

Reflexiones sobre la declaración de inconstitucionalidad del Artículo 461 del Código Penal Colombiano

FERNANDO LEÓN TAMAYO*

1. Introducción

El control de constitucionalidad de los tipos penales debe estar siempre sometido a una revisión atenta por parte de la doctrina. Teniendo en cuenta que toda posible intervención de la Corte pone en juego principios constitucionales, éticos y democráticos, resulta necesaria la verificación de los argumentos esgrimidos por la corporación constitucional para avalar o excluir una prohibición penal del ordenamiento jurídico.

La posibilidad de que la Corte declare como constitucionales tipos penales que abiertamente no lo sean, hace sonar las alarmas de quienes consideran que aunque el legislador tiene una amplia libertad para configurar la ley penal, tiene restricciones que devienen del ordenamiento constitucional —e internacional—. El evento en el cual pueda ser declarado inconstitucional un tipo que no lo sea, llama la atención sobre la usurpación de las funciones del legislador que podría llevarse a cabo por la Corte Constitucional.

Dados los riesgos que entraña el control de constitucionalidad, los argumentos que se esgriman a favor o en contra de la admisión o inadmisión de un tipo penal

* Abogado Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.

en el ordenamiento jurídico, deben ser conocidos y debatidos para buscar una mayor legitimidad y una verdadera utilidad en el Control Constitucional, pues ilegítimo e inútil resulta que el órgano encargado de dicho control se abrogue *contra legem* las funciones del legislador, o peor aún, se límite a legitimar procedimientos inconstitucionales por parte del órgano encargado de legislar.

La sentencia de constitucionalidad 575 de 2009, emitida por la Corte Constitucional colombiana, donde obró como magistrado ponente Humberto Sierra Porto, resulta en un escenario de discusión ineludible, en tanto que la misma declara la inconstitucionalidad del tipo penal contenido en el artículo 461 de la ley 599 de 2000, que prohibía el ultraje de los emblemas o símbolos patrios. La labor de la doctrina penal será verificar los criterios esgrimidos por la Corte para aplaudir su legitimidad o denunciar su ilegitimidad, desglosando los mismos para, de ser legítimos, exigir su aplicación en posteriores controles sobre leyes penales, y, de ser ilegítimos, demandar no cometer nuevamente los mismos errores.

La demanda que dio lugar al control de constitucionalidad del artículo 461 de la ley 599 de 2000 cuestiona dos aspectos, que resultan bastante comunes a la discusión del Derecho penal: *el principio de estricta protección de bienes jurídicos* y *el principio de legalidad*. Los demandantes entienden que el *bien jurídico* protegido por la norma carece de legitimidad en el ordenamiento jurídico colombiano, por lo que quedaría vacío el objeto de protección de la norma dejando a la misma como ilegítima. Así mismo, entienden que la formulación del tipo penal es indeterminada, por lo que el mismo no podría garantizar a los ciudadanos el conocimiento de la conducta por la cual podrán ser enjuiciados penalmente.

Dado el riesgo de que los principios limitadores del Derecho penal sean utilizados como mecanismos de legitimación o expansión del poder punitivo, la construcción de los bienes jurídicos y el lenguaje utilizado por los tipos penales debe estar en constante revisión. En materia de bien jurídico se enfrenta actualmente una expansión de los intereses que se consideran dignos de protección, sin embargo, la legitimidad de los mismos dependerá de que su construcción sea lo suficientemente determinada como para entender que bien jurídico se quiere proteger con la norma penal e identificar su conexión con los intereses de los seres humanos que dan razón al Estado, pues la constante tendencia a disfrazar los objetos de protección detrás de la argumentación resulta en una amenaza constante para el Derecho penal de un Estado de Derecho¹.

1 DETLEV STERNBERG-LIEBEN, "Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal", en *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editor Roland Hefendehl, trad. Íñigo Ortíz de Urbina Jimeno, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 119.

Por otra parte, la tendencia de los poderes estatales de buscar facilitar la penalización de comportamientos y expandir las redes del control penal, hacen necesaria una constante verificación de la forma en que son formulados los tipos penales, a fin de evitar que, a través de expresiones indeterminadas, se expanda groseramente el poder punitivo o se utilice la herramienta penal como instrumento de dominio².

Para llevar a cabo el análisis de la sentencia C - 575 de 2009, se seguirá la siguiente estructura. Inicialmente se ofrecerán algunos conceptos teóricos básicos sobre el bien jurídico y el principio de legalidad, que resultan útiles para la revisión de la sentencia mencionada. A renglón seguido se describirán los argumentos ofrecidos por las partes a favor y en contra de la constitucionalidad del artículo demandado, así como de los argumentos ofrecidos por la Corte para la declaración de inexecutable de la norma demandada. Finalmente, se revisarán los criterios ofrecidos por la Corte Constitucional para la exclusión del artículo 461 de la ley 599 de 2000 del ordenamiento jurídico colombiano, a partir de la visión ofrecida en los conceptos inicialmente expuestos y el convencimiento de que los principios constitucionales de estricta protección de bienes jurídicos y de legalidad son herramientas limitadoras del poder punitivo del Estado.

2. Puntos de partida irrenunciables del Derecho penal: algunas consideraciones sobre el principio de estricta protección de bienes jurídicos y el principio de legalidad

2.1 Sobre el principio de estricta protección de bienes jurídicos

En un Estado de Derecho el objeto de protección de la norma penal debe ser un bien jurídico³. Dicha aseveración es realizable como un slogan político, sin embargo, su fundamentación racional exige mayor cuidado y extensión a fin de clarificar los

2 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI; ALEJANDRO SLOKAR; ALEJANDRO ALAGIA, *Manual de Derecho penal: parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2010, pp. 20-23.

3 Si bien en la doctrina penal se utiliza el concepto de *bien jurídico* y *bien jurídico-penal* de forma indistinta, es necesario escindir ambos conceptos, en tanto que el primero, por su generalidad, se corresponde directamente con el concepto de bien jurídico de la teoría del derecho, mientras que con el segundo se hace referencia al bien jurídico objeto de protección de una norma penal. Sin embargo, aquí se continúa utilizando la referencia genérica por entender que los bienes jurídicos y los bienes jurídico-penales sólo se encuentran separados por la valoración del legislador de garantizar la protección de los mismos por la vía de la pena; adicionalmente, al realizarse constantemente referencia a las expresiones *norma penal*, *ley penal* o *similares*, se entiende redundante la reafirmación de lo penal adjetivando el bien jurídico, pues su naturaleza de bien jurídico-penal queda evidenciada con la alusión a la norma penal. KNUT AMELUNG, "El concepto de "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos", en *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editor Roland Hefendehl, trad- Íñigo Ortíz de Urbina Jimeno, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 246-249.

núcleos problemáticos de la misma: ¿Qué es el bien jurídico? ¿Por qué el bien jurídico tiene una significación especial para el Estado de Derecho? ¿Por qué la norma penal de un Estado de Derecho debe proteger bienes jurídicos? Desde luego, en un artículo de estas características, las respuestas que se den a dichas preguntas no podrán más que aspirar a un bosquejo de los múltiples problemas que se encierran tras ellas, pero servirán como base para la revisión de la sentencia analizada.

