paréntesis fuera del texto original)

La Corte constitucional en sentencia T-269 de 2002 ha dicho que es posible para el Estado limitar un derecho fundamental cuando colisiona con otro, pero que esa limitación para ser válida, debe ser proporcional, lo que podrá ser determinado si se cumplen los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los cuales en la teoría del delito deben orientar la argumentación del juez a propósito de la antijuridicidad material de la conducta³⁸ y el grado de culpabilidad³⁹,

36 Por esto en el diseño de la política criminal se deben tener en cuenta otros mecanismos de control social diferentes al derecho penal y reflexionar sobre ellos antes que pretender construir tejido social a partir de la imposición de penas. “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 entendiendo 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” BARATTA, ALESSANDRO, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Siglo XXI Editores, Avellaneda-Argentina, 2004, Pág. 213-214.

37 BERNAL, CARLOS, *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, Pág. 136.

38 Sobre la relación entre el principio de proporcionalidad y el de antijuridicidad, la Corte Constitucional ha dicho: “Sin necesidad de elevar el principio de antijuridicidad al rango de principio suprallegal, 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 exlimitación 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)” Sentencia C-070 de 1996.

39 Sobre la relación entre el principio de culpabilidad y el de proporcionalidad, la Corte Constitucional en sentencia C-239 de 1997 afirmó: “Para el derecho penal del acto, uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad. No obstante, es de considerar que el aspecto subjetivo de la prohibición no se agota, en todos los casos, en las formas de culpabilidad que enumera el Código Penal (dolo, culpa y preterintención). La ilicitud de muchos hechos no depende únicamente de su materialización y realización

con miras a los fines que se pretende cumplir con la pena y así decidir sobre su imposición y dosificación.

Como hemos visto, la proporcionalidad a secas incluye como sub-principio la necesidad, luego la restricción que el Art. 3º impone a esta última, impide al juez hacer un verdadero juicio de proporcionalidad para la imposición de la sanción penal, entendiéndola como limitación grave de derechos fundamentales.

Se restringe de esta forma la posibilidad del juez de hacer un ejercicio argumentativo en torno a la proporcionalidad, al limitar la consideración de la necesidad a unos pocos casos predeterminados por el legislador; creemos que es precisamente en este escenario, en donde de acuerdo con la lógica del Estado constitucional, se hace más pertinente la argumentación pública del juez a través de la sentencia sobre la proporcionalidad y por consiguiente sobre la justificación de la sanción penal, la cual no es posible si no se permite la reflexión sobre la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Es insuficiente la confianza ciega en la decisión previamente tomada por el legislador sobre la necesidad de la pena en todos los casos, en donde exista una explicación dogmática formal de la ocurrencia de un delito⁴⁰.

Podrá objetarse que con esto se genera inseguridad jurídica y que constituye un quebranto del principio de legalidad de los delitos y de las penas, lo cual finalmente es una garantía también fundamental, para que la libertad no quede al arbitrio de ninguna autoridad ni siquiera a la de un juez, sin embargo hay que insistir en que esta afirmación, sin querer quitarle importancia ni mitigar el principio de legalidad, demuestra la desconfianza hacia al juez propia del estado liberal-positivista y formalista⁴¹; dentro de la dinámica del Estado constitucional que exige la existencia de normas jurídicas que positivizan principios y derechos de rango constitucional, siendo estas normas de textura abierta, lo que implica un rol diferente en cabeza del juez, debemos aceptar la actividad proactiva de la judicatura, constituyéndose la

consciente y voluntariamente, sino que debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto. Tales componentes psicológicos pueden ser tenidos en cuenta únicamente cuando es el propio tipo el que de modo expreso los acoge, ya sea para fundamentar el injusto, su agravación, atenuación o exclusión. Esos componentes subjetivos adicionales cumplen la función de distinguir un comportamiento punible de otro que no lo es, o de diferenciar entre sí varias figuras delictivas. Para graduar la culpabilidad deben tenerse en cuenta los móviles de la conducta, pero sólo cuando el legislador los ha considerado relevantes al describir el acto punible. Dichos móviles, que determinan en forma más concreta el tipo, en cuanto no desconozcan las garantías penales ni los demás derechos fundamentales, se ajustan a la Constitución, y su adopción hace parte de la órbita de competencia reservada al legislador. Los móviles pueden hacer parte de la descripción del tipo penal, sin que por ello, en principio, se vulneren ninguna disposición constitucional.”

40 Este tipo de análisis también es importante, pero complementado por la perspectiva constitucional que posibilita una dogmática axiológica como lo explica JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA.

41 ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El Derecho Dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, Pág. 21-41.

exigencia de argumentación constitucional, en el mejor control para salvaguardar el principio de legalidad, argumentación que gira en torno al principio de proporcionalidad el cual lleva inmerso el de necesidad; para esto es indudable que los jueces deben estar suficientemente capacitados en materia de derechos fundamentales, argumentación e interpretación jurídica.

En este orden de ideas, el análisis del principio de proporcionalidad en la imposición de las penas, no puede restringirse de antemano por el legislador como lo hace el Art. 3 del Código Penal Colombiano, limitando la referencia a la necesidad a unos pocos casos. Esto podría sugerir, que simplemente con tener en cuenta la fórmula de cuartos y los criterios para la dosificación punitiva establecidos en el Capítulo II Título IV del Código Penal, se cumple con el principio de proporcionalidad en la imposición de la pena; de ser así, lo cual para muchos puede ser lógico sobre todo si se trata de salvaguardar el principio democrático⁴² y de legalidad, queda la pregunta de cómo debe jugar la consideración en torno al caso concreto y las particularidades del agente, en la determinación de la pena. ¿Es posible imponer una sanción penal que sea proporcional ateniéndonos solamente a las decisiones, algunas de ellas puramente matemáticas, previas del legislador? El principio de proporcionalidad, en los términos como ha sido definido por la Corte Constitucional, exige para poderse concretar que el juez considere la realidad en la cual están siendo limitados los derechos fundamentales de una persona, de hecho el mismo artículo 61 del Código Penal hace referencia a la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir, entre otros criterios, para individualizar la sanción una vez se ha establecido el cuarto de movilidad punitiva; sin embargo para que todos estos criterios puedan ser verdaderos requisitos de motivación que el juez deba cumplir al imponer la pena, requieren tener en cuenta el caso concreto -tanto a la situación como al sujeto- y el contenido del principio de proporcionalidad ya explicado, lo que impediría dejar de lado la pregunta por la necesidad.

