

El debilitamiento del principio de legalidad penal en las decisiones de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana*

LUZ MARÍA MEJÍA**

Resumen

La Constitución Política de Colombia está dotada de un amplio catálogo de derechos fundamentales, judicialmente garantizados, vinculantes para todos los poderes del estado, aún para el legislativo, expresados a través de normas jurídicas constitucionales que prevalecen sobre las demás del ordenamiento, modelo constitucional que determina la opción por un Derecho penal garantista, o de la mínima intervención, para cuya consolidación es fundamental el fortalecimiento del principio de legalidad, como límite o garantía frente al ejercicio del poder penal por parte del estado.

Con el fin de establecer si las decisiones de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional Colombiana, están contribuyendo a fortalecer esta función de garantía del principio de legalidad, y en consecuencia a la consolidación de un Derecho penal mínimo en Colombia, o si por el contrario, están favoreciendo su debilitamiento, y por lo tanto, la expansión del Derecho penal, este trabajo se ocupó de analizarlas, teniendo como referente teórico principal la Teoría del Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, complementada con las principales manifestaciones del principio de legalidad penal acuñadas por la doctrina, como criterios de revisión de la jurisprudencia: la reserva de ley, la irretroactividad de la ley penal desfavorable, la ley escrita, la prohibición de la analogía *in malam partem*, la taxatividad y los tipos penales en blanco.

* El presente trabajo es resultado de la investigación cursada para obtener el título de magister en derecho penal en la Universidad Eafit, Medellín, Colombia.

** Magister en derecho penal, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.

Abstract

The Political Constitution of Colombia is endowed with an extensive catalog of fundamental rights, guaranteed judicially, which are binding on all the state powers even for the legislative one, which are expressed through constitutional legal norms that prevail over the other ones of the legal system, this model of constitution determines the option for a guarantist criminal law, which means a minimum intervention criminal law, for whose consolidation is fundamental the strengthening of the principle of legality, as a limit or guarantee against the exercise of the punitive power by the state.

In order to establish whether the decisions of the constitutional control of the Colombian Constitutional Court are contributing to strengthen this guarantee function of the principle of legality, and consequently are helping to the consolidation of a minimum intervention criminal law in Colombia, or if instead, they are promoting their weakening, and therefore the expansion of criminal law, this paper took care of analyzing them, using as the principal theoretical reference the theory of the guarantist criminal law by Luigi Ferrajoli, that was complemented with the main manifestations of the principle of legality coined by the doctrine, as the review criteria of the jurisprudence: the reserve of law, the non-retroactivity of the unfavorable criminal law, the written norms, the prohibition of analogy in *malam partem*, the legal certainty and the white criminal types.

Palabras Clave

Principio de legalidad penal, garantía, jurisprudencia constitucional.

Key words

Principle of legality, guarantee, constitutional jurisprudence.

Sumario

1. Introducción: el debilitamiento del principio de legalidad penal. 2. El principio de legalidad penal en el contexto del estado constitucional de derecho. 3. La función de garantía del principio de legalidad penal. 3.1. Sistema garantista, cognitivo o de estricta legalidad. 3.2. La mera y la estricta legalidad. 4. Manifestaciones del principio de legalidad penal. 4.1. Ningún delito, ninguna pena, ninguna medida de seguridad sin ley. 4.2. Ningún delito, ninguna pena, ninguna medida de seguridad sin ley previa. 4.3. Ningún delito, ninguna pena, ninguna medida de seguridad sin ley escrita. 4.4. Ningún delito, ninguna pena, ninguna medida de seguridad sin ley estricta. 4.5. Ningún delito, ninguna pena, ninguna medida de seguridad sin ley cierta. 5. Las manifestaciones del principio de legalidad penal en las decisiones de la Corte Constitucional Colombiana. 5.1. Reserva de ley. 5.2. Irretroactividad de la ley penal desfavorable. 5.3. Ley escrita. 5.4. Prohibición de la analogía *in malam partem*. 5.5. Taxatividad. 5.6. Tipos en blanco. 6. Conclusiones.

1. Introducción: el debilitamiento del principio de legalidad penal

Puede afirmarse que el fin del Derecho penal es minimizar el ejercicio de la violencia en la sociedad, tanto la que se manifiesta en la comisión de los delitos por parte de los delincuentes, como la que se desencadena a raíz de las reacciones informales frente a éstos por parte de las víctimas y de quienes se solidarizan con ellas¹. Entonces,

La ley penal se dirige a minimizar esta doble violencia, previniendo mediante su parte prohibitiva la razón de la fuerza manifestada en los delitos y mediante su parte punitiva la razón de la fuerza manifestada en las venganzas u otras posibles reacciones informales².

Estas

(...) dos finalidades preventivas – la prevención de los delitos y la de las penas arbitrarias – están conectadas sobre esta base: legitiman conjuntamente la <<necesidad política>> del derecho penal como instrumento de *tutela de los derechos fundamentales*, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquél en cuanto *bienes* que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos³.

Aunque el Derecho penal busca minimizar el ejercicio de la violencia en la sociedad, paradójicamente lo hace a través de la pena que también es un ejercicio de violencia⁴, reglado, y limitado por los derechos fundamentales, pero violencia al fin y al cabo, lo que pone en evidencia lo frágil que puede llegar a ser la línea divisoria entre el ejercicio de violencia legalmente permitida y la que no lo es. Esta línea divisoria, se

1 “Razón de la fuerza es el delito. Razón de la fuerza es la venganza. En ambos casos se da un conflicto violento resuelto mediante la fuerza: mediante la fuerza del reo en el primer caso, mediante la de la parte ofendida en el segundo. Y la fuerza es en ambos casos arbitraria e incontrolada: no sólo, como es obvio, en la ofensa, sino también en la venganza, que es por su propia naturaleza incierta, desproporcionada, desenfrenada, dirigida a veces contra el inocente”. Ver: LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, trad. Ibáñez, Perfecto Andrés; Ruiz Miguel, Alfonso; Bayón Mohino, Juan Carlos; Terradillos Basoco, Juan; Cantarero Bandrés, Rocío, 7 ed., Madrid, Trotta, 2005, p.335. Sobre el peligro que esta fundamentación de la pena puede tener en el caso colombiano Ver: JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, “Garantismo y derecho penal en Colombia”, en *Garantismo y Derecho Penal*, Sotomayor Acosta, Juan Oberto (Coordinador), Bogotá, Temis, 2006, nota 46, p. 118.

2 LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, cit.p. 335.

3 Ibid. p. 335, cursivas en el texto.

4 Ver: GLORIA MARÍA GALLEGO GARCÍA, “Sobre el monopolio legítimo de la violencia”, en *Nuevo Foro Penal*, 3a. época, N° 0066, Medellín, Universidad EAFIT, 2003, pp. 72-120.

manifiesta en el Derecho penal a través de la ley⁵, que en vez de haberse fortalecido como herramienta para minimizar el ejercicio de la violencia al interior del Derecho penal, se ha venido debilitando por obra de corrientes como “la <<modernización del Derecho penal>> (o Derecho penal del riesgo)”⁶ y el Derecho penal del enemigo, que cada vez legitiman más violencia penal, recortando el ámbito de los derechos fundamentales y “disolviendo” sus límites⁷, hasta el punto que

Hemos alcanzado el relajamiento de todos los límites y de todos los controles jurídicos a favor de la persecución y el castigo de los crímenes considerados más graves (derechos humanos, corrupción, terrorismo, drogas) y a una *euforia de ‘lo penal’ como ‘sanalotodo’ social que no tiene precedentes*⁸.

A este deterioro del principio de legalidad, como límite a la violencia que el estado puede ejercer sobre los individuos a través del Derecho penal⁹, o lo que es lo mismo, a la reducción casi al mínimo de su función primordial de garantía en el estado constitucional de derecho, también han contribuido considerablemente la gran proliferación de leyes penales,¹⁰ y la influencia que estas corrientes de pensamiento están ejerciendo sobre la jurisprudencia, a la cual Colombia no es ajena¹¹.

5 Ver: LUIGI FERRAJOLI, "La legalidad violenta", en *Democracia y garantismo*, trad. Rivaya García, Benjamín, Carbonell, Miguel (editor), Madrid, Trotta, 2008, p. 176: "...son legítimas todas aquellas – y sólo aquellas – formas de violencia taxativamente previstas en la ley como sanciones penales frente a comportamientos lesivos y culpables, a su vez predeterminados legalmente y confirmados judicialmente como delictivos".

6 JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, "¿El Derecho penal garantista en retirada?", en *Revista penal*, N° 21, Madrid, Wolters Kluwer España, S.A., 2008, pp.152-154. La estricta legalidad se deteriora considerablemente puesto que la ley se orienta a describir funciones y no acciones lesivas de bienes jurídicos, verificables empíricamente, p. 152.

7 Ver: LUIGI FERRAJOLI, "El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal", en *Nuevo Foro Penal*, trad. Ibáñez, Perfecto Andrés, 4a. época, N° 0069, Medellín, Universidad EAFIT, 2006, pp. 13-31. Esta corriente "disuelve" la garantía de legalidad puesto que la ley ya no se ocupa de señalar las acciones dañosas como presupuesto del castigo, sino los sujetos dañosos: se castiga por lo que se es, no por lo que se hace, p. 22. Además, encierra una contradicción, puesto que el término enemigo es propio de la guerra que es lo que precisamente ha tratado de evitar la humanidad a través del derecho, p. 21.

8 DANIEL R. PASTOR, *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009, p. 240, cursivas fuera del texto.

9 LUIGI FERRAJOLI, "Crisis de la legalidad y derecho penal mínimo", en *Democracia y garantismo*, trad. Brito Melgarejo, Rodrigo, Carbonell, Miguel (editor), Madrid, Trotta, 2008, pp.251-263.

10 Ver *infra*: 4.1 Ningún delito, ninguna pena, ninguna medida de seguridad sin ley.

11 Así, la Corte Suprema de Justicia le confirió carácter de fuente de derecho penal a normas de Derecho internacional, al ordenar la aplicación retroactiva de las normas del Código Penal que las consagraron como delito en Colombia. Ver: Proceso 33039, auto del 16 de diciembre de 2.010, M.P. José Leonidas Bustos Martínez y Proceso 33118, auto del 13 de mayo de 2.010, M.P. María del Rosario González de Lemos. Ver: *Infra*: 4.3 Ningún delito, ninguna pena, ninguna medida de seguridad sin ley escrita.

Debido a que esta "(...) crisis de la legalidad expresa la crisis del Derecho penal en su conjunto"¹² y del Derecho penal mínimo en particular¹³, propuesta que encarna el ideal de la reducción de la violencia punitiva, es urgente insistir sobre la función de garantía del principio de legalidad penal en Colombia, máxime teniendo en cuenta que su Constitución Política es de corte garantista¹⁴, con un amplio catálogo de derechos fundamentales, expresados a través de normas jurídicas constitucionales, que prevalecen sobre las demás del ordenamiento¹⁵, dentro de las cuales se encuentra el principio de legalidad penal¹⁶. Para decirlo con Sotomayor Acosta

(...) la opción por un Derecho penal garantista se encuentra determinada por el modelo constitucional. Por consiguiente, el deterioro del discurso garantista en el contexto de un Estado débil o fracturado como el colombiano podría significar a su vez el del modelo del Estado constitucional de Derecho¹⁷.