2.1.1 ¿Qué es el bien jurídico?

Bien podría afirmarse que el bien jurídico es el objeto de protección de la norma penal, con lo cual se convertiría en una tautología la afirmación *las normas penales protegen bienes jurídicos*, por ello se requiere afinar un poco la intención de definición. El bien jurídico es una realidad física o social necesaria para el desarrollo personal, susceptible de ser lesionada⁴.

Aunque el bien jurídico puede abarcar objetos determinados empíricamente, ello no siempre será así, por lo cual no se debe identificar siempre el bien jurídico con una realidad física en tanto que el mismo puede connotar una realidad social, la cual, sin embargo, debe tener un sustrato de realidad susceptible de ser lesionada, convirtiéndose algunos bienes jurídicos en valoraciones ideales con sustrato real⁵; ahora bien, hay que destacar que no toda realidad física o social constituye un bien jurídico, pues dichas realidades sólo se convierten en bienes jurídicos cuando son valoradas positivamente como necesarias para el desarrollo personal. Dicha valoración está encargada al legislador quien, en la creación de la norma penal, valora las realidades a proteger con ella elevándolas a bien jurídico. Con lo anterior resulta posible afirmar que el bien jurídico es una realidad previa a la norma, no en el sentido de que al mirar al horizonte sea posible adivinar cuáles son los bienes jurídicos, sino en el entendido de que una realidad que desea ser protegida jurídico-penalmente por entenderse valiosa en una sociedad y tiempos concretos se convierte, luego de la valoración positiva del legislador, en un bien jurídico, y como tal, precede la creación de la norma, es decir, el bien jurídico es la razón por la cual se crea la norma penal, sin embargo, hay que destacar que ello no siempre es así, pues existen normas penales que no protegen bienes jurídicos en el sentido aquí definido, sino que realizan un juego argumentativo para fundamentar la protección de los valores

4 DETLEV STERNBERG-LIEBEN, "Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal", cit., p. 109.

5 CLAUDIUS ROXIN, "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?", en *La teoría del bien jurídico: ífundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, cit., p. 447.

morales que no pueden ser considerados bienes jurídicos⁶.

Por otra parte, el bien jurídico debe comprender no sólo una realidad física o social, sino una necesaria para el desarrollo personal⁷. Lo anterior se corresponde con la *teoría personal del bien jurídico*, la cual se fundamenta en varios aspectos: en primer lugar, al ser el Estado un instrumento al servicio del ciudadano, aquel sólo puede restringir la libertad de éste (por medio de la pena) para garantizar la maximización de sus derechos y el desarrollo personal, pues cualquier otra penalización implica convertir al Estado en un fin en sí mismo y al ciudadano en su instrumento⁸; en segundo lugar, por la disposición Constitucional e Internacional de la dignidad humana como un derecho inalienable, se entiende que toda protección debe iniciar y terminar en las realidades que rodean a la persona. A pesar de la reconducción de las realidades físicas y sociales al desarrollo personal, no es posible entender que el bien jurídico está ligado a la persona y sus posesiones, pues existen bienes jurídicos necesarios para poder garantizar el desarrollo de ésta que se encuentran desligados de la realidad empírica, constituyendo intereses o interacciones que generan ciertas expectativas de comportamiento, por ello, debe entenderse la *personalización del bien jurídico* a partir de un conjunto de expectativas necesarias para la supervivencia física y el desarrollo social del individuo.

2.1.2 ¿Por qué el bien jurídico tiene una significación especial para el Estado de Derecho?

El Estado de Derecho se caracteriza por el sometimiento de los poderes públicos a las leyes y la separación de poderes. Así mismo, y como característica esencial, el Estado de Derecho se concibe como un instrumento al servicio del ciudadano, más que como un ente abstracto o un poder opresivo por encima de éste. Bajo esta concepción, es posible afirmar que el Estado sólo podrá sancionar *legítimamente* comportamientos que lesionen o pongan en peligro efectivo las condiciones de vida del individuo, pues su

6 KUNT AMELUNG, "El concepto de "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos", en *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, cit., pp. 251-256.

7 GERHARD SEHER, "La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico" en *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, cit., pp. 73-76; WINFRIED HASSEMER, "¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?", en *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editor Roland Hefendehl, trad. Beatriz Spínola Tártaro, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 95-96.

8 CLAUS ROXIN, "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?", en *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, cit., p. 447.

maquinaria burocrática está al servicio de éste. Así, el bien jurídico es un mecanismo de limitación del poder punitivo del Estado pues su presencia es ineludible para la creación de la prohibición penal⁹.

2.1.3 ¿Por qué la norma penal de un Estado de Derecho debe proteger bienes jurídicos?

Con los argumentos que se han esgrimido es posible proyectar la respuesta a este interrogante, pues es sostenible que la norma penal en el Estado de Derecho debe proteger exclusivamente bienes jurídicos por entender que el Estado se encuentra al servicio del ciudadano y su poder sancionador no es un fin en sí mismo, sino un mecanismo de maximización de los derechos individuales. No obstante lo anterior, en la actualidad existen argumentos que prescinden de dicho punto de partida y afirman que el objeto de protección de la norma no son los bienes jurídicos, sino la norma misma. A pesar de la obvia tautología de que el objeto de protección de la norma sea la norma misma, dicho argumento ha hecho carrera en la doctrina penal siendo un lugar común en la discusión actual¹⁰, por lo cual, no se podría menos que contestar dichos argumentos.

En primer lugar, y como se subrayó, el objeto de protección de la norma no puede ser la norma misma, pues resulta absurdo pensar que se crea una norma sólo para que ésta se proteja a sí misma, pues igual resultado se tendría si no se crea la norma; y si lo que se protege es la vigencia de la expectativa social que se encuentra detrás de la norma, lo único que se hace es partir de un concepto de bien jurídico similar al aquí sostenido, aunque más amplio y con menos vocación limitadora, porque en últimas se configura la existencia de los bienes jurídicos como expectativas sociales dignas de protección, lo que desplaza el problema de: qué realidades pueden ser consideradas bienes jurídicos, a: qué realidades pueden ser consideradas expectativas sociales dignas de protección. En segundo lugar, la teoría de la protección de la vigencia de la norma niega la posibilidad de establecer un límite a la expansión del poder punitivo -función ésta que como se evidenció anteriormente puede cumplir, aunque sea débilmente, el bien jurídico-, pues si el objeto de protección de la norma es la norma misma, resultaría imposible establecer un criterio que sirva de límite. En palabras de Amelung:

9 Ibid.

10 Ibid., pp. 445-446; KUNT AMELUNG, "El concepto de "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos", en *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, cit., pp. 249-251.