Esto conduce necesariamente a aceptar que el principio de proporcionalidad no es relevante solamente en la actividad desplegada por el legislador, lo es también en la del juez, concretamente al momento de imposición de la sanción penal. La pregunta siguiente sería entonces: ¿qué sucede si al concretar los criterios que establece el código para la individualización de la pena, siguiendo el principio de proporcionalidad, el juez concluye que la sanción no está justificada desde el punto de vista constitucional? Las opciones son dos: 1. Imponer la pena pese a la carencia de una justificación constitucional -aunque la puede tener desde el punto de vista

42 Partiendo de un concepto formal o procedimental de la democracia, no de un concepto de democracia sustancial, en el que no todo, empezando por el respeto de los derechos fundamentales, está sujeto a la ley de las mayorías.

sistémico-dogmático- seguramente para mantener incólume el principio de legalidad formal o, 2. prescindir de la pena o incluso imponerla por debajo del mínimo legal, buscando adoptar una justificación constitucional de la decisión judicial, siguiendo el principio de estricta legalidad⁴³.

La Corte Constitucional en sentencia C-647 de 2001, se refirió a la necesidad de la pena, afirmando que en un Estado democrático, no pueden imponerse penas que resulten desproporcionadas o inútiles desde el punto de vista de su utilidad social, pero en todo caso mantiene la postura tradicional, al suponer satisfecho el principio de proporcionalidad en la medida en que el juez se mueva únicamente entre los extremos punitivos fijados por el legislador. Insistimos nuevamente, en un Estado constitucional el límite máximo es infranqueable, pero sostenemos que en virtud de la aplicación constitucional de los principios de proporcionalidad y necesidad, el límite mínimo puede ser relativizado, con el fin de evitar afectaciones injustificadas en los derechos fundamentales del condenado⁴⁴.

Teniendo en cuenta los problemas que surgen del análisis de la culpabilidad, tenemos que reiterar entonces que el solo juicio de reproche no es suficiente para la imposición de la pena, por esto se debe recurrir a los principios que la orientan, lo cual conduce a preguntarse por sus fines. La condena será legítima siempre y cuando esté presente en su motivación la ponderación de los intereses y derechos que se ven afectados y que están en contraposición, ejercicio en el cual el principio de proporcionalidad deberá jugar un papel preponderante, como un mínimo argumentativo que ponga de presente en todos los casos la idoneidad de la medida, la proporcionalidad en sentido estricto y su necesidad; solo con estos tres criterios, es posible dotar de validez democrática y política la imposición de una sanción penal, muy seguramente sin superar los problemas que se han puesto de presente con los debates en torno a la culpabilidad y a los fines de la pena, pero si consolidando la decisión judicial con una mayor solidez y al mismo tiempo dando mayores garantías

43 Dado que con relación a la pena privativa de la libertad no es posible anticipar su costo para el condenado, FERRAJOLI ha afirmado que "...a mi juicio, al menos para las penas privativas de la libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal; sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo". FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, Pág. 400.

44 "Como quiera que el delito vulnera un bien jurídico protegido por la ley, la proporcionalidad de la pena exige que haya una adecuación entre la conducta delictiva y el daño social causado con ella, habidas las circunstancias que la agraven o la atenúen, lo que supone de suyo que la proporcionalidad traza los límites de la pena y la medida concreta de la misma, asunto que corresponde establecer al legislador e individualizar al juez dentro de los límites mínimos y máximos señalados por aquel, analizadas las circunstancias concretas de modo, de tiempo y de lugar, así como las particulares en que se sitúe el agente del delito, todo lo cual constituye el amplio campo donde se desarrolla la dosimetría penal... La utilidad de la pena, de manera ineluctable, supone la necesidad social de la misma." Corte Constitucional, sentencia C-647 de 2001.

con miras al procesado, frente a quien la imposición o no de la sanción penal deberá estar motivada desde el punto de vista constitucional, de forma complementaria a la argumentación formal sobre la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

De esta manera, al permitirse que el juez acuda a los principios constitucionales de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad -recogidos como normas rectoras en el Código penal- para la imposición de las penas, se acerca la dogmática jurídico-penal a la realidad social en que producirá sus efectos, complementada por consideraciones políticocriminales en torno de la finalidad que se busca con la sanción.

“... el principio de, proporcionalidad se mantiene como base para limitar la utilización del Derecho penal. Tal límite específicamente penal -al mismo tiempo trascendente a los derechos fundamentales- podría justificarse por la especial gravedad de la intromisión en un derecho fundamental que supone el Derecho penal... El Derecho penal se caracteriza frente a otras normas por reclamar la forma más fuerte de obligatoriedad y, por ello, intervenir de manera especialmente intensa en la libertad del individuo. Por esta razón necesita de una justificación material especial frente a otros instrumentos de actuación del Estado”⁴⁵, en un ordenamiento jurídico constitucionalizado, que define al Estado como social de Derecho, tal justificación material se encuentra en la proporcionalidad de la sanción penal con miras a la prevención.