Así, intentaré llevar a cabo esta tarea ubicando el principio de legalidad penal en el contexto del estado constitucional de derecho; explicando su función de garantía; reseñando las manifestaciones más importantes del principio de legalidad penal elaboradas por la doctrina; y finalmente, contrastando la jurisprudencia de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional Colombiana con estos planteamientos teóricos¹⁸.

12 Ver: LUIS PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y Derecho Penal*, Madrid, Portal Derecho S.A., 2011, p. 114.

13 "El Derecho penal mínimo, ...representa un modelo normativo de legalidad penal basado en la mayor economía punitiva, drásticamente limitado a la protección de los bienes jurídicos más fundamentales y sólo frente a las lesiones o amenazas más graves e insidiosas". Ver: LUIS PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y Derecho Penal*, cit. p. 113.

14 "La clave de un sistema jurídico garantista es por tanto la existencia de una Constitución en el sentido más fuerte de la expresión, o sea, de una norma suprema y rígida, vinculante incluso para el legislador, dotada de un importante contenido material o sustantivo de principios y derechos fundamentales, y judicialmente garantizada". Ver: LUIS PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y Derecho Penal*, cit. p. 23-24.

15 "Art. 4º: La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", tarea de guarda de la Constitución que en Colombia está a cargo de la Corte Constitucional: Art. 239 a 245 de la Constitución.

16 "Art. 29-2 de la Constitución Política de Colombia: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio".

17 JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, "¿El Derecho penal garantista en retirada?", cit. p. 155.

18 La metodología para la selección y clasificación de las sentencias analizadas, se presentó como un resultado parcial de esta etapa de la investigación, en un documento titulado Informe de Jurisprudencia, el 10 de octubre de 2.011. En resumen, usando un grupo de veinte descriptores, se seleccionaron las sentencias de control de constitucionalidad, relacionadas con el principio de legalidad penal principalmente en la página web de la relatoría de la Corte Constitucional, las cuales se complementaron con las bases de datos Multilegis y la compilación de la Universidad Sergio Arboleda. Se clasificaron

2. El principio de legalidad penal en el contexto del estado constitucional de derecho

El principio de legalidad penal, fruto del pensamiento jurídico ilustrado¹⁹, formulado para limitar las intervenciones del poder penal sobre los ciudadanos, se enmarca en el contexto de la legalidad en sentido amplio, como sujeción del poder a la ley, nota característica esencial del estado de derecho.

Así, definiendo el "(...) estado de derecho como un arquetipo de organización política que exige el sometimiento del poder al derecho (...) "²⁰, vinculación que asume aspectos formales entendidos como "(...) el conjunto de técnicas empleadas para asegurar el control jurídico del poder: reconocimiento de derechos, separación de poderes, *principio de legalidad*, control judicial, principalmente"²¹. Y aspectos materiales que "(...) se refieren a los contenidos que condicionan aquello que el poder político debe o no debe decidir y que determinan la naturaleza de los derechos y el tipo de obligaciones que correlativamente imponen"²². Desde el punto de vista formal se

en orden descendente por año y número de la providencia, agrupándolas de acuerdo con los criterios mencionados, teniendo en cuenta las proferidas del año 2.000 en adelante y algunas de años anteriores que debían citarse ya fuera porque se encontraron reseñadas en la bibliografía, o porque son referente constante para la Corte. Finalmente se obtuvo un grupo de 118 sentencias de las cuales se analizaron 64 que se muestran en un anexo al final de este trabajo.

19 A lo largo de la obra *Derecho y Razón*, de LUIGI FERRAJOLI, se encuentran múltiples referencias históricas relativas al principio de legalidad penal, en particular, durante la época de la Ilustración, dentro de las cuales se destacan: Los principios que fundamentan el modelo garantista clásico del derecho penal como la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal y los relativos al proceso penal, son fruto de la tradición jurídica ilustrada. Ver: LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, cit., p.33; El margen de libertad del que disponen los ciudadanos al poder hacer todo aquello que la ley penal no prohíba y la igualdad de todos ante la ley, según la cual ésta debe describir únicamente comportamientos prohibidos y no condiciones personales, son logros de la teoría clásica del derecho penal y de la cultura jurídica liberal, p.36; "El ideal de la claridad, de la simplicidad, de la coherencia y del número limitado de las leyes, sobre todo penales, es común a toda la tradición ilustrada... y está en la base de todo el movimiento reformador a favor de la codificación penal desarrollado en Europa en el siglo XVIII", p.122; Al pensamiento jurídico ilustrado se debe la tesis sobre la separación entre el derecho y la moral, recibida por el positivismo jurídico como fundamento del principio de legalidad, p.219; Mientras que del principio de mera legalidad se puede hablar desde el derecho romano, "el principio de estricta legalidad sólo queda elaborado por el pensamiento ilustrado", p.382; Con los códigos elaborados a partir de 1774, "...quedaban, si no superadas, sí ciertamente reducidas la falta de certeza, la incoherencia y la confusión de las fuentes, y se daba cuerpo al ideal ilustrado de la predeterminación legal tan clara y precisa como fuera posible de los delitos y de las penas.", p.384.

20 GLORIA PATRICIA LOPERA MESA, "La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados", en *Cuadernos de Investigación*, Nro. 16, Medellín, Universidad EAFIT, 2004, p. 21.

21 Ibid., p. 21, cursivas fuera de texto.

22 Ibid., p. 21.

puede distinguir entre estado legislativo de derecho y estado constitucional de derecho y desde el punto de vista material entre estado liberal y estado social²³.

A su vez, la diferencia entre el estado legislativo de derecho y el estado constitucional de derecho, radica en los límites jurídicos que se imponen al soberano en uno u otro modelo de organización.

Mientras que en el primero, en el estado legislativo de derecho, "(...)el poder legislativo no encuentra límites jurídicos a su ejercicio(...)"²⁴, y el principio de legalidad, como mecanismo de control del poder característico del estado de derecho, se identifica "(...)" con el imperio de la ley en el sistema de fuentes, su carácter vinculante para los demás poderes públicos y la reserva de ley como garantía de los derechos de los ciudadanos (...)"²⁵, otra cosa ocurre en el estado constitucional de derecho, el cual "(...)" se nutre de una idea de soberanía limitada (...)"²⁶, que se traduce en la reinterpretación del principio de legalidad²⁷.

(...) en su sentido nomocrático originario como sujeción al derecho de todas las manifestaciones del poder estatal, *incluida la ley*²⁸, cuya validez se hace depender de la satisfacción de exigencias formales y sustanciales recogidas en la constitución, con lo que el 'imperio de la ley' se sustituye por la idea de *supremacía constitucional*. . . dando lugar al establecimiento de sistemas de justicia constitucional que se convierten en rasgo definitorio del estado constitucional, llegando a afirmarse que 'así como el Estado legal de Derecho sólo se constituye cuando existe una jurisdicción contencioso administrativa, así el Estado constitucional de Derecho sólo adquiere existencia cuando se establece una jurisdicción constitucional'²⁹.

Lopera Mesa destaca también,

(...) cómo en el estado constitucional se instala una tensión irreductible entre democracia y derechos que, allí donde se establece un sistema de control de constitucionalidad de las leyes, se traduce a su vez en una tensión entre las competencias del legislador y del órgano al que se confía dicho control (...)"³⁰.

23 Ibid., p. 21. La oposición que desde el punto de vista material se plantea entre el estado liberal y el estado social puede consultarse en este mismo trabajo en las páginas 24 y siguientes.

24 Ibid., p. 22.

25 Ibid., p. 22.

26 Ibid., p. 23.

27 Ibid., p. 24.

28 Cursivas fuera de texto.

29 Ibid., p. 24. Cursivas en el texto.

30 Ver: GLORIA PATRICIA LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 76.

Lo cual determina un particular entendimiento de la constitución y del control de constitucionalidad de las leyes, que tiene incidencia en las decisiones de control de constitucionalidad.

Reinterpretación, o "...nueva formulación del principio [de legalidad]"³¹, según la cual,

(...) sólo serán Estados de derecho aquellos modelos político-institucionales que incorporen normativamente una serie de límites o vínculos materiales, como condiciones de validez normativa, a las posibilidades de expresión del poder político... Desde este punto de vista, el principio de legalidad como sometimiento del poder al derecho – término éste ahora más apropiado que el de *imperio de la ley* – amplía su campo de aplicación al abarcar también al poder legislativo³².

Caracterizar el principio de legalidad como sometimiento del poder al derecho, implica partir de una concepción dual entre el estado y el derecho³³ e impone aceptar que,

(...) *en la simple expresión jurídica del poder se localiza una forma básica de garantía* frente a expresiones informalizadas del mismo, y que este dato es una constante en las relaciones entre poder y derecho del que el Estado constitucional es la última etapa conocida³⁴.

3. La función de garantía del principio de legalidad penal³⁵

Denotar el principio de legalidad como una forma básica de garantía en el estado constitucional de derecho, obliga a poner de presente algunos aspectos básicos de la noción jurídica de garantía:

Garantías, (...) son todos aquellos procedimientos funcionalmente dispuestos por el sistema jurídico para asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre planos o determinaciones normativas del derecho y sus distintas realizaciones operativas, es decir, *entre las exigencias constitucionales o normativas y la actuación de los poderes públicos, entre los valores inspiradores del sistema constitucional y su configuración normativa o institucional*³⁶.

31 ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, p. 58.

32 Ibid., pp. 58-59. Cursivas en el texto.

33 Ibid., pp. 41-45.

34 Ibid., pp. 45-46. Cursivas en el texto.

35 El esquema teórico de referencia para la realización de este apartado es la Teoría del Garantismo Penal. El garantismo nació en el campo penal como una réplica a la divergencia entre el modelo constitucional y la práctica del derecho en los niveles inferiores. Se pueden distinguir tres acepciones de la palabra garantismo, relacionadas entre sí: como modelo normativo de derecho, el de estricta legalidad, propio del estado de derecho; como una teoría jurídica de la validez y la efectividad y como una filosofía política. Ver: LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, cit., pp. 851-853.

36 ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, cit. pp. 28-29. Cursivas fuera del texto.

Igualmente, "(...) las garantías – no sólo penales – son vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos y, más en general, a los principios axiológicos sancionados por las leyes"³⁷. O también, "(...) mecanismos institucionales dirigidos a asegurar la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad en la tutela o en la satisfacción de los derechos (...)"³⁸.

Las exigencias constitucionales o normativas, o imperativos de deber ser en el Derecho penal³⁹, cuya máxima corrección y mínima desviación con respecto a la actuación de los poderes públicos, que encarnan el ser en el derecho, debe asegurar el principio de legalidad penal en el estado constitucional de derecho, como procedimiento o mecanismo dispuesto por el sistema jurídico, han sido axiomatizadas por Luigi Ferrajoli a través del sistema garantista, cognitivo o de estricta legalidad, "(...) *modelo límite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisfacible* (...)"⁴⁰, formulado con base en "(...) diez axiomas o principios axiológicos fundamentales no derivables entre sí (...)"⁴¹,

(...) que definen (...) el modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho penal. Fueron elaborados sobre todo por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que los concibió como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal <<absoluto>>. Y han sido ulteriormente incorporados, más o menos íntegra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno *estado de derecho*⁴².