“El sentido político-criminal de la teoría de la protección de bienes jurídicos se encuentra en la idea que, para justificar la sanción de la infracción de una norma de conducta con una pena, “detrás” de la norma debe haber algo que ésta proteja. Esta teoría impide que legisladores e intérpretes protejan la vigencia de las normas de conducta en sí mismas. El peligro de que esto ocurra acecha tanto al Derecho penal del “despotismo” como al del “moralismo”. El déspota puede abusar del Derecho penal para forzar actos simbólicos de sumisión, esto es, para exigir la obediencia por la obediencia. El moralista puede imponer la moral en aras de la propia moral para asegurar su fijación psíquica”¹¹.

Finalmente, la naturaleza aflictiva del mecanismo sancionatorio utilizado por el Derecho penal, exige que una limitación tan costosa en los derechos de los ciudadanos esté fundamentada en algo más que la simple protección de la vigencia de las normas, pues como se dijo, al estar el Estado al servicio del ciudadano, las limitaciones a su libertad deben estar delimitadas por la necesidad y no por el capricho, y dicha necesidad se desprende de lo que sirve a la persona, y no de lo que sirve al Estado, por lo tanto, el objeto de protección de la norma penal debe siempre ser una realidad física o social necesaria para el desarrollo de la persona, pues es ésta el centro de la misión Estatal.

Frente al anterior argumento se ha reprochado que el concepto personal de bien jurídico no siempre puede mantenerse y no siempre existe una voluntad sería de hacerlo, y se denuncia que dicho argumento se ha convertido simplemente en una forma de legitimar la actuación estatal en los manuales de la ciencia penal, más que en un verdadero mecanismo de limitación liberal del poder punitivo, pues se llega a justificar valoraciones que sólo mediante abalorios podrían considerarse como bienes jurídicos *personales*, pero que evidentemente no lo son¹². Sin embargo, la ambivalencia argumentativa de algunos autores no se le puede reprochar a la teoría personal del bien jurídico, pues ésta puede seguir sosteniéndose, y sigue siendo un mecanismo de control en la elaboración de los tipos penales. La existencia de penalistas complacientes que crean bienes jurídicos para encontrar una legitimación a las normas, no debe llevar a desechar la posibilidad de establecer un control efectivo en las normas penales a través de su objeto de protección. Lo que sí resulta cierto es que la teoría personal del bien jurídico no es una panacea que se puede cargar de funciones que seguramente no le corresponden, pues en materia de bien jurídico existe un alto nivel de indeterminación –por ser el mismo una valoración– que por momentos hace difícil diferenciar si un

11 *Ibíd.*, p. 247.

12 *Ibíd.*, p. 236.

bien jurídico puede ser relacionado con la persona o resulta en una mera construcción argumentativa, sin embargo, que su rendimiento como límite no sea gigantesco no es una razón para dar la espalda a dicha doctrina, pues el poder punitivo no puede ser controlado con un solo principio limitador, sino con todo un arsenal de posturas que hagan frente al despotismo estatal.

2.2 Sobre el principio de legalidad

El principio de legalidad en materia penal se debe a los pensadores de la ilustración, y su formulación moderna se debe a Feuerbach¹³. El mismo se formula usualmente con la expresión latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, y se le atribuyen dos aspectos, uno formal y otro material, que a su vez deriva en cuatro consecuencias: la reserva absoluta de ley en cabeza del legislador, la prohibición de retroactividad de la ley penal, la prohibición de analogía en perjuicio del reo y el mandato de determinación de los tipos penales. El que concretamente interesa en el presente artículo es el aspecto material del principio de legalidad que ordena la determinación de los tipos penales.

El mandato de determinación de los tipos penales ordena que el legislador los defina de manera cognoscible para el ciudadano. Dicha necesidad se desprendió inicialmente de la teoría de la coacción psicológica defendida por Feuerbach, la cual partía de que la pena cumplía una función de prevención a través de la amenaza de su imposición, en la cual el ciudadano, por temor a la pena, omitía cometer delitos. Para ello resultaba absolutamente necesario que el ciudadano conociera debidamente la conducta que se prohibía, pues sólo así podía ser receptor de la coacción psicológica generada por la pena¹⁴.

Dicho punto de partida ha perdurado hasta nuestros días, a pesar de que el término *coacción psicológica* deja de ser utilizado de forma directa. Lo cierto es que en un Derecho penal orientado a la prevención, ésta sólo puede ser conseguida si el ciudadano conoce de forma completa la prohibición, a fin de informarse de las conductas que la norma considera deben evitarse, y los resultados que jurídicamente se desvaloran. El mandato de determinación resulta en una consecuencia epistemológica de un Derecho penal orientado a la prevención, pues sólo a través del conocimiento de

13 MANUEL COBO DEL ROSAL; TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, *Derecho penal: parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 67-69; EUGENIO RAÚL ZAFFARONI; ALEJANDRO SLOKAR; ALEJANDRO ALAGIA, *Manual de Derecho penal: parte general*, cit., p. 98; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal: parte general*, Bogotá, Ibáñez, p. 164.

14 SERGIO MOCCIA, *El Derecho penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática teleológica*, Buenos Aires, B de F, 2003, pp. 43-44.

la prohibición es posible para el ciudadano abstenerse de la realización de conductas desvaloradas jurídicamente¹⁵.

Así mismo, el mandato de determinación tiene la función de ser límite al poder punitivo del Estado, dando un parámetro de valoración de los tipos penales. En efecto, los tipos penales indeterminados hacen imposible para el ciudadano la cognición de la prohibición y hacen posible la expansión del poder punitivo por parte del juez. En la doctrina penal ha hecho carrera la expresión usada en la Alemania nacionalsocialista sobre el castigo de delitos que atenten contra el sano sentimiento del pueblo alemán, como una crítica devastadora a los tipos indeterminados¹⁶, pues con ayuda a dicha expresión la punición de conductas se encontraba a merced del intérprete. De lo anterior se desprende igualmente el alto contenido democrático del mandato de determinación de los tipos penales, pues se pretende que sea sólo el legislador, portador de las voces de las mayorías, quien determine lo que está y no está prohibido, y no un individuo –el juez- quien sea el encargado de decir qué es y qué no es delito.

Ahora bien, el mandato de determinación enfrenta una realidad ambivalente: por un lado es un principio necesario para la *legitimación* de las prohibiciones penales, mientras por otro es un principio imposible de satisfacer de forma completa. Mientras los tipos penales hagan uso del lenguaje, absorben las limitaciones e indeterminaciones de éste, incluso cuando se usan términos aparentemente claros y con referentes empíricos es posible la indeterminación, por ejemplo, es imposible determinar cuándo una mesa de madera comienza a ser una mesa de madera o deja de serlo, pues si se retira astilla por astilla, es imposible definir el límite entre ser una mesa y dejar de serlo.