4. LA PREVENCIÓN COMO CRITERIO PARA DETERMINAR LA NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

Con lo anterior, si la pena, atendiendo a un fin constitucionalmente válido, para que sea proporcional debe ser idónea con miras a conseguir dicho fin y necesaria en la medida en que tal fin no puede lograrse con un medio menos lesivo, tendremos entonces que definir cual es esa finalidad que servirá de criterio para determinar la proporcionalidad. En tal sentido haremos una breve referencia a los fines que tradicionalmente se le han reconocido a la pena.

En primer lugar tenemos la retribución como teoría absoluta de la pena -*punitur quia peccatum est*-, en donde la sanción se sustenta por el hecho mismo del delito, la cual ha sido explicada por los filósofos más representativos del idealismo alemán, KANT y HEGEL, y defendida incluso por la propia iglesia católica y protestante; según

45 BÖSE, MARTIN, “Derechos Fundamentales y Derecho Penal como -Derecho Coactivo-”, publicado en: *La Teoría del Bien Jurídico*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2007, Pág. 140-144.

la cual la pena debe ser proporcional a la culpabilidad, es decir que dependiendo del grado de culpabilidad se determinará la magnitud de la pena⁴⁶.

A esta teoría subyace la idea de expiación de la culpa, entendida como el daño que debe padecer el delincuente, como consecuencia del daño que ha producido a su víctima y al ordenamiento en general. De esta forma, según KANT, con la imposición de la pena se busca restituir el valor justicia en abstracto, el cual se supone debe imperar en cualquier organización política racional, siendo la sanción entonces la consecuencia racionalmente necesaria a la infracción de la ley⁴⁷; o, siguiendo a HEGEL, con ella se pretende negar el delito, el cual se entiende como la negación del derecho, reafirmando como expresión racional vigente de una organización política humana, a pesar de la voluntad subjetiva del delincuente⁴⁸. Ambos autores serían partidarios de la ley del talión como justa medida de la intensidad de la sanción penal⁴⁹.

De la retribución como fin de la pena se ha rescatado, que ata la intensidad de la sanción al grado de culpabilidad, convirtiéndose así en una garantía para la libertad del individuo, en tanto impediría penas excesivas a las que se podría fácilmente llegar en el afán de imponer castigos intimidadores. ROXIN ha afirmado al respecto que “Si la pena debe “corresponder” a la magnitud de la culpabilidad, está prohibido en todo caso dar un escarmiento mediante una penalización drástica en casos de

46 “De acuerdo con este criterio la pena no se justifica en virtud de la utilidad social, cualquiera que esta sea, que se persiga con ella, sino solamente por la idea de la justicia: la pena debe imponerse para que la justicia domine en la tierra” ROXIN, CLAUS, *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*, Secretariado de Publicaciones de Sevilla, 1981, Pág. 34.

47 En la *Metafísica de las Costumbres* KANT afirmaría que “Incluso en el caso de que una sociedad con el acuerdo de todos sus miembros acordara unánimemente disolverse... debería ser ejecutado antes el último asesino que estuviera en la cárcel, para que todo el mundo supiera el trato que merecen sus hechos, y no recaiga la responsabilidad colectiva sobre el pueblo que no insistió en el castigo”.

48 Es importante mencionar que, aunque aquí no se han planteado la retribución y la expiación como dos teorías independientes; para algunos autores la teoría de la retribución, en la que se enmarcan los planteamientos de los dos filósofos alemanes mencionados, si es diferente a la teoría de la expiación, siendo en todo caso las dos teorías de las llamadas absolutas de la pena, en cuanto justifican su imposición en la sola corrección de su existencia. LESCH, HEIKO, *La función de la Pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, Pág. 18-25.

49 “...el contenido de la pena consiste pues en “la satisfacción de la justicia”, esto es, en cualquier caso - ¡retrospectivamente!- en el restablecimiento del orden perturbado por el hecho...Por lo que respecta a la magnitud de la pena, KANT se inclina por el principio de la compensación en el mismo género, esto es, por el talión...” a su turno Hegel diría: “Si matas a alguien, ¡estás matando a todos ya a ti mismo! La acción es una ley que tu promulgas que precisamente por medio de tu actuar has reconocido en sí y para sí. El actuante puede, pues, ser subsumido para sí bajo la misma forma de actuación que él ha promulgado y, de esta manera, se reconstruye de nuevo la igualdad que él ha lesionado: ius talionis” *Ibid.* Pág. 21-25-30-31.

culpabilidad leve. La idea de la retribución marca, pues, un límite al poder punitivo del Estado y tiene, en esa medida, una función liberal de salvaguarda de la libertad”⁵⁰. Sin embargo la retribución como fin de la pena ha sido fuertemente cuestionada por cuanto, si se reconoce como finalidad del derecho penal la “protección subsidiaria de bienes jurídicos”, no es posible sustentar la imposición de la pena prescindiendo de su utilidad social⁵¹.

A su turno, las teorías de la prevención especial y de la prevención general, aparecen como teorías relativas de la pena *-sed ne peccetur-*, ya que ellas explican la sanción penal teniendo en cuenta su efecto futuro, es decir, para que no se vuelva a delinquir; el fundamento de la pena ya no se halla en ella misma mirando hacia el pasado, sino que se encuentra en función de la utilidad que con ella se pretende lograr con posterioridad a su aplicación.

“PLATÓN señala: Nadie impone una pena y se dirige contra quienes han cometido un delito, a no ser quien se quiera vengar de forma poco razonable como animal. Quien, en cambio, pretenda penar a otro de una forma razonable, no le impondrá la pena por el injusto cometido, puesto que él no puede deshacer lo ya hecho, sino en razón del futuro, para que no vuelva a cometer ni el mismo injusto ni otro parecido”⁵².