37 LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, cit., p.28.

38 *Ibid.*, p.28. Ver además: LUIGI FERRAJOLI, "Garantías", en *Democracia y garantismo*, trad. Pisarello, Gerardo y De Cabo, Antonio, Carbonell, Miguel (editor), Madrid, Trotta, 2008, pp. 60-76 y LUIS PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y Derecho Penal*, cit. pp. 81-97.

39 Expresión sinónima de legitimidad interna o validez jurídica, con referencia a los valores incorporados como normas jurídicas en el ordenamiento, diferente del deber ser del derecho, asociado con la legitimidad externa o política del ordenamiento.

40 LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, cit., p.93. Cursivas fuera de texto. Esta gradualidad es puesta de presente por Prieto Sanchís en los siguientes términos: "De ahí que <<garantista>> no sea un calificativo que se aplique a la manera de todo o nada, sino que representa un horizonte ideal que se verá más o menos satisfecho en función de cuáles sean las garantías normativamente establecidas y cuál el grado de su efectiva realización". Ver: LUIS PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y Derecho Penal*, cit., p. 24.

41 LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, cit., p. 93.

42 *Ibid.*, p. 93. Cursivas en el texto.

3.1 Sistema garantista, cognitivo o de estricta legalidad

	Axioma	Principio	
A1	Nulla poena sine crimine	Retributividad: Sucesividad de la pena respecto al delito	Garantías Penales
A2	Nullum crimen sine lege	Legalidad en sentido lato o estricto	
A3	Nulla lex (poenalis) sine necessitate	Necesidad o economía del Derecho penal	
A4	Nulla necitas sine iniuria	Lesividad	
A5	Nulla iniuria sine actione	Materialidad o exterioridad de la acción	
A6	Nulla actio sine culpa	Culpabilidad o responsabilidad personal	
A7	Nulla culpa sine iudicio	Jurisdiccionalidad en sentido lato o estricto	Garantías procesales
A8	Nullum iudicium sine accusatione	Acusatorio: separación entre juez y acusación	
A9	Nulla accusatio sine probatione	Verificación o carga de la prueba	
A10	Nulla probatio sine defensione ⁴³	Contradictorio, defensa o refutación	

Como ya se dijo, estos axiomas son inderivables entre sí, pero, si se observa, cada uno de los términos implicados, implica a su vez el sucesivo, ley de formación del modelo que a partir del planteamiento de silogismos y teoremas⁴⁴, permite concluir las diferentes estructuras lógicas de los principios de mera y estricta legalidad en el modelo garantista de Derecho penal.

3.2 La mera y la estricta legalidad

El principio de mera legalidad, asociado con la vigencia de la ley, enunciado por el axioma 2, funciona como un primer grado de garantía de la ley penal en el estado constitucional de derecho, que vincula al juez, obligándolo a considerar como delito únicamente lo que la ley dice que es delito, función de garantía que se identifica con la reserva de ley en materia penal, que significa que solamente la ley establece lo que es delito, y no la moral, o la costumbre, o los actos emanados de otra autoridad diferente a la competente para hacer las leyes.

Corolario del principio de mera legalidad es la irretroactividad de la ley penal, pues los actos cometidos con anterioridad a la vigencia de una ley que posteriormente los consideró como delitos, no transgredieron en su momento ninguna ley⁴⁵. Sin embargo, nada se opone a la aplicación de la ley más benigna a los actos cometidos con anterioridad a su vigencia, pues la función de garantía del principio de legalidad penal en el estado constitucional de derecho, opera es como un límite al poder penal,

43 Ibid., pp. 93 y ss.

44 Ibid., pp. 94 y ss.

45 Ibid., p.381.

-cuando se va a imponer pena o más pena, no cuando se va a absolver o no se va a imponer pena-, y no, como una obligación de penar.

Lo anterior por cuanto "(...) la función específica de las garantías en el derecho penal, (...) en realidad, no es tanto permitir o legitimar como más bien condicionar o vincular y, por tanto, deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva"⁴⁶. Y en consecuencia, operan no como condiciones suficientes en presencia de las cuales "(...) está permitido o es obligatorio castigar (...)"⁴⁷, sino como condiciones necesarias en ausencia de las cuales "(...) no está permitido, o está prohibido castigar"⁴⁸.

Así como el principio de mera o lata legalidad, asociado con la vigencia de la ley penal, opera como un límite formal⁴⁹ al ejercicio del poder punitivo del estado, y por lo tanto como un primer grado de garantía, vinculando al juez, el principio de estricta legalidad o taxatividad, asociado con la validez de la ley penal, y que presupone el de mera legalidad, fundamenta un límite material al ejercicio del poder penal, funcionando como una garantía más exigente, reserva absoluta de ley, que vincula al legislador a quien obliga a hacer las leyes penales describiendo clara, inequívoca y taxativamente las conductas que están prohibidas y las sanciones asociadas con su incumplimiento, para que sean *cognoscibles* por los destinatarios, y sus infracciones susceptibles de ser probadas, con el fin de que los fallos del juez sean *verificables* empíricamente y por lo tanto controvertibles por la defensa. De la estricta legalidad o taxatividad de las leyes penales se desprende la prohibición de la analogía en contra del procesado, y el mandato de interpretación restrictiva⁵⁰.

Teniendo presente la ley de formación del modelo de responsabilidad penal que he tomado como referencia, según la cual cada uno de los términos implicados implica el siguiente, puede verse como el axioma 3 que enuncia el principio de necesidad o de la economía de la intervención penal, según el cual la restricción de los derechos fundamentales por la vía del Derecho penal debe reservarse para los supuestos más graves de daños a los bienes tutelados por él, guarda una íntima conexión con la taxatividad, pues a mayor determinación de la conducta prohibida, menor será el ámbito de la intervención penal⁵¹. Y a la inversa, a menor determinación de la conducta

46 Ibid., p. 92.

47 Ibid., p. 92.

48 Ibid., p. 92. *Cursivas en el texto.*

49 Una amplia disertación sobre los límites materiales y formales al ejercicio del "jus puniendi", construida con base en las normas rectoras de la ley penal colombiana puede verse en FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal: Parte General*, 4 ed., Bogotá, Comlibros, 2009, pp. 62-172.

50 LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, cit., p. 382.

51 Una relación entre la taxatividad y el sub-principio de necesidad puede verse en GLORIA PATRICIA LOPERA MESA, "El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas", en *Nuevo Foro Penal*, Vol. 003, N° 0067, Medellín, Universidad EAFIT, 2005, p. 52.

prohibida, mayor será el ámbito de intervención penal. En este último caso, se estará en presencia de una intervención penal superflua, que de ninguna manera implicará la exigencia de lesividad enunciada por el axioma 4; y sin lesividad, tampoco puede hablarse de acción dañina ni de culpabilidad.

Puede verse, entonces, como de acuerdo con este modelo, la exigencia de taxatividad, que fundamenta el principio de estricta legalidad, es presupuesto de las demás garantías penales, y éstas a su vez, de las procesales, las cuales se encuentran en íntima relación con las primeras y no constituyen supuestos aislados como muchas veces se cree.

4. Manifestaciones del principio de legalidad penal

En relación con el principio de legalidad penal, el Garantismo Penal representa una recarga conceptual, o un reforzamiento teórico y político, para insistir en la importancia de defender las conquistas de la humanidad, en la lucha por preservar las libertades individuales, exigiendo que las afectaciones de los derechos fundamentales por parte del poder penal, siempre estén justificadas.

Siguiendo esta línea reforzada por el garantismo penal, en esta parte del trabajo me ocuparé de las manifestaciones del principio de legalidad penal, elaboradas por la doctrina, a través de las cuales se manifiestan los límites que impone al ejercicio del poder penal.

En este orden de ideas, puede decirse que

“segura el cumplimiento más exigente del principio de estricta legalidad de los delitos y de las penas, en sus diversas manifestaciones de prohibición del derecho consuetudinario, de la analogía, de la retroactividad y de la indeterminación desfavorables al imputado⁵²,

las cuales constituyen verdaderas obligaciones para el estado que materializan el contenido de la garantía de legalidad penal, pues éste, como en “...casi todas las garantías no se agota en una única obligación o prohibición, sino que se descompone en un amplio abanico de deberes positivos y negativos...”⁵³.

En este sentido, Roxin distingue,

(...) cuatro consecuencias o repercusiones del principio de legalidad, plasmadas en forma de ‘prohibiciones’, de las cuales las dos primeras se dirigen al juez, y las dos últimas, al legislador: la prohibición de analogía, la prohibición del

52 JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal Fundamental 1*, 3 ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2004, p.184.

53 “... por ejemplo, el principio de legalidad prohíbe que la definición de delitos y penas corresponda a un sujeto distinto del legislador, pero incluye también la exigencia de taxatividad o de irretroactividad...”. Ver: LUIS PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y Derecho Penal*, cit. p. 84.

Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad⁵⁴ y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas⁵⁵.

Formular el principio de legalidad penal como "...nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege praevia, scripta, stricta et certa (ningún delito, ninguna pena, ninguna medida de seguridad sin ley previa, escrita, estricta y cierta)"⁵⁶, resume en mi opinión las facetas más importantes a través de las cuales se manifiesta la garantía de legalidad penal y ofrece, por lo tanto, un buen punto de partida para especificar cada una de las prohibiciones que el principio de legalidad penal impone al estado, asociadas las tres primeras con la mera o lata legalidad (ley, previa, escrita) y las dos últimas con la estricta legalidad (estricta y cierta).

4.1 Ningún delito, ninguna pena, ninguna medida de seguridad sin ley

En el estado constitucional de derecho, únicamente está *reservado a la ley en sentido formal*⁵⁷, entendida como el acto emanado del órgano competente, que en el caso colombiano, por disposición de la Constitución, es el Congreso de la República, decir qué es delito y cuáles son las sanciones aplicables, penas o medidas de seguridad⁵⁸. Esta prohibición se fundamenta en primer lugar en la separación de poderes en el estado de derecho, según la cual al legislativo le corresponde hacer las leyes y al judicial aplicarlas; y en segundo lugar, en la necesidad de que las intervenciones más drásticas del estado sobre los derechos fundamentales de los individuos, que lleva a cabo a través del Derecho penal, sean debatidas y autorizadas por el órgano legislativo, democráticamente elegido, siguiendo el trámite establecido por la constitución⁵⁹.

54 Sin embargo, Ferrajoli considera que la irretroactividad de la ley penal es un corolario del principio de mera legalidad que vincula al juez. Ver *supra*: 3.2 La mera y la estricta legalidad.

55 CLAUS ROXIN, *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. y notas, Luzón Peña, Diego-Manuel; Díaz Y García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier, Madrid, Civitas, 1997, p. 140.

56 JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal Fundamental 1*, cit. p.191-192. Cursiva y paréntesis en el texto.

57 "En el marco del Estado constitucional de la actualidad, el principio de estricta legalidad penal no se satisface sino con las leyes en sentido formal, de modo que tratar de realizarlo con las llamadas 'leyes en sentido material' representa una grave violación de su sentido esencial cuando se trata de fundar o agravar la responsabilidad penal". Ver: JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal Fundamental 1*, cit. p. 192. Son leyes en sentido material, por ejemplo, los decretos que expide el ejecutivo.