Las palabras suelen tener una zona clara que se comprende, sin embargo, también tienen una zona de penumbra donde no queda claro su significado, por lo cual, sin importar la precisión que el legislador despliegue en la elaboración de los tipos, éstos siempre conservarán una zona de penumbra. Así las cosas, es imposible exigir al legislador el cumplimiento estricto del mandato de determinación, sin embargo, si es dable exigir una satisfacción en grado elevado de dicho mandato, por lo cual, el mandato de determinación cumple dos funciones: la primera la deslegitimación de tipos excesivamente indeterminados y, la segunda, la crítica y revisión constante de la zona de penumbra de los tipos penales cuya deslegitimación por indeterminación no resulta posible por encontrarse su configuración semántica en un espacio de duda.

15 JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal: parte general*, cit., p. 204.

16 JUAN BUSTOS RAMÍREZ; HERNÁN HORMAZABAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal: parte general*, Madrid, Trotta, 2006, p. 81; ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 23; ENRIQUE CURY, *La ley penal en blanco*, Bogotá, Temis, 1988, p. 17.

La problemática que enfrenta el mandato de determinación es ¿Cuándo un tipo es lo suficientemente indeterminado como para ser considerado ilegítimo? Dicha problemática es difícil de solucionar en abstracto, y requeriría la revisión de las expresiones contenidas en los tipos de la parte especial para poder llegar a conclusiones satisfactorias, sin embargo, la dificultad que subyace al mandato de determinación no deriva en su inaplicabilidad, pues es posible encontrar expresiones indeterminadas –como el mencionado sentimiento del pueblo alemán- que resultan inconstitucionales, y se debe continuar con la denuncia de aquellas expresiones que, no obstante su indeterminación no resulta suficiente para la deslegitimación del tipo penal, sí representan un riesgo para la libertad de los ciudadanos.

3. Aspectos principales de la Sentencia de Constitucionalidad 575 de 2009

3.1 Antecedentes

En la sentencia C - 575 de 2009, la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad del tipo penal consagrado en el artículo 461 de la ley 599 de 2000. El texto del mismo es el siguiente: “Artículo 461. Ultraje a emblemas o símbolos patrios. El que ultraje públicamente la bandera, himno o escudo de Colombia, incurrirá en multa” (Ley 599, Diario oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000). Los ciudadanos que demandaron dicha norma entienden que la misma carece de bien jurídico de legítima protección, y de admitir la existencia de tal, consideran que podría haber otros mecanismos para su conservación. También aseveran que el verbo *ultrajar* es indeterminado y que la protección jurídico-penal del ultraje a emblemas o símbolos patrios es una intromisión desproporcionada en el derecho a la libertad de expresión consagrada en la Constitución. Afirman los demandantes que:

“una limitación que pretenda que todos y cada uno de los colombianos juzguemos de la misma forma los símbolos patrios está realizando una distinción que privilegia ciertas distinciones y margina otras, las opiniones que se ven marginadas son precisamente aquellas que se muestran inquietantes y peligrosas para las mayorías sociales o contrarias a la eticidad que pretende mantener el Estado”.¹⁷

Finalmente, afirman los demandantes que el tipo penal es ineficaz, lo que se demuestra en que no se ha impuesto ninguna condena en virtud del mismo. En sentido idéntico se pronuncia la representante de la defensoría del pueblo.

17 Corte Constitucional, Sentencia C-575 de 2009, Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto.

Los representantes de los ministerios de educación y justicia solicitaron declarar constitucional el tipo penal demandado, por entender que el bien jurídico que se protege son los valores culturales representados en los símbolos patrios y ello no representa una intervención ilegítima en el derecho a la libertad de expresión, por entender que dicho derecho no es ilimitado y encontraría una barrera en el irrespeto a la identidad cultural que la mayoría de la población tiene con los símbolos patrios. Por otra parte, la representante del ministerio de educación considera que la palabra ultrajar no es indeterminada pues la misma debe entenderse como ajar o estropear; entre tanto, el representante del ministerio de justicia parece, tácitamente, optar por un significado más inmaterial de la palabra ultrajar, entendida ésta como la lesión pública del interés de la mayoría.

Finalmente, el procurador general de la nación y la representante del ministerio de educación solicitaron fallo inhibitorio. Dichos argumentos serán obviados en tanto la providencia los desestimó por completo profiriendo fallo de fondo.

3.2 Argumentos de la Corte

Los argumentos esgrimidos por la corte se dividen en cuatro grandes bloques: en primer lugar la corte argumenta sobre el derecho a la libertad de expresión, en segunda instancia sobre la libertad de configuración legislativa en materia penal, en tercer lugar aplica el principio de proporcionalidad al tipo penal demandado partiendo del bien jurídico protegido, y finalmente refiere algunos aspectos del tipo penal frente al principio de legalidad. A pesar de lo ilustrativo que podría resultar referir los argumentos que sobre la libertad de expresión enuncia la Corte, ello resulta irrelevante pues no da elementos sobre la problemática del bien jurídico y el principio de legalidad, por tanto, se omitirá una referencia in extenso de los mismos, aseverando simplemente que para la Corte el derecho a la libertad de expresión es uno de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho y como tal su restricción debe darse solamente en situaciones excepcionales (apología del genocidio por ejemplo), cuya legitimidad o ilegitimidad no será tratada en el presente artículo.

En el segundo esfuerzo argumentativo, la Corte reconoce que el legislador tiene un amplísimo margen de configuración de los tipos, dada la legitimidad democrática que sustenta la corporación legislativa, sin embargo, afirma que la creación de los tipos penales está sometida a varios límites, entre los que se encuentra el de estricta legalidad —entendida en el sentido referido (supra 2.2) como un conjunto de cuatro garantías formales y materiales desprendidas de dicho principio- el de proporcionalidad y el de razonabilidad, y sin más, pasa directamente a la aplicación del principio de

proporcionalidad –o test de proporcionalidad- al tipo penal. Para el órgano de decisión dicho test se compone de cuatro aspectos que deberán ser reseñados por aparte a fin de entender de forma completa los fundamentos de la providencia.

Que la restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo. La corporación asevera que lo que se protege con el tipo penal es el *símbolo* como representación convencional de una realidad socialmente aceptada, y su vulneración no implica una verificación en el mundo empírico sino una valoración. Lo anterior lleva a la Corte a concluir que: “Sobre la base de lo que representan, es posible afirmar entonces que el tipo penal acusado persigue proteger la existencia y seguridad del Estado mediante la protección de los símbolos que lo encarnan, se trata por lo tanto de una medida de protección de los valores morales representados en la bandera, el escudo y el himno de Colombia”¹⁸.

Continúa la Corte afirmando que “diversas disposiciones constitucionales guardan estrecha relación con los valores morales protegidos por los símbolos patrios”¹⁹, lo que lleva a la Corte a concluir que: “Ya que las conductas que afectan los símbolos patrios pueden ser consideradas como una afrenta a lo que éstos representan, es decir, la calidad de colombiano y el sentido de pertenencia a la comunidad nacional, esta Sala puede concluir que la disposición legal que tipifica el ultraje a los símbolos patrios no es en principio contraria a la Carta”²⁰.