En otro lugar habíamos precisado⁵³, que la prevención especial toma fuerza en el Derecho Penal moderno a partir del siglo XIX con la escuela positivista italiana y la escuela sociológica del derecho penal, las cuales pretendieron realizar una aproximación etiológica al fenómeno delictivo enfocando la intervención punitiva a la prevención de delitos futuros por parte del delincuente que se sancionaba⁵⁴. Al abordarse el estudio del derecho penal con los presupuestos de las ciencias naturales,

50 ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal Parte General Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2006, Pág. 84.

51 “...la teoría de la retribución ya no se puede sostener hoy científicamente. Pues, si, como se puso de manifiesto en los párrafos anteriores, la finalidad del derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescinda de todos los fines sociales” *Ibid.*

52 LESCH, HEIKO, *La función de la Pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, Pág. 38.

53 COTE, GUSTAVO, “La Necesidad de la Pena – Reflexiones a Partir de los Artículos 3º y 4º del Código Penal Colombiano”, Publicado en: *Revista Universitas*, Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas N. 114, Bogotá, 2007, Pág. 191-225.

54 “El principal representante de esta dirección fue Franz Von Liszt (1851-1919), el más importante cultivador alemán de la política criminal. Según Liszt, la prevención especial se lleva a cabo en una doble dimensión: asegurando a la comunidad ante el “delincuente” con su internamiento, intimidando al “delincuente” con la pena de la comisión de otros delitos, preservándolo de la reincidencia a través de su corrección” ROXIN, CLAUDIUS, *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*, Secretariado de Publicaciones de Sevilla, 1981, Pág. 36.

la atención se centró más en la persona que delinquía que en el delito; con esto la infracción penal como hecho social, se intentó explicar desde sus causas, tanto personales como sociales, con el objetivo de poder actuar sobre ellas por medio del sistema punitivo una vez eran identificadas.

Por esta razón, la pena se determinaba no en función del delito sino en función del delincuente, así, si la persona podía ser corregida y necesitaba dicha corrección, la pena se orientaría en este sentido (resocialización-prevención especial positiva); si la persona a pesar de haber cometido el delito no requería corrección alguna, sería objeto entonces de intimidación a través de la pena, para que se abstuviera en el futuro de volver a incurrir en ese tipo de conductas; pero si la persona no era susceptible de corrección ni de intimidación, se buscaría su inoquización, excluyéndolo definitivamente de la vida en sociedad⁵⁵.

Con ocasión de este planteamiento se ha dicho, que cuando la prevención especial se orienta con la idea de resocialización, resulta acorde con los postulados del Estado social de Derecho, debido a que el criterio para la imposición de la sanción es la no comisión futura de más delitos, lo que parece ser coherente con la idea utilitaria del Estado social, con mayor razón si tenemos en cuenta que ésta teoría pone su acento en el efecto que la reacción estatal debe tener sobre la persona que ha delinquido⁵⁶. Pero la idea de prevención especial y con ella la de resocialización, han sido igualmente criticadas principalmente en tres aspectos: 1. La prevención especial no ofrece ningún parámetro que permita imponer un límite al Estado al momento de sancionar, 2. No fundamenta con qué derecho el Estado puede pretender el tratamiento resocializador en contra de la voluntad del delincuente, pasando por alto su autonomía, y 3. La imposibilidad de recurrir a medios adecuados para lograr el efecto resocializador.

“Según la teoría ahora criticada, el individuo es eliminado como persona libre y amoldado a las convicciones generales de forma coactiva... ¿De dónde proviene el derecho a educar y a tratar a personas adultas contra su voluntad?... Hoy día se puede afirmar con perfecto derecho que la teoría de la prevención especial positiva ha dado pruebas de ser una utopía, ya sea porque faltan los medios necesarios para alcanzar los objetivos que ella predica, ya sea porque no existen hasta hoy criterios

55 LESCH, HEIKO, *La función de la Pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, Pág. 55.

56 “En tanto la teoría preventivo especial sigue el principio de resocialización, que entre sus partidarios se encuentra hoy en primer plano, sus méritos teóricos y prácticos resultan evidentes. Cumple extraordinariamente bien con el cometido del derecho penal, en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado social”. ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal Parte General Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, Pág. 87.

efectivos para la resocialización del delincuente, o ya sea precisamente porque la sociedad “no es lo suficientemente madura” para la idea de la resocialización”⁵⁷.

Por otro lado, la teoría de la prevención general, se ha desarrollado con dos orientaciones, como prevención general negativa (intimidación) y como prevención general positiva (motivación). La prevención general negativa se refiere también a la prevención de delitos futuros, pero ya no concentrándose en el “delincuente” concreto, sino teniendo como destinatario a la comunidad en general, convirtiendo la sanción penal en un ejemplo que el Estado da a las personas que integran el conglomerado social, sobre las consecuencias que acarrea la comisión de un delito; se pretende con esto que la pena tenga un efecto disuasivo.

ANSELM VON FEUERBACH (1775-1833) planteaba que el Estado tiene como finalidad procurar la libertad de todos los ciudadanos y que por tal razón debe evitar cualquier ofensa a los derechos de las personas, para lograrlo, explicaba FEUERBACH, el Estado se vale de una suerte de “cadenas psíquicas” que le permiten neutralizar las inclinaciones delictivas; dichas cadenas se tienden, cuando el derecho condiciona la realización de ciertas conductas indeseadas, a una consecuencia negativa mayor a la que se generaría para el sujeto si evitara realizar dicha conducta⁵⁸. FEUERBACH denominó este planteamiento como “teoría de la coacción psicológica” lo cual se lograría a través de la amenaza de pena⁵⁹.