58 La redacción del artículo 6 del Código Penal (Ley 599/2000), que consagra el principio de legalidad penal, omitió la referencia a las medidas de seguridad, que si contemplaba su consagración anterior en el artículo 1° del Decreto 100/1980.

59 Los llamados tipos penales en blanco, que deben completarse con actos administrativos, también violan la prohibición de reserva de ley.

Desde hace algún tiempo, ante la gran proliferación de normas penales⁶⁰, contenidas no solamente en las leyes, sino también muchas veces en los decretos del ejecutivo, cada vez se insiste más en que no solamente debe exigirse la reserva de ley, sino la reserva de código de rango constitucional, que consiste en que las normas jurídicas que crean o modifican los delitos y las sanciones, deben estar contenidas en un código, cuyo trámite debe ser más exigente que el de las leyes ordinarias. Así, éstas serían las únicas normas jurídico-penales vinculantes para el juez.

4.2 Ningún delito, ninguna pena, ninguna medida de seguridad sin ley previa

Así como el principio de legalidad, expresado a través de la reserva de ley, le prohíbe al juez fundar o agravar la responsabilidad penal con base en normas que no estén contenidas en una ley, la prohibición de retroactividad le prohíbe "... toda forma de imputación penal con base en disposiciones *ex post facto* (posteriores al hecho), así como el juzgamiento por tribunales *ad-hoc*"⁶¹. Ello para salvaguardar la seguridad jurídica de los ciudadanos⁶², evitando la arbitrariedad que representa la imposición de una sanción penal por acciones u omisiones que no eran delito, cuando éste incurrió en ellas.

El principio general y constitucional es, por tanto, que en las materias penales se aplica la ley vigente al momento del hecho, salvo si hay una ley posterior que sea favorable en conjunto o bajo algún tópico para el imputado. Así lo dispone expresa y claramente el artículo 29-2 de la Constitución⁶³.

4.3 Ningún delito, ninguna pena, ninguna medida de seguridad sin ley escrita

Esta manifestación del principio de legalidad prohíbe el Derecho consuetudinario (no escrito) como fuente del Derecho penal, lo cual "(...) es una consecuencia obvia

60 Ver entre otros: LUIGI FERRAJOLI, "Legalidad civil y legalidad penal. Sobre la reserva de código en materia penal", en *Democracia y garantismo*, trad. Guzmán, Nicolás, Carbonell, Miguel (editor), Madrid, Trotta, 2008, pp. 220-233; LUIS PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y Derecho Penal*, cit. pp. 113-117; DANIEL R. PASTOR, *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pp. 17 y ss.; LUIGI FERRAJOLI, "El derecho como sistema de garantías", en *Jueces para la Democracia* trad. Ibáñez, Perfecto Andrés, N° 16-17, <http://www.juecesdemocracia.es/revista/revista%2016%20y%2017%20febrero-marzo%201992.pdf> (Consultado el 2011-11-17), 1992, pp. 61-69.

61 JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal Fundamental 1*, cit. p.193. Cursivas y paréntesis en el texto.

62 "Cuando se produzca un hecho nuevo en cuanto no esté incriminado por ninguna disposición legal ¿qué hará el estado? El estado liberal, frente a una eventualidad semejante permanecerá inerte...; el estado totalitario, por el contrario, ordenará a sus jueces que castiguen, creando ellos la norma que falta. G. Maggiore". Ver: CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, "La prohibición de retroactividad", en *Cuadernos de Derecho Penal*, N° 4, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2010, p. 157.

63 JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal Fundamental 1*, cit. p.193.

de la norma que prescribe que la punibilidad sólo se puede determinar *legalmente*⁶⁴. En Colombia las leyes se dictan siempre por escrito, debido a que

Nuestro sistema jurídico pertenece al llamado derecho legislado de tradición continental europea (...) El que la ley penal tenga que ser escrita conlleva la prohibición de la creación o agravación de tipos o penas con fundamento en el derecho consuetudinario (costumbre integradora *praeter legem* o *contra legem*)⁶⁵.

Sin embargo, recientemente la Corte Suprema de Justicia, le otorgó carácter de fuente de Derecho penal al Derecho internacional, o lo que es lo mismo, sentenció que en Colombia es válida la costumbre como fuente del Derecho penal:

Hay que ser enfáticos en señalar que dicha *flexibilidad al principio de legalidad* es atendible exclusivamente a las cuatro categorías de los llamados delitos internacionales, vale decir a los crímenes de genocidio, agresión, de lesa humanidad y contra el derecho internacional humanitario.

La Sala recientemente se ocupó del asunto (Auto de 13 de mayo de 2010, radicado 33118, M.P. María del Rosario González de Lemos) reconociendo *calidad de fuente de derecho penal a los tratados internacionales suscritos por nuestro Estado con indiferencia de ley interna que los concrete y viabilice*; y por tal razón, desde su entrada en vigencia se legitima la punibilidad de las conductas descritas en tales instrumentos y por tanto se entienden incorporadas al ordenamiento jurídico nacional⁶⁶.

Decisiones de esta naturaleza, que legitiman la costumbre, que sí es fuente del Derecho internacional, como fuente del Derecho penal, permiten pronosticar que esta relativización del principio de legalidad penal, aplicable únicamente según la Corte a los delitos internacionales, muy rápidamente se irá extendiendo a los demás del ordenamiento, tal como ha ocurrido con "...los delitos de peligro abstracto, leyes penales en blanco, tipos indeterminados, etc., [que] hoy en día no existen sólo frente a la protección de bienes jurídicos colectivos sino que su uso se ha extendido a los delitos *que sí se aplican*"⁶⁷. En términos de Pastor,

(...) las reglas de relajamiento de los principios liberales limitadores del derecho penal que se aplican a la criminalidad económica, medioambiental y al terrorismo,

64 CLAUS ROXIN, *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit. p. 140, resaltado en el texto.

65 JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal Fundamental 1*, cit. p.193. Cursivas y paréntesis en el texto.

66 Auto del 16 de diciembre de 2.010, radicado 33039, M.P. José Leonidas Bustos Martínez. Cursivas y paréntesis fuera del texto.

67 JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, "¿El Derecho penal garantista en retirada?", cit. p. 155. Cursivas en el texto.

pronto, por medio del <<efecto metástasis>>, serán derecho ordinario aplicable también a la delincuencia de subsistencia y a todas las demás manifestaciones de la criminalidad⁶⁸

4.4 Ningún delito, ninguna pena, ninguna medida de seguridad sin ley estricta

Que la ley penal deba ser estricta es una consecuencia de la prohibición de la analogía in *malam partem*, o desfavorable al procesado⁶⁹.

Analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos) (...) para un supuesto que sólo sea similar al regulado en la ley, no está fijada o determinada *legalmente* la punibilidad⁷⁰.

En palabras de Fernández Carrasquilla, "Lo que el texto de la ley no dice tampoco lo dispone la ley, de modo que más allá de él se entra en el terreno de la creación de derecho extralegal"⁷¹. Así, según este autor, son fuentes extralegales del derecho penal:

(...) la Constitución, algunos fallos de la Corte Constitucional (relacionados con la exequibilidad o inexecuibilidad de las leyes), la costumbre, la analogía de ley y los tratados internacionales. Ninguna de ellas sirve como *lex* en el sentido de la estricta legalidad penal, al menos frente al derecho interno, pues siempre les falta alguna de sus características esenciales (escrita, estricta, previa y cierta)⁷².

Como de máxima importancia considera este autor

...los aportes de Jakobs al presentar la ley penal preexistente como 'garantía de objetividad' para los ciudadanos y al precisar que está prohibida en derecho penal toda 'generalización' del texto, porque esto amplía el ámbito de lo punible y por tanto desplaza o usurpa la competencia privativa del legislador. Al tratarse de un reconocimiento 'desde la otra orilla', se puede sostener que al respecto existe unanimidad en la dogmática contemporánea⁷³.

68 DANIEL R. PASTOR, *Recodificación penal y principio de reserva de código*, cit. p. 61. Cursivas fuera de texto.

69 El fundamento filosófico de la prohibición de la analogía desfavorable en materia penal, que se puede extender a las demás prohibiciones derivadas del principio de legalidad, es que la relación entre delito y pena es "convencional, artificial y, en suma, *irracional*, la limitación de la misma aparece como racional, mientras que la analogía, al extenderla, resulta claramente irracional. Pues es racional limitar lo irracional, e irracional extenderlo". Ver: JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal Fundamental 1*, cit. p.189. Cursivas en el texto.

70 CLAUS ROXIN, *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit. p. 140, resaltado en el texto.

71 JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal Fundamental 1*, cit. p.194.

72 Ibid. p. 194. Nota número 86. Cursiva y paréntesis en el texto.

73 Ibid. pp. 194-195. Cursivas fuera del texto.

4.5 Ningún delito, ninguna pena, ninguna medida de seguridad sin ley cierta

Esta manifestación del principio de legalidad penal, a la cual ya me he referido⁷⁴, que está en la base del sistema garantista, cognitivo o de estricta legalidad, como fundamento de las demás garantías penales y procesales⁷⁵, encierra la prohibición de las leyes y sanciones penales indeterminadas.

Con respecto a la definición de lo punible, este "...*mandato*... se desvirtúa con elementos normativos o conceptuales vagos incluidos en el tipo penal, como sería, por ejemplo, la cláusula de 'contrario a las buenas costumbres', o el concepto indeterminado de 'atentado contra los recursos naturales'⁷⁶. Y también lo contradicen con respecto a la determinación de la sanción, expresiones tales como "...el juez competente podrá imponer sanciones privativas de la libertad..."⁷⁷, sin que la ley especifique si se trata de una pena o una medida de seguridad, y el término de su duración.

Como puede verse, estas manifestaciones del principio de legalidad penal que la doctrina ha identificado, materializan el contenido de esta garantía, conformando una serie de límites, en forma de prohibiciones, que el estado debe respetar a la hora de fundamentar o agravar la responsabilidad penal. Así, está prohibido fundamentar o agravar la responsabilidad penal a través de actos diferentes a la ley; con base en leyes retroactivas; con base en la costumbre o en la analogía; y a través de leyes indeterminadas.

Obsérvese que la prohibición va encaminada a la fundamentación o agravamiento de la responsabilidad penal a través de estas normas

(...) que por definición se formulan a favor de la persona y en salvaguardia suya contra los poderes del Estado, [las cuales] se verían desnaturalizadas si llegasen a interpretarse en desfavor del ciudadano. Esto significa que la severa prohibición de la costumbre, la retroactividad, la analogía y la indeterminación, se refieren únicamente a la creación o ampliación de ámbitos punibles (fundamentar o agravar la responsabilidad penal). *Nunca una norma de garantía puede actuar contra la persona a quien quiere proteger*. Otra cosa es que resulte deseable que también las normas desinclinadoras (que excluyen o atenúan de alguna manera la responsabilidad penal) se elaboren por el legislador de modo claro y preciso;

74 Ver *supra*: 3.2 La mera y la estricta legalidad.

75 Ver por todos: LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, cit., pp.93 y ss.

76 JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal Fundamental 1*, cit. p.196. *Cursivas fuera de texto*.

77 Esta expresión formaba parte del artículo 247B, adicionado al Código Penal por la Ley 491 de 1999, el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, por violar el principio de legalidad penal. Sentencia C-843-99, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

su existencia en fórmulas genéricas puede afectar las expectativas jurídicas del Estado, pero en modo alguno afecta la seguridad del individuo en la tocante a su libertad⁷⁸

Por esta razón, la retroactividad de la ley penal más favorable tiene rango constitucional en Colombia y la analogía es aplicable únicamente en materias permisivas o *in bonam partem*. Así opera la garantía de legalidad: únicamente para imponer pena o más pena, no para disminuir o absolver.