Que la restricción constituya un medio idóneo para alcanzar el fin constitucionalmente válido. La Corte manifiesta que el tipo penal no es idóneo para proteger la existencia y seguridad del Estado, de la misma forma que lo hacen los otros tipos penales que pretenden proteger el mismo bien jurídico –por ejemplo la instigación a la guerra o la traición diplomática-, pero sí resulta idóneo para proteger los valores constitucionales mencionados anteriormente. En palabras de la Corte Constitucional: “(...) el artículo 461 del Código Penal constituye un medio idóneo para evitar que se atente contra los símbolos patrios y de contera para proteger los valores constitucionales que estos representan a los cuales previamente se hizo alusión, pues la tipificación de esta conducta como penalmente sancionable tendrá efectos disuasorios, intimidatorios y preventivos sobre los individuos quienes ante la amenaza de una sanción penal se abstendrán de atentar contra éstos”²¹.

18 Ibíd.

19 Ibíd.

20 Ibíd.

21 Ibíd.

Que la restricción sea necesaria para la protección del bien jurídico. Al llegar a este punto de la argumentación la Corte ya ha establecido no sólo que existe un bien jurídico cuya protección resulta Constitucional, sino que el tipo penal del artículo 461 representa un medio idóneo para dicho fin. Ahora bien, al preguntarse por la necesidad de la restricción, esto es, al preguntarse si la prohibición penal es el único camino para la protección del bien jurídico construido por la Corte, dicha corporación llega a negar rotundamente la necesidad de la prohibición. En los argumentos de la Corte se refiere que el Derecho penal es el último mecanismo de protección de bienes jurídicos que tiene el Estado, por lo que se reserva para afectaciones graves de la convivencia social, por tanto, la norma penal no sólo debe proteger un bien jurídico, sino proteger uno de especial valor. Respecto al tipo penal de ultraje de símbolos que fue objeto de discusión, la corporación manifiesta que aunque existe un bien jurídico digno de protección, no resulta proporcional ni razonable que la misma se haga por la vía penal, por entender que existen otros mecanismos como las sanciones administrativas y la promoción de los símbolos, así mismo, encuentran que el mejor mecanismo para afianzar los símbolos Estatales es la consolidación de un Estado justo, antes que la adhesión por la fuerza. En palabras de la Corte: "Desde esta perspectiva, la disposición atacada resulta inconstitucional porque es innecesaria para la protección de los valores constitucionales asociados a los símbolos patrios, debido a que existen medidas alternativas de carácter no penal que cumplen con la misma finalidad y resultan menos gravosas para los otros derechos constitucionales en juego"²².

De esta forma, la Corte evita pasar al último escalón valorativo, sobre los costos y beneficios de la prohibición, pues considera inconstitucional el tipo penal por ausencia de necesidad para la protección del bien jurídico.

A renglón seguido, a pesar de que el órgano de decisión ya esgrimió argumentos suficientes para declarar inconstitucional la norma demandada, se ocupa de la indeterminación del verbo ultrajar. En el sentir de la Corte a dicho verbo se le pueden atribuir casi una veintena de sinónimos, algunos cuyo alcance de protección es sólo material y otros cuyo alcance de protección es inmaterial, y, muchos de los cuales se encuentran cubiertos por el derecho a la libertad de expresión, por lo cual, considera que la expresión ultrajar es indeterminada, para expresarlo como lo hace dicha corporación lo mejor es revisar el texto de la providencia:

"En esa medida la expresión "ultraje" incluye contenidos semánticos diversos. En el catálogo de sinónimos que puede asociarse a la expresión ultraje se incluyen acciones como dañar, estropear, deteriorar, deslucir, ofender, humillar, manosear,

arrugar, marchitar, tratar mal, insultar, injuriar, insolentar, difamar, vejar, despreciar. Ciertos comportamientos vinculados con el verbo “ultrajar” suponen la agresión física, el deterioro material del bien objeto de ultraje. Otras acciones suponen la intención de humillar, de vilipendiar el bien ultrajado. En el espectro de acciones marcado por dichos límites, están comprendidas por una parte ciertas conductas ultrajantes que pueden constituir manifestación legítima del derecho a la libertad de expresión, y por otra parte la pluralidad de contenidos semánticos de la expresión puede dar lugar a juicios subjetivos por el juzgador al momento de apreciar una conducta. Piénsese, por ejemplo, en ciertas manifestaciones artísticas que involucren los símbolos patrios o en la utilización de los símbolos patrios en adornos personales o prendas de vestimenta, si bien en ciertos casos este empleo puede ser considerado una exaltación de los símbolos patrios, en otros puede ser interpretado como una forma de mancillar los valores representados en los mismos”²³.

Con apoyo en el argumento de la falta de necesidad de protección del bien jurídico por la vía penal, y en la indeterminación del verbo ultrajar, la Corte Constitucional declara inexecutable el artículo 461 de la ley 599 de 2000, sin embargo, hay que destacar que cuatro de los diez magistrados firmantes salvaron su voto por entender que el verbo ultrajar no es indeterminado, pues al ser dolosa la responsabilidad penal exigida por el tipo, el mismo supone la intención deliberada y premeditada de ultrajar los valores representados en los símbolos patrios. Afirman que es posible desentrañar el significado de la palabra ultrajar y de la norma de conducta mediante una interpretación sistemática, similar a la realizada en los tipos de injuria y calumnia. Por otro lado afirman que la norma sí cumple con el requisito de la razonabilidad pues busca proteger un fin constitucionalmente válido, lo que es suficiente para satisfacer el deber del legislador de la exclusiva protección de bienes jurídicos.

4. Algunas consideraciones sobre la Sentencia C 575 de 2009

Para el análisis de la sentencia referida se seguirá el mismo patrón argumentativo seguido por la Corte, a fin de verificar su concordancia o no con los presupuestos esgrimidos (*supra* 2). Desde luego los argumentos de los demandantes y los intervinientes no se tendrán en cuenta, pues el objeto del presente análisis son los argumentos considerados como *ratio decidendi* de la providencia. Aunque existen problemas para delimitar la *ratio decidendi* de una sentencia, en tanto que la misma parece poder escogerse a capricho del lector, lo cierto es que los dos argumentos esgrimidos –sobre el bien jurídico protegido y el principio de legalidad- son los

dos pilares fundamentales de la decisión de inconstitucionalidad del tipo penal demandado, por lo cual se considera que son dichos argumentos la *ratio* de la decisión pronunciada por la Corte, ello a pesar de que, como se dijo, la Corte esgrime cuatro bloques argumentativos, sólo que el derecho a la libertad de expresión y la libertad de configuración legislativa de los tipos penales son traídos a colación únicamente como mecanismo de apoyo de los argumentos principales, por ejemplo, cuando se analiza la restricción de la libertad del ciudadano para la protección del bien jurídico, se hace constante alusión a la posibilidad de una doble restricción, la impuesta por la norma de sanción en la libertad y la impuesta por la norma de conducta al derecho a la libertad de expresión, sin embargo, los argumentos iniciales sobre la configuración y contenido de la libertad de expresión son simplemente un apoyo para el lector en un trayecto argumentativo que discurre por otros lugares.