“no es pues “ni la sola amenaza de la ley, ni la sola causación de un mal por un delito cometido, lo que puede lograr que se superen los impulsos hacia el delito de quien está determinado a ello. Antes bien, ambas cosas deben aunarse para lograr esta finalidad...” el fin mediato (fin último) de la causación de un mal es de igual modo la simple intimidación del ciudadano mediante la ley”⁶⁰.

57 LESCH, HEIKO, *La función de la Pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, Pág. 59.

58 ROXIN, CLAUDIUS, *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*, Secretariado de Publicaciones de Sevilla, 1981, Pág. 38.

59 “Ya que no se pueden extirpar totalmente las “inclinaciones incívicas (antijurídicas)” mediante educación, sigue siendo necesario, para aquellos que mantienen malas intenciones, *reaccionar contra lo sensual con lo sensual, y neutralizar las inclinaciones con inclinaciones opuestas, los impulsos sensuales a realizar el hecho con otros impulsos sensuales*, y este efecto de la compensación de la mala inclinación mediante un temor mayor se consigue cuando cada ciudadano sabe con seguridad que a la infracción seguirá un mal mayor a aquél que corresponde a la insatisfacción de la necesidad de realizar la acción” Jakobs, GÜNTHER, “La Pena Estatal: Significado y Finalidad”, Publicado en: *Derecho Penal y Sociedad* Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, Pág. 31.

60 LESCH, HEIKO, *La función de la Pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, Pág. 44-46. Feuerbach sostendría que el efecto intimidatorio principal estaría dado por la amenaza de pena realizada a través de la tipicidad del delito y de la pena, mientras que la imposición efectiva de esta última tendría explicación como realización efectiva de la amenaza, simplemente reforzando la prohibición, produciendo un mayor grado de intimidación social.

Mientras la prevención general negativa es intimidación, la prevención general positiva o prevención-integración, se ha fundado en los aportes que desde el psicoanálisis se han hecho al derecho penal. Por esta línea autores como ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG⁶¹ y FRANCISCO MUÑOZ CONDE⁶² -retomando a Freud- han explicado, que el ser humano siendo asocial en un principio, a medida que se desarrolla en sociedad va interiorizando una serie de pautas de comportamiento que le indican qué es adecuado socialmente y qué no, formándose en la psique de la persona una suerte de filtro que controla sus propias emociones y rige su actuar (super-yo). En este proceso de aprendizaje el ser humano consolida el super-yo a partir “de la introyección del poder paterno en la niñez y se continúa con la introyección de la autoridad social durante toda la vida”⁶³.

Esta dimensión valorativa o super-yo se moldea por medio de las distintas instancias de control social, es decir, desde la familia, la escuela y la religión, hasta llegar al derecho y en especial, al derecho penal. “El principal medio de coacción jurídica es la pena, que sirve para motivar comportamientos en los individuos y que es, además, elemento integrante de la norma penal”⁶⁴. Desde esta perspectiva la pena tiene entonces una función de prevención general, no basada en la intimidación sino en la motivación, entendida como una función pedagógica.

La prevención general se ha puesto en tela de juicio debido al reproche que se formula desde el concepto de dignidad humana propuesto por KANT, según el cual ninguna persona puede ser tratada como un medio, sino que por el contrario, siempre debe ser considerada como un fin en sí misma; siguiendo el fin de prevención general el sujeto es castigado en función del grado de intimidación o motivación de terceras personas, de donde resulta que el “delincuente” es tratado como un medio para orientar el comportamiento ajeno; adicionalmente, si se trata de disuadir, al igual que la prevención especial, la prevención general tampoco ofrece ninguna medida de contención del poder estatal⁶⁵.

Ante este panorama, actualmente existen dos grandes posturas que pretenden explicar el fin o función de la pena, intentando superar las deficiencias de las teorías

61 GIMBERNAT, ENRIQUE, “Tiene un Futuro la Dogmática Jurídico-Penal” en: *Estudios de Derecho Penal*, Edit Tecnos, Madrid, 1990.

62 MUÑOZ, CONDE FRANCISCO, *Derecho Penal y Control Social*, Temis, Bogotá, 2004.

63 *Ibid.* Pág. 21.

64 *Ibid.* Pág. 22.

65 “Así, por lo menos la prevención general negativa, se encuentra siempre ante el peligro de convertirse en terror estatal”. ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal Parte General Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, Pág. 93.

hasta aquí reseñadas. Tenemos entonces las teorías que ofrecen los profesores CLAUS ROXIN y GÜNTHER JAKOBS.

ROXIN diferencia el cometido del derecho penal del fin que se debe buscar con la pena; lo primero consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, lo cual permite establecer críticamente qué conductas se deben sancionar; lo segundo apunta al efecto que se pretende generar con la pena impuesta en el caso concreto, en función de permitir al derecho penal cumplir con su cometido. A partir de aquí ROXIN edifica su teoría sobre la pena, como una teoría unificadora preventiva⁶⁶.

De acuerdo con ROXIN, el fin de la pena solamente puede ser preventivo, puesto que las normas penales se justifican únicamente en la medida que tienden a la preservación de la libertad de las personas y a la protección de un orden social que esté en función suya; de aquí se sostiene que tanto la prevención general como la prevención especial deben considerarse conjuntamente como fines de la pena; adicionalmente se hacen dos precisiones importantes: 1. Si no hay necesidad de prevención especial en el caso concreto, de todas maneras la necesidad de prevención general justifica la imposición de la pena y 2. La pena que se imponga de acuerdo con la prevención especial, no puede reducirse a tal punto que ya no sea tomada en serio por la comunidad, minándose así la confianza general en el ordenamiento jurídico⁶⁷.