5. Las manifestaciones del principio de legalidad penal en las decisiones de la Corte Constitucional Colombiana

Contextualizado el principio de legalidad penal como elemento constitutivo esencial del estado constitucional de derecho, y examinadas las prohibiciones a través de las cuales se manifiesta, corresponde ahora analizar las decisiones de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana sobre la materia, con el fin de establecer si están contribuyendo a fortalecer su función de garantía, y en consecuencia a la consolidación del Derecho penal mínimo, o si por el contrario, están favoreciendo su debilitamiento, y por lo tanto, la expansión del Derecho penal.

En lo que tiene que ver con la limitación de la intervención penal, debe destacarse un grupo de pronunciamientos de la Corte Constitucional, que han reivindicado el Derecho penal mínimo, bien sea declarando inexecutable las expresiones contrarias al principio de legalidad penal, o executable las que no contradicen; o contribuyendo con su interpretación a la consolidación de su función de garantía⁷⁹.

A continuación, en relación con la contribución de la jurisprudencia al debilitamiento del principio de legalidad penal, y retomando la expresión "Ningún delito, ninguna pena,

78 JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal Fundamental 1*, cit. p.197. Cursivas fuera de texto. Paréntesis en el texto.

79 En el primer grupo pueden mencionarse las sentencias C-285-96, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-559-99, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-843-99, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-739-00, M.P. Fabio Morón Díaz; C-647-01, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-198-02, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-311-02, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-205-03, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-897-05, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y la C-575-09, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En el segundo grupo las sentencias C-070-96, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, que interpretó en términos de salarios mínimos legales mensuales vigentes, la cuantía de cien mil pesos que contemplaba el numeral 1° del artículo 372 del Decreto 100 de 1980, como agravante para los delitos contra el patrimonio económico; la C-553-01, M.P. Jaime Araujo Rentería, que declaró executable la circunstancia de atenuación punitiva para el hurto entre condueños; la C-1080-02, M.P. Álvaro Tafur Galvis que estableció que el doble de las penas mínimas contempladas para los delitos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones, no podía superar el máximo fijado por la ley para cada delito, y la C-034-05, M.P. Álvaro Tafur Galvis que declaró executable la expresión *legal* del artículo 127 del Código Penal, Ley 599 de 2.000, que tipifica el delito de abandono de menores y personas desvalidas, evitando que el ámbito de intervención penal se extendiera a cualquier persona, al circunscribirlo únicamente a quienes tienen el deber legal de velar por ellos.

ninguna medida de seguridad sin ley previa, escrita, estricta y cierta”, presentaré las sentencias de la Corte en grupos que denominaré reserva de ley; irretroactividad de la ley penal desfavorable; ley escrita; prohibición de la analogía *in malam partem* y taxatividad y tipos en blanco, destacando las decisiones que autorizan la infracción de estas prohibiciones, puesto que en esta materia, puede afirmarse que una sola decisión que autorice la vulneración del principio de legalidad en cualquiera de sus manifestaciones, lo debilita, y por lo tanto, se constituye en fuente de expansión del Derecho penal.

5.1 Reserva de ley

Como ya se advirtió⁸⁰, el sentido de esta restricción al poder punitivo del estado es impedir que las limitaciones más graves a los derechos fundamentales, que tienen lugar a través del Derecho penal, provengan de un órgano diferente al legislativo, democráticamente elegido, “. . .justificación política sobre la que descansa el principio de legalidad penal, entendido en sentido lato o formal”⁸¹. Entonces, la única fuente del Derecho penal debe ser la ley y en consecuencia, las normas penales que no están contenidas en una ley, constituyen Derecho penal extralegal.

Aunque, con anterioridad a la expedición de la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción en Colombia, la Corte Constitucional sostuvo que los derechos consagrados en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, ratificada por la Ley 74 de 1968, dentro de los cuales se encuentra el “Principio de Legalidad y de Retroactividad”,

...constituyen el núcleo esencial mínimo del hombre, *que ni siquiera en los estados de excepción pueden ser desconocidos*, de tal manera que es razonable limitar las libertades y los derechos, pero existe un espacio que el Estado debe respetar porque afecta la dignidad del hombre.

Y que las facultades excepcionales no implican

...una competencia suficiente a disposición del Gobierno para atentar contra el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, ni contra los demás derechos fundamentales, toda vez que el artículo 214 numeral 2o. *ibídem*, los señala como límites del Gobierno en el uso de aquellas facultades⁸².

80 Ver *supra*: 4.1 Ningún delito, ninguna pena, ninguna medida de seguridad sin ley.

81 GLORIA PATRICIA LOPERA MESA, “El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas”, cit. p. 22.

82 Sentencia C-556-92: en esta oportunidad la Corte, en ponencia conjunta, “para guardar la identidad de los Magistrados Ponentes” declaró constitucional el Decreto 1155 de 1992, por el cual se declaró el estado de conmoción interior. *Cursivas fuera del texto*.

No obstante, en la Sentencia C-179-94, M.P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte declaró exequible el artículo 44 de Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción en Colombia⁸³, inaugurando la era del Derecho penal contenido en decretos dictados por el ejecutivo, bajo la vigencia de la Constitución de 1991⁸⁴:

No puede dejarse de lado que si es de reserva exclusiva del legislador en tiempo ordinario o de normalidad, determinar los comportamientos que deben ser castigados o penados, señalando la correspondiente sanción, bien puede el Presidente de la República, que durante los estados de excepción asume la potestad legislativa, tipificar delitos, fijar las penas, aumentar las existentes o disminuirlas, en fin dictar medidas represivas o no hacer aplicables las normas punitivas ordinarias a quienes han subvertido el orden, con la única finalidad de restablecer el orden público turbado, pues el Gobierno cuenta con todas las facultades para hacerlo⁸⁵.

Según la Corte, esta restricción de derechos fundamentales se justifica en beneficio de esos mismos bienes:

(...) la restricción de las libertades y derechos fundamentales ha de tener como propósito esencial la preservación de esos mismos bienes, que de ninguna manera pueden ser destruidos (sic) sino provisoriamente limitados, con el propósito de que la obediencia al derecho se restaure y las libertades y derechos recobren la vigencia plena de que gozan en tiempo de normalidad. Es lo que pudiéramos llamar la paradoja de los estados de excepción: las libertades públicas y los derechos fundamentales se restringen, en beneficio de esos mismos bienes (...).

A su turno, la sentencia C-939-02, M.P. Eduardo Montealegre Lynett⁸⁶, estableció el “Régimen general del poder punitivo del estado durante los estados de excepción”, precisando los límites y alcances de la competencia gubernamental para crear y modificar tipos penales y aumentar o disminuir las penas, constituyendo una pieza clave de la jurisprudencia en esta materia.

83 “Artículo 44.- Durante el Estado de Conmoción Interior, mediante decreto legislativo, *se podrán tipificar penalmente conductas, aumentar y reducir penas*, así como modificar las disposiciones de procedimiento penal y de policía y autorizar el cambio de radicación de procesos (...)”. *Cursivas fuera de texto.*

84 Porque como tendrá oportunidad de exponerse más adelante, el Decreto 2266 de 1991 que recogió la legislación sobre terrorismo dictada al amparo del estado de sitio durante la vigencia de la Constitución de 1886, ya había sido declarado exequible por la Corte Constitucional. Sentencia C-127-93, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

85 Los estados de excepción en Colombia, consagrados en el capítulo 6 del título VII de la Constitución son: la guerra exterior, la conmoción interior, y la emergencia económica, social y ecológica.

86 Declaró inexecutable el Decreto Legislativo 1900 del 23 de agosto 2.002, el cual establecía tipos penales relacionados con el hurto, contrabando y depósito de combustibles y elementos identificadores, dictado al amparo del estado de conmoción interior en todo el territorio nacional, declarado mediante el Decreto Legislativo 1837 del 11 de agosto de 2.002, declarado exequible parcialmente por la Corte Constitucional, en la sentencia C-802-02, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Aunque la Corte se ocupó en esta ocasión de los decretos expedidos al amparo de la conmoción interior, con posterioridad extendió los efectos de esta sentencia a los decretos expedidos durante los estados de emergencia.

Es así como la Sentencia C-224-09, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio⁸⁷, extendió por analogía la restricción al principio de legalidad, -prevista por el artículo 44 de la Ley 137 de 1994, para el estado de conmoción interior-, a los estados de emergencia, aduciendo que,

apreciado el ordenamiento constitucional en su conjunto y particularmente el artículo 215, al igual que la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, no se extrae prohibición alguna para que el legislador extraordinario pueda expedir normas penales. La norma constitucional citada no establece restricciones en cuanto a la materialidad o temática de los decretos legislativos a expedir y por ello resulta bastante difícil entrar a derivar competencias excluidas.

Además determinó que las medidas adoptadas tendrían una vigencia de un año, salvo que el Congreso les otorgara carácter permanente, vigencia que la Corte determinó también por analogía con la prevista por la Constitución para las medidas tributarias adoptadas durante los estados de emergencia.

Posteriormente las sentencias C-225-09, M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez⁸⁸ y la C-226-09, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo⁸⁹, declararon inexecutable los decretos legislativos por no guardar relación de conexidad con las causas que originaron la declaratoria del estado de emergencia social.

Como puede verse, bajo la vigencia de la Constitución de 1991, a partir de la sentencia C-179-94, M.P. Carlos Gaviria Díaz, el ejecutivo quedó facultado para

87 Declaró exequible el Decreto Legislativo 4336 del 17 de noviembre del 2.008, dictado al amparo del estado de emergencia social en todo el territorio nacional, declarada mediante el Decreto Legislativo 4333 del 17 de noviembre de 2.008, declarado exequible por la Corte Constitucional, en la sentencia C-135-09, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, que reiteró los lineamientos de la Corte sobre los rasgos distintivos de los estados de emergencia social, económica y ecológica en la Constitución de 1991. El Decreto 4336 de 2.008, modificó el artículo 316 del Código Penal (Ley 599 de 2.000), sobre captación masiva y habitual de dineros, y adicionó el artículo 316 A.