El primer argumento que esgrime la Corte es que el bien jurídico protegido por la norma, o el fin por ella perseguido, es constitucionalmente válido, en tanto que el mismo está llamado a proteger la existencia y seguridad del Estado, mediante la protección de los *valores morales* encarnados en la bandera, el escudo y el himno del país. Argumenta la Corte que dicho fin es válido si se tiene en cuenta que existen varios artículos constitucionales que ordenan la promoción de los símbolos y valores patrios.

Ahora bien, en la construcción de la Corte Constitucional se detecta un afán legitimador de la prohibición –lo que resulta curioso cuando la decisión fue la inexequibilidad de la norma-, porque se construyen bienes jurídicos de forma acomodada. Lo cierto es que con los juegos argumentativos utilizados por la Corte Constitucional cualquier *valor moral* podría resultar susceptible de protección penal, pues con descaro la corporación argumenta que la necesidad de protección de dicho bien jurídico se desprende de que los símbolos patrios son “indicativa del sentimiento de dignidad y amor propio que comporta la condición de colombiano, y que compromete a todos en la empresa de impedir que los valores fundantes de la patria desaparezcan”²⁴, por lo cual su ultraje es una afectación que daña los *valores morales* de los Colombianos.

Al respecto hay que reprochar a la Corte Constitucional que, si bien las realidades inmateriales pueden ser susceptibles de protección penal, no es dable la construcción de cualquier realidad inmaterial como una situación social que debe ser protegida, pues, a modo de caricaturización, no parece distar mucho dicha construcción de la llevada a cabo frente al *sano sentimiento del pueblo alemán*, sino que, como se afirmó antes, las realidades sociales que pretendan protegerse necesitan un sustrato fáctico

susceptible de ser lesionado y la posibilidad de que dicha protección sea vinculada a los intereses de las personas. En Colombia, un país pluralista por disposición Constitucional, donde la heterogeneidad étnica es amplia y la libertad de expresión es un derecho fundamental, no resulta legítimo proteger meros *valores morales* representados en *símbolos*, pues ello no es más que una búsqueda de homogeneización de la población mediante el terrorismo de la pena.

Por más que la corporación Constitucional quiera construir un bien jurídico a partir de los valores representados en los símbolos patrios, los cuales son innegables, lo cierto es que dicho bien jurídico no puede ser objeto de protección penal legítima si se entiende que el Estado está al servicio del ciudadano, y sólo un atentado que ponga en riesgo la estructura estatal, haciendo peligrar la protección que éste brinda a la sociedad, podrá ser susceptible de protección de tipos penales como el del artículo 461, y no así los valores encarnados en éste, pues, nuevamente, dichos valores no son fines en sí mismos y la pertenencia a un Estado no obliga a la aceptación de sus valoraciones y procedimientos, siempre y cuando dicha negativa a la aceptación no implique riesgo para la libertad de terceros²⁵.

En esta construcción del bien jurídico realizada por la Corte se vislumbra la perversión del principio de estricta protección de bienes jurídicos. Como se dijo anteriormente el bien jurídico —y el principio de estricta protección de bienes jurídicos— está concebido como una contera del poder punitivo del Estado, un mecanismo idóneo para deslegitimar aquellos tipos penales que se encuentran *vacíos*, al no proteger ninguna realidad física o social valiosa para el desarrollo personal; sin embargo, dicho principio puede venirse abajo cuando no son las prohibiciones las que se adaptan al bien jurídico, sino los bienes jurídicos los que se adaptan a las prohibiciones²⁶. Cuando se crean bienes jurídicos para cada tipo penal se hace imposible que el principio de estricta protección de bienes jurídicos tenga algún rendimiento, pues cuando valoraciones morales son reconstruidas como realidades sociales dignas de protección²⁷, se termina cayendo en la legitimación de las normas penales a través de discursos deslumbrantes que sólo enmascaran el autoritarismo en prohibiciones como la establecida en el artículo 461, objeto del control de constitucionalidad.

25 DETLEV STERNBERG-LIEBEN, "Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal", en *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, cit., p. 119.

26 *Ibid.*

27 KUNT AMELUNG, "El concepto de "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos", en *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, cit., pp. 251-253.

Como lo afirma Lopera Mesa, sólo los bienes jurídicos no prohibidos constitucionalmente pueden constituir objetos legítimos de protección penal²⁸, lo cual puede suceder en dos situaciones diferentes: cuando no se pueda ligar el bien jurídico a ningún principio que lo respalde o cuando existen reglas constitucionales que se opongan a la creación del mismo. En el caso que nos ocupa resulta necesario diferenciar que una cosa es que la dignificación de la patria y el enaltecimiento de los símbolos patrios sea un mandato constitucional, y otra que sea susceptible de ser transformado en un bien jurídico, subrayando que no todo mandato constitucional puede ser convertido sin más en bien jurídico, como pareció realizarlo la Corte Constitucional. Ahora bien, en el presente caso se presenta una seria problemática: por una parte el fin perseguido se encuentra fomentado en la Constitución y, por otra parte, no parece existir una prohibición de llevar a cabo la protección penal del mismo, por lo cual la decisión de la Corte de no declarar la inexecutable del tipo penal analizado por ausencia de bien jurídico resultaría correcta, sin embargo, hay que reprochar que aunque en principio el fin perseguido por la norma resulta constitucionalmente válido, su creación como bien jurídico penal está restringida por la concepción personalista y utilitarista del Estado, el cual está creado al servicio de la comunidad y tiene como regla la dignidad humana lo que impide, es decir, prohíbe, constitucionalmente, la creación de bienes jurídicos desvinculados de la protección de las necesidades básicas de convivencia de los seres humanos. Un ejemplo de otro fin constitucionalmente válido que no podría constituir un bien jurídico, se encuentra en el numeral cuarto del artículo 95 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende que un fin valioso constitucionalmente es la difusión de los derechos humanos, sin embargo, no parece que se pueda castigar penalmente a un ciudadano por no realizar la difusión de éstos (ni por difundir doctrinas contrarias, lo que entraría a problematizar con el tipo penal del artículo 102 de la ley 599 de 2000).

Aunque con lo mencionado basta para entender que todos los argumentos que se desprenden de la creación amañada del bien jurídico realizada son inválidos, entiende este autor que los argumentos esgrimidos sobre dicho aspecto pueden o no ser compartidos, por lo cual se revisarán también los argumentos con los que continúa la Corte sustentando la constitucionalidad provisional de la medida, pues se recuerda, su inconstitucionalidad de debió a la falta de necesidad en la restricción penal y la indeterminación del verbo ultrajar.

28 GLORIA LOPERA MESA, "El principio de proporcionalidad como herramienta para resolver colisiones entre principios constitucionales", en *Constitución y principios del Derecho penal: Algunas bases constitucionales*, Dirs. Santiago Mir Puig y Joan J. Queralt Jiménez, Coord. Silvia Fernández Bautista, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 112-113.