Queda así descartado el fin retributivo de la pena, incluso como un fin complementario al preventivo; no obstante esto, ROXIN rescata la importancia del principio de culpabilidad para su teoría, señalando que la pena nunca, a pesar de los fines preventivos, podrá ser superior a los límites que aquella indica; sin embargo insiste, en que la pena puede no llegar a alcanzar el mínimo indicado por la culpabilidad atendiendo a razones preventivas⁶⁸.

66 Frente a las discusiones que se han suscitado a propósito de las teorías absolutas y relativas de la pena, han surgido posturas que se han denominado teorías de la unión, las cuales no buscan privilegiar un fin de la pena en especial excluyendo a los demás, sino sustentar simultáneamente tanto fines preventivos como fines retributivos. Estas teorías de la unión se han clasificado en teorías aditivas y teorías de la unión dialéctica, según la forma de vincular entre sí los diferentes fines de la pena, dado que algunas simplemente suman todos los fines por considerarlos deseables, mientras que otras pretenden extraer lo positivo de cada una de ellos para complementarlos. LESCH, HEIKO, *La función de la Pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, Pág. 66-69. La teoría desarrollada por ROXIN podemos ubicarla sin temor a equivocarnos, dentro de las teorías de la unión dialéctica.

67 ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal Parte General Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, Pág. 95-97.

68 “El principio de culpabilidad tiene, pues, una función liberal absolutamente independiente de toda retribución, y por mor de la libertad de los ciudadanos también debería conservarse en un Derecho penal moderno... Ciertamente, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzarla siempre que eso lo permita su fin preventivo” *Ibíd.* Pág. 100-101.

Es importante llamar la atención sobre el efecto dogmático que ROXIN concede a su teoría de la pena, en el sentido de fundamentar con ella una nueva categoría dogmática para la estructura del delito denominada “Responsabilidad”, la cual agruparía el concepto normativo de culpabilidad y la necesidad preventiva de la pena, como aspectos a determinar en el ámbito judicial con posterioridad a la constatación del injusto y poder así declarar penalmente responsable al procesado. Con esto ROXIN pretende vincular la estructura del delito a consideraciones político-criminales, intentando superar las deficiencias del pensamiento sistemático de las que adolece la dogmática tradicional⁶⁹.

Por su parte JAKOBS, desde una postura anclada en el funcionalismo sistémico de NIKLAS LUHMANN, sostiene: para que el derecho pueda existir como realidad social, debe poder realizar en la práctica aunque sea en un grado mínimo, su pretensión de ordenamiento normativo, es decir, debe efectivamente orientar el comportamiento de las personas⁷⁰; de tal forma, los ciudadanos podrán confiar en el sistema jurídico y determinar así su actuar a partir de expectativas normativas frente al comportamiento de los demás, de tal manera que si una persona defrauda alguna de esas expectativas, contenida claro está en una norma jurídico-punitiva, el derecho penal por medio de la pena, reestablecerá la vigencia de la expectativa defraudada (de la norma transgredida), indicando con su aplicación que el comportamiento del “delincuente” es incorrecto y que la víctima, como el resto de las personas, puede seguir en adelante orientando su comportamiento de acuerdo con esa expectativa, que a pesar del delito se mantiene vigente⁷¹.

69 *Ibid.* Pág. 788-968. Lo dicho por ROXIN sobre el concepto normativo de culpabilidad y la necesidad de la pena, se ubica en la línea de pensamiento trazada por GIMBERNAT ORDEIG y CORDOBA RODA, en el sentido de cuestionar la posibilidad de probar en el caso concreto la verdadera libertad de acción de la persona, fundamento de la “exigibilidad de otra conducta” y por tanto del concepto normativo de culpabilidad; no obstante, al contrario de lo dicho por GIMBERNAT, ROXIN no descarta la culpabilidad de la estructura del delito y, aunque no la mantiene como una categoría autónoma, tal como lo propuso CORDOBA RODA, si la conserva pero bajo la idea de la categoría “Responsabilidad”. Al respecto ver: GIMBERNAT, ENRIQUE, “Tiene un Futuro la Dogmática Jurídico-Penal” en: *Estudios de Derecho Penal*, Edit Tecnos, Madrid, 1990; CORDOBA, JUAN, *Culpabilidad y Pena*, Bosh, Barcelona, 1977; ROXIN, CLAUS, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Editorial Reus, Madrid, 1981.

70 “...un ordenamiento jurídico también debe estar establecido a grandes rasgos para que pueda ofrecer a potenciales víctimas algo más que una orientación abstracta, a saber, una orientación que pueda usarse... se pueden imaginar millones de complejos de relaciones normativas, cada uno mejor fundamentado que el anterior, pero éstos son juegos mentales, al igual que las normas individuales imaginadas, que, por mucho que hayan sido imaginadas con gran acierto, sólo son juegos mentales antes de su establecimiento. En contraste con ello, los Estados reales y el derecho real también acontecen realmente en el decurso de la sociedad, no sólo mentalmente”. JAKOBS, GÜNTHER, “¿Derecho Penal del Enemigo? Un Estudio Acerca de los Presupuestos de la Juridicidad”, Publicado en: *Derecho Penal del Enemigo – El Discurso Penal de la Exclusión?* Volumen 2, Editorial Edisofer y Editorial ID de F, Buenos Aires, 2006, Pág. 98-100.

71 “... esta conexión entre vigencia y realidad social no debe ser entendida en el sentido de que cualquier quebrantamiento convertiría en irreal a una norma, ya que ésta no configuraría la realidad social. Esta suposición sería errónea. Lo que es realidad social no lo decide un individuo, tampoco el delincuente,

Es lo que en el funcionalismo se denomina validez contrafáctica -en contra de lo sucedido- de la norma, la cual se pretende por medio de la aplicación de la ley penal. Así pues, con la pena se busca “aclarar que el comportamiento contrario a la norma por parte del autor no marca la pauta, y que la norma, en cambio, mantiene su vigencia”, pena y delito adquieren entonces un carecer de actos simbólicos, en el plano de la comunicación⁷².