88 Revisó la constitucionalidad del Decreto Legislativo 4449 del 25 de noviembre del 2.008, que modificó el artículo 325 del Código Penal, Ley 599 de 2.000, sobre omisión de control para transacciones en efectivo, y adicionó el artículo 325 A, omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, dictado al amparo del estado de emergencia social en todo el territorio nacional, declarado mediante el Decreto Legislativo 4333 del 17 de noviembre de 2.008, declarado exequible por la Corte Constitucional, en la sentencia C-135-09, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

89 Revisó la constitucionalidad del Decreto Legislativo 4450 del 25 de noviembre del 2.008, que adicionó el artículo 305 del Código Penal, Ley 599 de 2.000, que consagra el delito de usura, dictado al amparo del estado de emergencia social en todo el territorio nacional, declarado mediante el Decreto Legislativo 4333 del 17 de noviembre de 2.008, declarado exequible por la Corte Constitucional, en la sentencia C-135-09, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

tipificar conductas penales y establecer sus sanciones, permitiendo que existan en el ordenamiento jurídico normas penales extralegales, que son las que en la práctica lo modifican, contribuyendo así de esta manera a la expansión del Derecho penal. Es así como la Ley 1357 del 12 de noviembre de 2.009, convirtió en legislación permanente los decretos legislativos 4336 y 4449 de 2.008 sobre captación masiva y habitual de dineros; y omisión de control y reportes sobre transacciones en efectivo, respectivamente, expedidos al amparo de la emergencia social que ocupó a la Corte en las sentencias analizadas⁹⁰.

Así como las normas penales contenidas en los decretos legislativos de estados de excepción, no son leyes en sentido formal, y por lo tanto vulneran el principio de legalidad en su manifestación de reserva de ley, lo mismo puede afirmarse de un grupo de sentencias de la Corte Constitucional, que al declarar la inexequibilidad parcial de algunos tipos penales, han ampliado el ámbito de la intervención: “Dicho aumento únicamente puede ser el resultado de declaraciones de inexequibilidad parciales del tipo penal, siempre y cuando dicho aumento de punibilidad *resulte necesario para la protección de un derecho fundamental*”⁹¹. (Cursivas fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, la Corte ha justificado sus intervenciones en estos casos, aduciendo principalmente la aplicación del principio de igualdad, bien sea con respecto a la protección penal, como herramienta eficaz para la protección de los derechos fundamentales, que el estado debe dispensar a todos por igual; o para que no se queden sin castigo algunos comportamientos. Y también, el carácter vinculante de las normas de Derecho internacional, integradas en el ordenamiento colombiano a través del bloque de constitucionalidad, que obligan al estado a tipificar conductas penales.

Así ocurrió por ejemplo, con la sentencia C-1068-02, M.P. Jaime Araujo Rentería, que se ocupó del artículo 231 del Código Penal, Ley 599 de 2.000, declarando

90 También se refieren a los estados de excepción las sentencias C-289-10, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-252-10, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; C-1007-02, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-876-02, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-136-99, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-353-97, M.P. Jorge Arango Mejía y C-004-92, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, entre otras .

91 Sentencia C-939-02, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En este aparte de su pronunciamiento la Corte se refirió en particular a la sentencia C-177-01, M.P. Fabio Morón Díaz, que declaró la inexequibilidad de la expresión resaltada del artículo 322 A de la Ley 589 de 2.000, que tipificó el delito de genocidio: “Artículo 322A.- Genocidio.- El que con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político *que actúe dentro del margen de la Ley*, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de cuarenta y cinco (45) a sesenta (60) años, en multa de quinientos (500) a dos mil (2000) salarios mínimos mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años...”. En mi opinión este artículo debió haber sido declarado inexecutable en su totalidad.

inexequible la expresión resaltada, en aras de garantizar la protección penal en igualdad de condiciones para todos los menores de edad, con lo cual todo el que ejerza la mendicidad con un menor, cualquiera que sea su edad, incurre en el delito.

ARTICULO 231. MENDICIDAD Y TRÁFICO DE MENORES. El que ejerza la mendicidad valiéndose de un menor *de doce (12) años* o lo facilite a otro con el mismo fin, o de cualquier otro modo trafique con él, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años (...)

Sin hacer ninguna consideración sobre la posible vulneración de la reserva de ley, la Corte concluyó:

Por donde, considerando que ningún precepto constitucional autoriza la subsistencia jurídica de la expresión combatida, *y que por el contrario, la protección del artículo 231 del Código Penal debe cobijar a todos los menores de edad sin excepción alguna*, con referencia a los cargos examinados esta Corte predicará la inexecutableidad de dicho segmento normativo, según pasa a verse. (Cursivas fuera de texto).

Y con la sentencia C-468-09, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo que declaró inexecutable la expresión resaltada del artículo 127 del Código Penal, Ley 599 de 2.000, con consecuencias iguales a las expuestas anteriormente:

ARTÍCULO 127. ABANDONO: El que abandone a un menor *de doce (12) años* o a una persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma, teniendo deber legal de velar por ellos incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.

En esta oportunidad la Corte recaló el carácter imperativo del derecho de los menores a la protección penal, aún por encima de la competencia del legislador.

Según quedó expresado en este fallo, aun cuando el legislador goza de un amplio margen de libertad de configuración normativa en materia penal, en la adopción de las conductas delictivas, debe respetar los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales y, en este sentido, no puede desconocer los mandatos contenidos en los artículos 44 y 45 superiores, de los que se desprende, en concordancia con las normas internacionales, *el derecho de todos los menores de 18 años a una protección especial y al respeto de sus derechos*. (Cursivas fuera de texto).

Igualmente, las sentencias C-247-04, M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-853-09, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, contienen pronunciamientos similares.

En los casos anteriores la Corte ha optado por declarar la inexecutableidad de las expresiones acusadas, con la consecuente ampliación del ámbito de intervención penal, aún a costa del principio de legalidad.

Por el contrario, en la sentencia C-285-96, M.P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte retiró del ordenamiento por impreciso un artículo del Estatuto Tributario y exhortó al Congreso para que legislara sobre la materia, si lo consideraba del caso. Y en la sentencia C-016-04, M.P. Álvaro Tafur Galvis, que decidió sobre la solicitud para que declarara la inexecutable de la expresión “*cónyuge*” del artículo 233 de la Ley 599 de 2.000⁹², o en su defecto la executable condicionada, la Corte optó por exhortar al Congreso para que legislara, pero con el fin de evitar que mientras esto ocurría, los cónyuges se quedaran sin castigo.

Decisiones como las que anteriormente se han reseñado, reflejan un particular entendimiento de la Constitución por parte de la Corte, como medio para resolver la tensión con el órgano legislativo, la cual como ya se anticipó⁹³, denota a su vez la existente entre democracia y derechos en los estados constitucionales de derecho. “Esta tensión se ha pretendido resolver de tres diversas maneras, cada una de las cuales comporta un peculiar entendimiento de la constitución y del control de constitucionalidad de las leyes...modelo de *constitución-procedimiento*, *constitución-programa* y *constitución-marco*”⁹⁴.

Al igual que en las sentencias anteriores, también en las siguientes a partir de “(...) una visión sustancialista de la constitución como un programa penal (...)”⁹⁵, la Corte en la sentencia C-565-93, M.P. Hernando Herrera Vergara, declaró constitucionales las penas de 60 años de prisión para los delitos de secuestro y homicidio, previstas en la Ley 40 de 1993, por considerar que dicho incremento punitivo “...constituía una suerte de imperativo constitucional”⁹⁶; “(...) e incluso se ha saltado la veda impuesta a sus competencias por el principio de legalidad, para corregir por mano propia, en aplicación del principio de igualdad, tipos penales que consideraba incompletos”⁹⁷.

Así, en la sentencia C-125-96, M.P. Jorge Arango Mejía, se consideró que la limitación del tipo penal de inasistencia alimentaria al incumplimiento de tal obligación entre

92 “Artículo 233. Inasistencia alimentaria. El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o *cónyuge*, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

93 Ver: *Supra*: 2. El principio de legalidad penal en el contexto del estado constitucional de derecho.

94 GLORIA PATRICIA LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit. p. 77. Cursivas en el texto.

95 GLORIA PATRICIA LOPERA MESA, “El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas”, cit. p. 22.

96 *Ibid.* p. 22.

97 *Ibid.* p. 23. Cursivas fuera del texto.

‘padres e hijos’, excluyendo así a otros ascendientes y descendientes beneficiarios de este derecho según la legislación civil, vulneraba el principio de igualdad. Con este argumento, se procede a extender, por vía jurisprudencial, el ámbito de aplicación del tipo penal en cuestión para asegurar penalmente el cumplimiento de esta obligación frente a todos sus beneficiarios⁹⁸.

Y en las sentencias C-285-97, M.P. Carlos Gaviria Díaz y C-358-97, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz,

(...) nuestro máximo tribunal constitucional, ante una desigualdad punitiva injustificada declaró inexecutable la pena menor (!), como si la desigualdad consistiera en recibir una pena menor y no en ser sometido a una más alta; en tales casos, la Corte, de manera ilegítima por supuesto, aumentó la pena⁹⁹.

Igualmente los denominados tipos penales en blanco¹⁰⁰, cuando remiten a normas de inferior jerarquía creadas por órganos diferentes al legislativo, o por la jurisprudencia¹⁰¹, también vulneran la reserva de ley.

De acuerdo con lo expuesto en este apartado, puede decirse que la Corte Constitucional, permitiendo al ejecutivo crear o modificar normas penales a través de los decretos de estados de excepción; o ampliando el ámbito de intervención de las normas penales existentes a través de las sentencias manipulativas, ha vulnerado la reserva de ley, primera manifestación del principio de legalidad penal, o mera legalidad, “(...) condición necesaria de la pena y del delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*) (...)”¹⁰², usurpando así la competencia del legislador.

Si la ley es la condición necesaria de la pena y del delito, debe aceptarse que la irretroactividad de la ley penal desfavorable, es una consecuencia o corolario de la reserva de ley¹⁰³, de cuyo tratamiento por la jurisprudencia me ocuparé a continuación.

98 Ibid. p. 23-24. Nota: 18.

99 JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, "Garantismo y derecho penal en Colombia", en *Garantismo y Derecho Penal*, Sotomayor Acosta, Juan Oberto (Coordinador), Bogotá, Temis, 2006, p. 120. Nota: 52.

100 Sobre los tipos penales en blanco, ver entre otros: MIGUEL ABEL SOUTO, "Las leyes penales en blanco", en *Nuevo Foro Penal*, 3a. época, N° 0068, Medellín, Universidad EAFIT, 2005, pp.13-30.

101 Como además de vulnerar la reserva de ley, esta técnica legislativa también dificulta el entendimiento de las normas penales, me referiré de nuevo a los tipos en blanco. Ver: *infra* 5.5 Taxatividad.

102 Ver: LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, cit., p. 95. Cursivas en el texto.

103 "Si <<la pena>>, afirma Hobbes, <<supone un hecho considerado como una transgresión por la ley>>, <<el daño infligido por un hecho perpetrado antes de existir una ley que lo prohibiera no es pena, sino un acto de hostilidad, pues antes de la ley no existe transgresión de la ley>>; por eso <<ninguna ley hecha después de realizarse una acción puede hacer de ella un delito>> Ibid. p. 381.

5.2 Irretroactividad de la ley penal desfavorable

En múltiples ocasiones la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el principio de legalidad penal, en términos que denotan una posición respetuosa por su función de garantía, acogiendo importantes posiciones de la doctrina, como en la sentencia C-820-05, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, que contiene un compendio de las decisiones de la Corte en este sentido, que si bien fue expuesto en la parte motiva para fundamentar la decisión, finalmente no fue acogido.