En lo que respecta a la idoneidad de la restricción de la libertad para la protección del bien jurídico se presenta una contradicción en los argumentos de la Corte, en tanto que inicialmente refirió que “es posible afirmar entonces que el tipo penal acusado persigue proteger la existencia y seguridad del Estado mediante la protección de los símbolos que lo encarnan”²⁹, para luego afirmar que la conducta prohibida por el tipo penal “no tiene la magnitud requerida para afectar objetivamente ni la existencia ni la seguridad del Estado, por lo cual no resulta idónea para la protección de este bien jurídico”³⁰. De nuevo, la Corte hace uso de la argumentación para mutar el concepto original y decir que, en últimas, el bien jurídico protegido no es la existencia y seguridad del Estado, sino sólo los “valores constitucionales a los cuales están ligados los símbolos patrios”³¹. En este aspecto la Corte se muestra bastante ambivalente: cuando se ocupa de analizar la constitucionalidad del fin perseguido por la prohibición es enfática en subrayar que lo que se protegen son los *valores morales* que se encuentran ligados al símbolo, pero también subraya que la protección de dichos símbolos y valores mediatamente puede proteger la existencia y seguridad del Estado; a renglón seguido, cuando analiza la idoneidad del medio de protección, la Corte prescinde del bien jurídico existencia y seguridad del Estado por entender que la conducta prohibida no atenta en ningún momento contra dicho bien jurídico, dejando como único objeto de protección los *valores morales* subyacentes a los símbolos. Al parecer, la Corte no se percata de que la variación en la argumentación es de hondo calado, pues se defiende como constitucionalmente legítimo un fin de protección, y luego se trabaja con otro distinto al momento de verificar la idoneidad de la prohibición.

En el acápite final del análisis sobre la idoneidad de la prohibición, la Corte manifiesta que toda prohibición penal tiene efectos disuasorios, intimidatorios y preventivos por la amenaza de sanción que conlleva. Con dicha fundamentación sería idónea cualquier protección de bienes jurídicos constitucionalmente válidos, por lo cual habría que subrayar que la verificación de la idoneidad, siguiendo dicho hilo argumentativo, sería un sinsentido pues toda prohibición penal comporta efectos disuasorios, intimidatorios y preventivos por la gravedad de la sanción imponible. Es preciso pues subrayar que mientras la idoneidad se trabaje de dicha forma es un paso absurdo en el control de constitucionalidad de los tipos penales, sin embargo, existen formas complementarias de verificar la idoneidad de la medida, pues no

29 Corte Constitucional, Sentencia C-575 de 2009, Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto.

30 *Ibíd.*

31 *Ibíd.*

sólo debe verificarse si la sanción es un mecanismo útil para la protección del bien jurídico, sino también si la norma de conducta es un medio idóneo para ello, en este caso, preguntarse si impedir los ultrajes contra los símbolos patrios es un mecanismo idóneo para la protección del bien jurídico, algo que la Corte Constitucional evade, pues inicialmente analiza la no idoneidad de la norma de conducta para proteger el bien jurídico de la existencia y seguridad del Estado, y luego, en el momento de analizar si la norma de conducta es un mecanismo útil para la protección de los valores constitucionales representados en los símbolos, salta de inmediato a la idoneidad de la sanción³².

El acápite final que se ocupa del bien jurídico refiere la necesidad de llevar a cabo la restricción por medio de la norma penal, concluyendo la Corte que existen medios menos gravosos. En este aparte el proceder de la Corte es irreprochable —desde luego, sólo si se entiende como válida la creación del bien jurídico realizada por dicha corporación—. Es cierto que de existir el bien jurídico defendido por la Corte existirían otros mecanismos de protección, y ello no merece un análisis in extenso.

Lo que resulta peculiar en la argumentación llevada a cabo por parte del órgano de control Constitucional es que, en primer lugar esgrime un discurso bastante liberal que no parece corresponderse con el discurso previo de legitimación de un bien jurídico tan difícil de estructurar; y en segundo lugar, se tomó la decisión de declarar inconstitucional el tipo penal en el lugar que admite mayor discusión, puesto que la posibilidad de ejercer un control efectivo por un mecanismo menos gravoso que la pena resulta siempre opinable y sólo comprobable una vez se haya tomado dicha medida, por lo cual, dicha decisión podría implicar una mayor intromisión de la Corte Constitucional en las funciones propias del legislador, con todos los problemas que ello conlleva. Ya Lopera Mesa reconocía que el escenario de la necesidad de la restricción representa el lugar donde es más lábil la frontera entre la intervención legítima o ilegítima de la Corte, puesto que al no tener estudios empíricos sobre la efectividad preventiva del Derecho penal, la misma resulta más sustentada en la probabilidad³³, lo que implica que siempre que el órgano encargado del control constitucional de las leyes penales afirma como innecesaria una prohibición, suele usurpar siempre la función de libertad de configuración legislativa del legislador, sin contar con premisas definitivas que sustenten dicha ausencia de necesidad. En palabras que representen la gravedad de dicha intervención podría afirmarse que el constituyente *siempre* podría afirmar que

32 GLORIA LOPERA MESA, "El principio de proporcionalidad como herramienta para resolver colisiones entre principios constitucionales", cit., pp. 114-115.

33 *Ibíd.*, p. 127.

existen otros mecanismos para la protección del bien jurídico, y el legislador quedaría sin herramientas para probar en contrario en tanto que la capacidad de prevención del Derecho penal está siempre al borde del abismo.

En definitiva, el escenario de la necesidad de la prohibición resulta en el más difícil de controlar, por lo cual es en éste en el cual se corren más riesgos de que el órgano de control constitucional usurpe los poderes del legislador o legitime prohibiciones inconstitucionales, por ello se debe profundizar en los criterios a tener en cuenta en el examen del mismo para poder dar un rendimiento alto a la verificación de la necesidad de la prohibición, así mismo, resulta ineludible sostener la crítica permanente de todas las sentencias de constitucionalidad que utilizan dicho mecanismo de argumentación.

Ahora bien, lo que hay que aplaudir en este lugar de la argumentación es que la Corte sostiene que no basta para que la prohibición sea *legítima* que ésta busque proteger un bien jurídico, sino que además es necesario que dicho bien jurídico tenga una especial importancia por estar ligado a una necesidad social de protección, con lo cual se aproxima a la teoría personal del bien jurídico. Resulta exaltable que la Corte, que inicialmente construye un bien jurídico ambiguo e ilegítimo, luego manifieste que el Derecho penal no sólo parte del principio de la estricta protección de bienes jurídicos, sino que sienta las bases de un *principio de estricta protección de bienes jurídicos primordiales*. Aunque lo anterior no se desarrolla consecuentemente por la Corte y su rendimiento (por indeterminación y ambigüedad) todavía está por establecerse, es importante destacar la intención de dicho argumento esgrimido por la corporación de erigir el Derecho penal como último mecanismo al que debe recurrir el Estado para la protección de bienes jurídicos.