5. CONCLUSIÓN

Habiendo precisado de forma sintética el contenido de las distintas funciones que el artículo 4º del Código penal colombiano le atribuye a la pena⁷³, debemos afirmar entonces, que según lo dispone el artículo 3º de la Ley 599 de 2000, la proporcionalidad de la pena debe mirarse teniendo en cuenta si su imposición resulta necesaria tanto para la corrección y educación de la persona con miras a su resocialización -teniendo en cuenta que de acuerdo con el mismo artículo 4º la reinserción social del sujeto se busca no con la imposición de la pena sino con su ejecución-, como si se necesita para efectos de intimidación, motivación o reafirmación de la vigencia del ordenamiento jurídico⁷⁴; aunque debemos anotar que frente a los distintos enfoques de la prevención general el Código no toma partido, por lo tanto, la discusión sobre

sino la propia sociedad. Cuando llama al delito delito y trata al delincuente como tal, es decir le impone una pena, ello demuestra la realidad de la norma, su vigencia social”. *Ibid.*, Pág. 100-101. La concepción de JAKOBS sobre la realidad de las normas, le permite afirmar que lo mismo ocurre con cualquier otro concepto de carácter normativo, como el de persona, de tal forma que si de un individuo no es posible esperar que se comporte como una persona en derecho (sujeto de derechos y obligaciones), éste perderá dicha categoría y adquirirá el estatus de “enemigo” (para él el concepto normativo de persona ya no está configurando la realidad social) por cuanto dicho sujeto no ofrece el mínimo de seguridad cognitiva en el cumplimiento de las normas; en este supuesto la pena ya no funge como mecanismo para reafirmar la vigencia de la norma, sino como medida de neutralización cognitiva del peligro que representa ese “enemigo”. Se trata aquí ya no de una vigencia contrafáctica de la normas, sino de la corroboración de lo normativo por lo fáctico o cognitivo.

72 JAKOBS, GÜNTHER, *Sobre la Teoría de la Pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

73 En este acápite hemos omitido referirnos a la protección del condenado como fin de la pena, más por razones de espacio y porque lo que interesaba poner de presente era la contraposición entre retribución y prevención; sin embargo es importante anotar que la protección al condenado ha sido desarrollada como finalidad de la pena estatal e incluso como finalidad del derecho penal en general, dentro del garantismo de LUIGI FERRAJOLI, quien sostiene que el derecho penal no solamente debe evitar que se cometan delitos, sino también evitar las penas o castigos informales, reduciendo así los niveles de violencia en la sociedad. De hecho, de esta consideración FERRAJOLI deriva un criterio de proporcionalidad en los siguientes términos: “... la pena no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas”. FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón – Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 2004. Pág. 401.

74 Si el mismo ordenamiento jurídico establece normas del tenor de los artículos 3º y 4º, los jueces, a pesar de las dificultades materiales o discursivas, deben orientar su labor en el sentido indicado por dichas normas, lo contrario sería reconocer al sistema penal como un simple mecanismo de venganza institucionalizada y dominación, en el que el castigo se explica por sí mismo.

la orientación preventivo general por la cual debe preguntarse el juez al momento de imponer la sanción, debe ser abordada tanto por la doctrina nacional como por nuestros jueces en atención a nuestra realidad.

Es importante resaltar que queda abierta la pregunta de si el juez penal está en capacidad de realizar este tipo de verificaciones, a lo que fácilmente puede responderse de forma negativa, lo que pondría de presente el carácter ideológico y retórico, no solamente de los discursos sobre la pena, sino también de las normas rectoras del Código Penal aquí referidas⁷⁵.

Sin embargo, dada la importancia que tiene la legitimación política del derecho penal en el marco constitucional, debido a la necesidad de construir mayores garantías para el procesado -sobre todo en un país en el que se abusa tanto del *ius puniendi*, y teniendo en cuenta la estrecha relación que existe entre los principios de necesidad y de proporcionalidad, los cuales se convierten en importantes vías para la constitucionalización real del derecho penal y lograr así un sistema en el que la libertad se valore en mayor medida, es importante reflexionar sobre cuál es el sentido de las dos normas aquí referidas, para de esta forma construir un discurso que permita contar con mayores argumentos en favor de la preservación de la libertad individual y en contra del abuso del poder estatal como elemento de control social.

Así las cosas, el artículo 3° de la Ley 599 de 2000 es una señal de la constitucionalización del derecho penal a la que tiende nuestro ordenamiento, dado que la constitución política impone reconocer una posición especialmente importante a los derechos fundamentales, entendiéndolos como normas jurídicas con poder vinculante propio, en especial en contextos como el sistema penal en donde están particularmente amenazados. Así, el legislador ha traído al texto legal los criterios que el derecho constitucional ha establecido para determinar si la limitación de un derecho fundamental se encuentra justificada o no. La imposición de la pena, en tanto limitación grave de derechos fundamentales, no debe dejar de ser valorada a la luz de dichos principios, de hecho es claro que el artículo 3° los ha consagrado concretamente para regir la imposición de la sanción penal.