Del recuento de la jurisprudencia constitucional se tiene que el principio de legalidad tiene distintas dimensiones y alcances que hacen de la misma una institución jurídica compleja atendiendo la variedad de asuntos que comprende y adquieren importancia como también las múltiples formas de control que genera la institucionalidad. Incluso esta Corte ha determinado que otros principios se derivan de él, como son los de reserva legal y de tipicidad, al igual que se debe valorar la antijuridicidad y culpabilidad. *En este sentido, como lo recuerda la jurisprudencia constitucional, sólo el legislador puede establecer los hechos punibles y las consecuentes sanciones, precisando que la conducta punible, el proceso y la pena deben estar determinadas por la ley de manera cierta, previa y escrita.* (Cursivas fuera de texto).

Este pronunciamiento dejó en pie una expresión del artículo 188 del Código Penal, Ley 599 de 2.000, que establecía que la cuantía de la multa para el delito de tráfico de migrantes, debía calcularse con base en salarios mínimos legales mensuales vigentes, al momento de la sentencia condenatoria, considerando que tal disposición no violaba el principio de legalidad, puesto que al cometer el delito, ya el delincuente sabía que la multa iba a ser calculada con base en el salario vigente al momento de la eventual condena.

En reciente pronunciamiento, contenido en la sentencia C-444-11, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, la Corte declaró inexecutable la expresión “al 1° de enero de 2.010” que formaba parte del artículo 628, sobre derogatoria y vigencia, de la Ley 1407 del 17 de agosto de 2.010, “Por la cual se expide el Código Penal Militar”:

ARTÍCULO 628. DEROGATORIA Y VIGENCIA. La presente ley regirá para los delitos cometidos con posterioridad *al 1o de enero de 2010*, conforme al régimen de implementación. Los procesos en curso continuarán su trámite por la Ley 522 de 1999 y las normas que lo modifiquen. (Cursivas fuera del texto).

Este es un caso flagrante de violación del principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, puesto que el legislador decidió anticipar la vigencia de una ley expedida en agosto de 2.010 al 1° de enero del mismo año, lo que significa que si alguien había incurrido en una conducta de las que establecía la ley, en fecha posterior a enero de 2.010, pero anterior al 1° de agosto del mismo año, podría ser procesado por

dicho comportamiento, con fundamento en ninguna ley, lo cual constituiría un ejercicio de violencia totalmente arbitrario en contra de la persona¹⁰⁴.

5.3 Ley escrita

Las transgresiones a la prohibición de atribuir a la costumbre el carácter de fuente del Derecho penal, tienen lugar cuando la Corte autoriza fundamentar la responsabilidad penal en normas de Derecho internacional, y en especial en las normas consuetudinarias¹⁰⁵. A este respecto debe destacarse la sentencia C-291-07, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, que resalta la importancia del Derecho internacional en la configuración de los tipos penales, poniendo de presente que la costumbre puede fundamentar la responsabilidad penal de quienes cometan crímenes de guerra: "La importancia de las normas consuetudinarias dentro del Derecho Internacional Humanitario contemporáneo es tal, que *en sí mismas proveen el fundamento para la responsabilidad penal individual de quienes cometen crímenes de guerra*". (Cursivas fuera de texto).

Esta sentencia, con fundamento en un texto normativo que complementa y desarrolla el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, declaró inexecutable un aparte del artículo 148 del Código Penal, Ley 599 de 2.000 que tipifica la toma de rehenes, sin que dicho texto hubiera sido aprobado por el Congreso de la República, y en consecuencia, sujeto al control de constitucionalidad, razón por la cual era inaplicable como lo señaló el salvamento de voto del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto¹⁰⁶.

Estos pronunciamientos, al igual que los fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia¹⁰⁷, han conferido al Derecho internacional el carácter de fuente del Derecho penal, en contra de lo dicho por la Corte en la sentencia C-368-00, M.P. Carlos

104 GLORIA PATRICIA LOPERA MESA, "El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas", cit. p. 24. Para esta autora si bien no tiene reparo que la competencia para definir los delitos y las penas corresponda al órgano legislativo, de ello no se deduce que ésta sea plenamente discrecional o "que el control de constitucionalidad sobre la misma deba limitarse a *extirpar exabruptos*". Cursivas fuera del texto.

105 "...las Cortes Colombianas han dicho expresamente que, si bien la inexistencia a nivel interno de los delitos de lesa humanidad no impide su reconocimiento como delitos graves contra los derechos humanos (CN, Art. 93), en atención a la verdad y a los derechos de las víctimas, la remisión al ER, Art. 7°, *simplemente servirá para efectos de interpretar los elementos normativos de los delitos previstos en el CP/2000, es decir, delitos visados previamente por el principio de legalidad. En ningún caso se trata de reemplazar la normativa vigente o de aceptar que los tratados reemplazan el Código Penal*". Ver: CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, "La prohibición de retroactividad", cit. p. 133. Cursivas en el texto.

106 El texto al cual hace referencia el salvamento de voto en mención se denomina "Elementos de los Crímenes" en cuyo artículo 8 2) c) iii) se encuentra tipificado el crimen de guerra de toma de rehenes.

107 Ver *supra*: 4.3 Ningún delito, ninguna pena, ninguna medida de seguridad sin ley escrita.

Gaviria Díaz¹⁰⁸ que estableció la imposibilidad de procesar a alguien por el delito de desaparición forzada sin que hubiera entrado en vigencia el Código Penal que lo consagrara como tal.

Es claro que ni la norma constitucional citada, [artículo 12 de la Constitución] ni los instrumentos internacionales referidos, ni el artículo demandado permiten que en la actualidad se procese a alguien por el delito de desaparición forzada sin violar el artículo 29 de la Carta Política; ello sólo será posible válidamente, una vez entre en vigencia el nuevo Código Penal que consagra tal conducta como delito y señala la pena correspondiente, de acuerdo con las normas procesales que asignen la competencia requerida para conocer de esa clase de hecho punible, y definan las formas propias del juicio que se deberán observar.

5.4 Prohibición de la analogía *in malam partem*

La infracción de esta prohibición tiene lugar cuando la Corte crea normas penales, por vía de interpretación, extendiendo los efectos de las existentes a casos no previstos por el legislador. Estos pronunciamientos vulneran no solamente la reserva de ley, sino también y sobre todo, el principio de estricta legalidad, puesto que se vuelve casi imposible, no solamente para los ciudadanos, sino también y muy especialmente para los jueces, saber cuál es el derecho vigente. Su carácter vinculante fue establecido por la sentencia C-335-08, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, en la cual la Corte aunque en su parte motiva se muestra respetuosa con el principio de legalidad, acogiendo planteamientos de reconocidos autores (Claux Roxin y Luigi Ferrajoli)¹⁰⁹, puntualiza que no solamente la ley, sino también la Constitución, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia constitucional tienen carácter vinculante, y en particular las sentencias de exequibilidad condicionada, sin dejar de reconocer la inexistencia de compilaciones actualizadas de jurisprudencia de las altas cortes en el país.

En suma, una vez la Corte Constitucional declara inexecutable una disposición legal, ningún servidor público puede emitir resolución, dictamen o concepto fundado en aquélla, por cuanto de esta manera se estaría desconociendo directamente

108 Ver: CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, "La prohibición de retroactividad", cit. p.167. Nota: 78.

109 "Ahora bien, en materia penal, el principio de legalidad comporta que el legislador, al momento de tipificar un delito y fijar la correspondiente pena acate los siguientes principios: (i) La prohibición de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); (ii) la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); (iii) la prohibición de la retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); (iv) la prohibición delitos y penas indeterminados (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*); (v) el principio de lesividad del acto (*nulla lex poenalis sine iniuria*); (vi) el principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito (*nullum crimen sine necessitate*); y (vii) el derecho penal de acto y no de autor". Sentencia C-335-08, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Cursivas en el texto.

la Constitución. De igual manera, *una vez proferido un fallo de exequibilidad condicionado, al servidor público le está vedado acordarle a la ley un significado distinto de aquel que la Corte consideró que era el único ajustado a la Carta Política.* (Cursivas fuera de texto).

Son abundantes las normas penales creadas por analogía a través de sentencias de exequibilidad condicionada. Entre ellas pueden mencionarse la C-798-08, M.P. Jaime Córdoba Triviño que declaró inexecutable la expresión resaltada del párrafo 1° del artículo 233 del Código Penal, Ley 599 de 2.000, "(...) en el entendido que las expresiones "compañero" y "compañera permanente" comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo":

"Para efectos del presente artículo, se tendrá por compañero y compañera permanente *únicamente* al hombre y la mujer que forman parte de la Unión Marital de Hecho durante un lapso no inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990".

También la sentencia C-029-09, M.P. Rodrigo Escobar Gil que declaró condicionalmente exequibles varios artículos del Código Penal, Ley 599 de 2.000, para extender el ámbito de intervención penal a las parejas del mismo sexo; entre ellos los artículos 170, numeral 4; 179, numeral 4; 188 B, numeral 3; 229; 236; 245, numeral 1 y 454 A.

Y la sentencia C-100-11, M.P. María Victoria Calle Correa que creó una circunstancia de agravación punitiva para la desaparición forzada, extendiendo al cónyuge, compañero o compañera permanente la lista prevista por el numeral 5 del artículo 166 del Código Penal, Ley 599 de 2.000, que contempla únicamente los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Artículo 166. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA. La pena prevista en el artículo anterior será de cuatrocientos ochenta (480) a seiscientos (600) meses de prisión, multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2666.66) a siete mil quinientos (7500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

(...)

4. Cuando la conducta se cometa, por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes o miembros de una organización sindical legalmente reconocida, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos de conductas punibles o disciplinarias, juez de paz, o contra cualquier otra persona por sus creencias u opiniones políticas o por motivo que implique alguna forma de discriminación o intolerancia.

5. Cuando la conducta se cometa por razón y contra los parientes de las personas mencionadas en el numeral anterior, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Las manifestaciones del principio de legalidad penal analizadas hasta ahora, son de carácter preponderantemente formal, ya que están dirigidas a asegurar la ley como única fuente del Derecho penal, -la reserva de ley, la irretroactividad de la ley penal desfavorable, la ley escrita y la prohibición de analogía *in malam partem*-, y en este sentido, todas pueden asociarse con el principio de mera o lata legalidad.

Sin embargo, si bien es cierto que las infracciones a la prohibición de la analogía *in malam partem*, tienen como consecuencia la introducción en el ordenamiento jurídico de normas penales que no están contenidas en una ley, y siendo así, también pueden relacionarse con la mera legalidad, esta prohibición es considerada por el garantismo penal como un corolario del principio de estricta legalidad que presupone la mera o lata legalidad. Lo anterior por cuanto

En la medida en que sea posible afirmar de las figuras de calificación penal definidas por las leyes, gracias a su conformidad con el principio de estricta legalidad, que son verdaderas o falsas respecto a los hechos que se examinan, es obvio que no hay sitio para el razonamiento analógico. A la inversa, el uso por parte de la ley, en contraposición con el principio de estricta legalidad, de fórmulas elásticas o carentes de denotación determinada permite la que se ha llamado <<analogía anticipada>>¹¹⁰.

Al tratamiento que la Corte Constitucional ha dispensado a la estricta legalidad dedicaré el apartado siguiente, buscando establecer cuanto rigor ha aplicado para juzgar la precisión con la que el legislador ha elaborado las normas penales, o lo que es lo mismo, cómo ha puesto en práctica el principio de taxatividad.