Finalmente la Corte Constitucional se ocupa del mandato de determinación como consecuencia del principio de legalidad. Al respecto hay que señalar que la Corte confunde abiertamente la indeterminación del lenguaje con la expansión del poder punitivo que comportan algunos verbos. Si se sigue el hilo argumentativo de la Corte, la palabra ultrajar no resulta indeterminada pues es posible atribuirle significados claros, incluso, pueden subdividirse los significados en dos tipos de resultados, un núcleo de significado cuyos sinónimos refieren el daño físico de los símbolos patrios, y un núcleo de significado cuyos sinónimos refieren la degradación de los valores contenidos en los símbolos patrios. La Corte manifiesta que como muchos de esos verbos se encuentran cobijados por el derecho a la libertad de expresión y dada la extensión de significados que tiene el juez para penalizar la conducta, debe considerarse como indeterminado el verbo ultrajar.

Lo anterior es algo que simplemente no se puede compartir. Un verbo no es indeterminado porque su significado sea muy amplio o porque alguna parte de su significado sea objeto de otra protección o prohibición, un verbo resulta indeterminado cuando es difícil o imposible desentrañar su significado, o éste una vez localizado

resulta opinable. Así, es posible establecer que el ciudadano puede aprehender el significado de la palabra ultrajar a través de sus dos núcleos de significado, el de ultrajar físicamente y el de ultrajar moralmente.

Por tanto, el problema con el verbo ultrajar no parece que sea de indeterminación, sino de indebida protección, porque sí resulta cierto que el verbo termina por comprender escenarios inofensivos o protegidos por la libertad de expresión, que no deben ser penalizados en un Estado de Derecho, pero ello conlleva es a una ilegitimidad de la protección o ausencia de bien jurídico, más no a la indeterminación del tipo penal el cual, aunque amplio, tiene un nivel de determinación suficiente para ser considerado constitucional por dicho aspecto –sin negar que a pesar de ello, en la palabra ultrajar sigue subyaciendo un margen de indeterminación, el cual, sin embargo, no resulta suficiente para que el órgano de control constitucional suplante las funciones del legislador actuando como legislador negativo, sino que opera como un mecanismo de interpretación teleológica del tipo penal a través del bien jurídico protegido-.

Para culminar el análisis de la presente providencia y antes de esgrimir las conclusiones que quedan del mismo, es necesario hacer una breve referencia al salvamento de voto presentado en dicha decisión. Como se dijo el salvamento de voto se estructuraba en dos premisas, la primera que el verbo ultrajar no es indeterminado y la segunda que existe razonabilidad en la prohibición porque el objeto de protección es legítimo.

Como se subrayó inicialmente se considera que el objeto de protección de la norma no es legítimo para la protección por la vía penal, por lo cual no se ahondara en este aspecto, lo que sí resulta importante es que el salvamento de voto consideró, en la misma forma que en el presente artículo, que el verbo ultrajar no es indeterminado, sin embargo, los fundamentos para ello esgrimidos en el salvamento de voto no pueden compartirse. El salvamento de voto afirma que:

“La disposición que estaba bajo estudio debió ser entendida de manera sistemática, no sólo con las restantes normas del Código Penal sino igualmente con base en las normas constitucionales. Por consiguiente, de haberse realizado el estudio en esta forma se podría concluir que la responsabilidad que exigía la norma acusada es la dolosa; por ende la conducta se circunscribía a ultrajar de manera intencional, deliberada y premeditada los valores representados en los símbolos patrios que por demás salvaguardan la dignidad de la nación colombiana.

Así entendida la disposición atacada mal podría afirmarse que era un tipo penal ambiguo y en consecuencia no violentaba el principio de legalidad, sino por el contrario era muestra del desarrollo de la libertad de configuración legislativa en cabeza del Congreso de la República”³⁴.

34 Corte Constitucional, Sentencia C-575 de 2009, Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto.

El reproche que a dicha argumentación se hace es que en nada varía la determinación o indeterminación del verbo ultrajar, el hecho de que el título de responsabilidad exigido por el tipo sea la dolosa, pues la indeterminación no tiene que ver con el proceso de formación de la voluntad, pues lo que importa frente a la responsabilidad subjetiva dolosa es que el sujeto conozca que en su hecho se presentan las condiciones para ultrajar un símbolo patrio, pero ello no serviría de nada si el verbo ultrajar fuese indeterminado, por tanto, no es posible desprender que dicho verbo sea determinado sólo porque la responsabilidad exigida por el tipo es dolosa, puesto que el verbo ultrajar es objeto de cognición del dolo, más no se determina a través de éste.

Como conclusión, es posible afirmar que la decisión tomada por la Corte Constitucional es compatible, pues como se ha defendido el tipo penal consagrado en el artículo 461 devenía inconstitucional, lo que no se comparte son los argumentos por los cuales la Corte llega a la decisión, pues como se enunció, no parece existir un bien jurídico legítimo que subyazca a la protección penal pretendida por dicha norma, por esto la inconstitucionalidad del tipo debió estar soportada en la ausencia de bien jurídico; y no de la creación argumentativa del bien jurídico *valores morales que subyacen a los símbolos patrios* o como quiera llamársele, para posteriormente afirmar que existen otros medios de protección para dicho bien jurídico.

Bibliografía

AMELUNG, KUNT, "El concepto de "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos", en *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editor Roland Hefendehl, trad- Íñigo Ortíz de Urbina Jimeno, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 227-264.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZABAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal: parte general*, Madrid, Trotta, 2006.

COBO DEL ROSAL, MANUEL; TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, *Derecho penal: parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, *El principio de legalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

ENRIQUE CURY, *La ley penal en blanco*, Bogotá, Temis, 1988.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal: parte general*, Bogotá, Ibáñez, Bogotá, 2011.

HASSEMER, WINFRIED, "¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico pena?", en *"La teoría del bien jurídico: ífundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?"*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 95-104.

HEFENDEHL, ROLAND, "El bien jurídico como eje material de la norma penal", en *"La teoría del bien jurídico: ífundamento de legitimación del derecho penal Derecho penal o juego de abalorios dogmático?"*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 179-196.

LOPERA MESA, GLORIA, "El principio de proporcionalidad como herramienta para resolver colisiones entre principios constitucionales", en *Constitución y principios del Derecho penal: Algunas bases constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 105-137.

MOCCIA, SERGIO, *El derecho Derecho penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática teleológica*, Buenos Aires, B de F, 2003.

ROXIN, CLAUS, "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal Derecho penal?", en *La teoría del bien jurídico: ífundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?"*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 443-458.

SCHÜNEMANN, BERN, "El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación", en *La teoría del bien jurídico: ífundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?"*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 197-226.

SEHER, GERHARD, "La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico", en *La teoría del bien jurídico: ífundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?"*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 69-92.

STENBERG-LIEBEN, DETLEV, "Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal", en *"La teoría del bien jurídico: ífundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?"*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 105-127.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; SLOKAR, ALEJANDRO; ALAGIA, ALEJANDRO, *Manual de Derecho penal: parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2010.