De lo anterior podemos afirmar entonces, que la imposición de la pena, estará justificada desde el punto de vista constitucional, siempre que se imponga en el

75 El Código Penal colombiano contempla varias normas que inducen al juez penal a hacer consideraciones de tipo sociológico (Art. 33, 34, 55, 56, 58, 61), en las que los argumentos en clave constitucional que se derivan de los artículos 3° y 4° puede ser especialmente útiles. APONTE, ALEJANDRO, "La Nueva Regulación de la Punibilidad: el Juez como Garante de los Derechos Fundamentales", publicado en: *Memorias – Jornadas de Reflexión sobre la Reforma al Sistema Penal Colombiano*, Procuraduría General de la Nación, Pág. 87-101.

marco de un derecho penal orientado realmente a la protección de bienes jurídicos constitucionales (razonabilidad), pero además si con ella es viable lograr los efectos preventivos dispuestos en el artículo 4º, en términos de prevención general y prevención especial, respetando el carácter subsidiario del derecho penal (idoneidad y necesidad) y claro está, si con su ejecución, no se termina generando un efecto adverso al preventivo, sometiendo a la persona a tratos crueles (afectando más o en mayor intensidad los derechos cuya vulneración se pretende precisamente prevenir) y produciendo un efecto desocializador.

Bajo este entendido, podría llegarse a flexibilizar los mínimos punitivos, siempre que desde una argumentación constitucionalmente válida el juez pueda detectar, que la pena a imponer en el caso concreto, no resultará proporcional.

6. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- ALEXEY, ROBERT, “Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, en *Neoconstitucionalismo* (s), Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- APONTE, ALEJANDRO, “La Nueva Regulación de la Punibilidad: el Juez como Garante de los Derechos Fundamentales”, publicado en: *Memorias – Jornadas de Reflexión sobre la Reforma al Sistema Penal Colombiano*, Procuraduría General de la Nación.
- BARATTA, ALESSANDRO, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Siglo XXI Editores, Avellaneda-Argentina, 2004.
- BARBERIS, MAURO, “Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral”, en *Neoconstitucionalismo* (s), Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- BERNAL, CARLOS, *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- BERNAL, CARLOS, *EL Neoconstitucionalismo a Debate*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2006.
- BOROWSKY, MARTIN, “La restricción de los Derechos Fundamentales”, publicado en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 59, Mayo-Agosto, 2000.
- BOSE, MARTIN, “Derechos Fundamentales y Derecho Penal como -Derecho Coactivo-”, publicado en: *La Teoría del Bien Jurídico*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2007.
- CORDOBA, JUAN, *Culpabilidad y Pena*, Bosh, Barcelona, 1977.
- COTE, GUSTAVO, “La Necesidad de la Pena – Reflexiones a Partir de los Artículos 3º y 4º del Código Penal Colombiano”, Publicado en: *Revista Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas N. 114, Bogotá, 2007.
- FERNÁNDEZ, JUAN, *Derecho Penal Liberal de Hoy*, Editorial Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2006.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

- FERRAJOLI, LUIGI, “El Derecho Penal Mínimo”, publicado en *Revista Hispano-Latinoamericana de Disciplinas sobre el Control Social*, Barcelona, 1986.
- GIMBERNAT, ENRIQUE, “Tiene un Futuro la Dogmática Jurídico-Penal” en: *Estudios de Derecho Penal*, Edit Tecnos, Madrid, 1990.
- GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS, *Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal*, Giro Editores, Bogotá, 2005.
- GUASTINI, RICCARDO, “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano”, en *Neoconstitucionalismo* (s), Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- HEFENDEHL, ROLAND (Editor), *La Teoría del Bien Jurídico*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2007.
- JAKOBS, GÜNTHER, “¿Derecho Penal del Enemigo? Un Estudio Acerca de los Presupuestos de la Juridicidad”, Publicado en: *Derecho Penal del Enemigo – El Discurso Penal de la Exclusión?* Volumen 2, Editorial Edisofer y Editorial ID de F, Buenos Aires, 2006.
- JAKOBS, GÜNTHER, “La Pena Estatal: Significado y Finalidad”, Publicado en: *Derecho Penal y Sociedad* Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Sobre la Teoría de la Pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- LAGODNY, OTTO, “El Derecho Penal Sustantivo como Piedra de Toque de la Dogmática Constitucional”, publicado en: *La Teoría del Bien Jurídico*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2007.
- LESCH, HEIKO, *La función de la Pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- LÓPEZ, DIEGO, *El Derecho de los Jueces*, LEGIS, Bogotá, 2002.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal y Control Social*, TEMIS, Bogotá, 2004.
- PRIETO SANCHÍS, LUÍS, “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, en *Neoconstitucionalismo* (s), Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- PRIETO SANCHÍS, LUÍS, *Positivismo y Constitucionalismo*, Distribuciones Fontamara, México, 1999.
- ROXIN, CLAUS, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Editorial Reus, Madrid, 1981.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal: Parte General*-Tomo I, Thomson Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, CLAUS, *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*, Secretariado de Publicaciones de Sevilla, 1981.
- ROXIN, CLAUS, *Política Criminal Y Sistema del Derecho Penal*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1972.
- STERNBERG -LIEBEN, DETLEV, “Bien Jurídico, Proporcionalidad y Libertad del Legislador Penal”, publicado en: *La Teoría del Bien Jurídico*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2007,
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El Derecho Dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

Normas

Constitución Política de Colombia.

Código Penal colombiano, Ley 599 de 2000.

Sentencias

Corte Constitucional, sentencia C-230 de 1994.

Corte Constitucional, sentencia C-038 de 1995.

Corte Constitucional, sentencia C-070 de 1996.

Corte Constitucional, sentencia C-118 de 1996.

Corte Constitucional, sentencia C-239 de 1997.

Corte Constitucional, sentencia C-425 de 1997.

Corte Constitucional, sentencia C-148 de 1998.

Corte Constitucional, sentencia C-1410 de 2000.

Corte Constitucional, sentencia C-647 de 2001.

Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2002.

Corte Constitucional, sentencia C-205 de 2003.

Corte Constitucional, sentencia C-551 de 2003.