5.5 Taxatividad

Puede decirse que "(...) la legalidad en sentido estricto comprende también un principio específico de la esfera penal que es la taxatividad o exigencia de que las tipificaciones de delitos y penas aparezcan tan *pre-determinadas* en la ley como resulte posible para permitir la mejor verificabilidad y refutabilidad empíricas de la hipótesis acusatoria"¹¹¹. Como puede verse, ambas expresiones, estricta legalidad y taxatividad, guardan una estrecha relación, que en el contexto del análisis de la jurisprudencia, permite entenderlas como sinónimos.

Según la Corte, el deber de observar la estricta legalidad es uno de los límites a la libertad de configuración normativa del legislador en materia penal. En los términos de la sentencia C-939-02, M.P. Eduardo Montealegre Lynnett, estableció:

110 LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, cit., p. 382.

111 Ver: LUIS PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y Derecho Penal*, cit. p.104. Cursivas en el texto.

(i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “*nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa*”. De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y *definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca*. (Cursivas fuera de texto).

Cumplir con este propósito, implica que para salvaguardar la estricta legalidad, la Corte debe retirar del ordenamiento las normas penales que adolezcan de imprecisión o ambigüedad en la definición de los tipos penales y sus sanciones. Sin embargo debe reconocerse, que dada la natural imprecisión del lenguaje, es imposible que el legislador pueda alcanzar en la práctica un grado absoluto de certeza en la definición legal, hecho que no releva a la Corte de su obligación de refinar los mecanismos de control constitucional para preservar al máximo la función de garantía del principio de legalidad penal.

Si bien con respecto a la mera legalidad puede afirmarse que estamos en presencia de una “regla” que se cumple o no se cumple, en relación con la estricta legalidad puede admitirse en cambio, que nos hallamos ante un “principio”, cuya satisfacción debe procurarse al máximo, terreno propicio para la aplicación del principio de proporcionalidad, como herramienta interpretativa¹¹².

Dejando de lado algunos pronunciamientos de la Corte que se han limitado a retirar del ordenamiento normas que pueden considerarse verdaderos “exabruptos”, como la sentencia C-843-99, M.P. Alejandro Martínez Caballero, que declaró inexecutable por impreciso un artículo¹¹³ que contenía la expresión “(…) el juez competente, (…) podrá imponer sanciones privativas de la libertad tanto a los representantes legales, directivos o funcionarios involucrados, por acción o por omisión en la conducta delictiva”¹¹⁴, presentaré otros fallos a través de los cuales trataré de evaluar el grado

112 Aunque Mir Puig considera que el principio de legalidad debe quedar por fuera del principio de proporcionalidad, dado “...que no limita directamente el contenido de la intervención penal, sino la *forma* en que puede ser prevista: mediante una Ley, generalmente Orgánica, anterior al delito salvo que sea más favorable para el reo una ley posterior, que respete el mandato de determinación; exigencia de legalidad que debe extenderse tanto a las garantías criminal y penal, como a la jurisdiccional y de ejecución”. Ver: SANTIAGO MIR PUIG, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal”, en *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Mir Puig, Santiago y Queralt Jiménez, Joan J. (Directores); Fernández Bautista, Sílvia (Coordinadora), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 74. Sobre el principio de proporcionalidad y la distinción entre reglas y principios ver por todos: GLORIA PATRICIA LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit.

113 Artículo 26 de la Ley 491 de 1999, que modificó el Código Penal.

114 Otra sentencia que puede considerarse en esta línea es la C-559-99, M.P. Alejandro Martínez Caballero, que retiró del ordenamiento los apartes demandados del artículo 68 de la Ley 488 de 1998, sobre

de satisfacción de la garantía de estricta legalidad que las decisiones de la Corte están propiciando.

Para responder a una demanda de inconstitucionalidad que acusaba los tipos penales relacionados con el terrorismo de ser exageradamente abiertos, lo cual hacía difícil precisar las conductas prohibidas, en particular el concepto de terrorismo, contenidos en el Decreto 2266 de 1991, a través del cual se adoptaron como permanentes las normas de estado de sitio dictadas bajo la vigencia de la Constitución anterior, en especial el denominado “Estatuto para la defensa de la democracia”, la Corte profirió la sentencia C-127-93, M.P. Alejandro Martínez Caballero, a través de la cual declaró exequibles las normas demandadas, trayendo al Derecho penal la teoría de la dinámica introducida por Einstein en el terreno de la física, para justificar la existencia de tipos penales abiertos. Dijo la Corte:

En este sentido, frente a delitos ‘estáticos’ o tradicionales, deben consagrarse tipos penales cerrados. Pero frente a delitos ‘dinámicos’ o fruto de las *nuevas y sofisticadas organizaciones y medios delincuenciales*, deben consagrarse tipos penales abiertos. Esta distinción faculta un tratamiento distinto para dos realidades diferentes, con base en el artículo 13 de la Constitución Política. (Cursivas fuera de texto).

Este fallo no solamente dejó sin respuesta los cuestionamientos de los demandantes en torno a la vulneración de la garantía de legalidad¹¹⁵, sino que al declarar exequibles, bajo la vigencia de la Constitución de 1991, las normas penales dictadas al amparo del estado de sitio, cuando regía la Constitución anterior, vulneró también la garantía de reserva de ley. Además, introdujo una potente herramienta para ser usada a favor de los tipos abiertos, porque siempre será posible, en cada caso concreto, afirmar que se trata de un delito dinámico y que en consecuencia, la apertura del tipo está justificada¹¹⁶.

Aunque el fallo anterior avaló los tipos abiertos, y brindó una herramienta eficaz para justificarlos, permitiendo el desbordamiento de la punición estatal, hay otros pronunciamientos que al declarar inexequibles algunas expresiones de los tipos penales, han tratado de encauzarla. Así ocurrió con la sentencia C-739-00, M.P. Fabio Morón Díaz que declaró inexequibles las expresiones “...u otro servicio de telecomunicaciones...” y “o preste servicios o actividades de telecomunicaciones con ánimo de lucro no autorizados”, contenidas en el artículo 6° de la Ley 422 de 1998 y

responsabilidad penal de las sociedades de intermediación aduanera y los almacenes generales de depósito, responsabilidad penal de las personas jurídicas.

115 Ver salvamento de voto del magistrado Carlos Gaviria Díaz.

116 Entre otros, la manipulación genética; los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente; los delitos informáticos y el lavado de activos.

con la C-311-02, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, que siguiendo los lineamientos de la sentencia anterior, declaró la inexecutable de apartes semejantes contenidos en el artículo 257 del Código Penal, Ley 599 de 2000.

También la sentencia C-575-09, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, que retiró del ordenamiento jurídico el artículo 461 del Código Penal, Ley 599 de 2000, que tipificaba el delito de ultraje a símbolos patrios, dejando constancia que la conducta que constituía este delito adolecía de falta de claridad y precisión; aunque debe advertirse, que la razón principal aducida por la Corte en esta oportunidad, fue que la norma resultaba innecesaria para la protección de los valores constitucionales asociados a los símbolos patrios, conclusión a la que arribó aplicando el principio de proporcionalidad.

Así mismo la C-897-05, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, que declaró inexecutable una norma que imponía penas a los asistentes a las audiencias penales, que se negaran deliberadamente a cumplir las órdenes del juez o magistrado, reconociendo su vaguedad e imprecisión; aunque la razón principal para retirarla del ordenamiento, fue la existencia de medios alternativos menos lesivos, es decir, la violación al principio de proporcionalidad.

E igualmente la sentencia C-205-03, M.P. Clara Inés Vargas Hernández que declaró inexecutable la norma que penalizaba el comercio de autopartes usadas en poder de quienes no pudieran demostrar su procedencia lícita.

En el caso del artículo 447A del C.P., del examen que se adelantó anteriormente sobre el contenido y alcance que presenta esta norma, se desprende que el legislador realizó una punición contraria al principio de estricta legalidad. En efecto, si bien no apeló a la analogía para determinar el comportamiento ilícito o la pena a imponer ni tampoco recurrió al derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la sanción penal o vulneró la prohibición de la retroactividad, violó dicho principio al realizar la descripción comportamental de la conducta punible, pues al pretender tipificar como delito el comercio de autopartes de vehículos automotores de procedencia ilícita resultó, a su vez, penalizando a quienes, por ejemplo, no conservan las facturas correspondientes pero comercian con bienes que pueden tener un origen lícito, ya que sólo quedará exento de responsabilidad quien logre demostrar la adquisición lícita de los mismos.

Sin lugar a dudas, el legislador partió de la presunción de que todas las personas que realizan esta actividad económica informal conocen el origen ilícito de dichos bienes. De tal suerte, que al iniciarse (sic) la conducta criminal con dicha actividad, la norma penal resulta siendo ambigua para el ciudadano por cuanto no establece una clara frontera entre cuándo resulta ser lícito o no comerciar con esta clase de mercancías, violándose así el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. (Cursivas en el texto).

Los pronunciamientos que se mencionan a continuación, se caracterizan por incluir en su fundamentación una amplia disertación sobre la naturaleza y alcance del

principio de legalidad penal en general, y del principio de taxatividad en particular, y por no haberlo tenido en cuenta a la hora de declarar exequibles los textos normativos sometidos a su consideración, los cuales debieron haber sido retirados del ordenamiento por falta de taxatividad: C-238-05, M.P. Jaime Araujo Rentería; C-1490-00, M.P. Fabio Morón Díaz; C-1144-00, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; y la C-996-00, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

5.6 Tipos en blanco

Fuera de los tipos abiertos, muy abundantes en el ordenamiento colombiano y muy pocas veces retirados de él por falta de taxatividad, la técnica legislativa de los tipos en blanco, también introduce imprecisión en las disposiciones penales y algunas veces, atenta contra la garantía de reserva de ley, puesto que los tipos deben completarse con normas de inferior jerarquía, creadas por otros órganos diferentes al legislativo, incluyendo conceptos elaborados por la jurisprudencia.

Dentro de este grupo de sentencias merece destacarse la C-605-06, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, que declaró exequibles dos expresiones del artículo 382 del Código Penal, Ley 599 de 2.000 que tipifica el delito de tráfico de sustancias para procesamiento de narcóticos, que fue demandado por violar la reserva de ley, no solamente porque el tipo debe completarse con una decisión de la administración no contenida en una ley, sino porque, como puede verse, la complementación del tipo queda al arbitrio del Consejo Nacional de Estupefacientes "(...)" es la decisión autónoma de la Administración la que define las sustancias cuyo porte o transporte se consideran penalmente reprochables": "*(...) u otras sustancias que según concepto previo del Consejo Nacional de Estupefacientes se utilicen con el mismo fin(...)*". (Cursivas fuera del texto).

Cuando la cantidad de sustancias no supere el triple de las señaladas en las resoluciones emitidas por la Dirección Nacional de Estupefacientes, la pena será de cuatro (4) a seis (6) años de prisión y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

No obstante, la Corte no encontró reparo y declaró la constitucionalidad de las expresiones acusadas, siguiendo muy de cerca la posición sentada en la sentencia C-127-93, M.P. Alejandro Martínez Caballero y asumiendo que es obligatorio acudir al derecho penal para la protección de los intereses públicos, y que el "apego irrestricto al principio de legalidad" representa un obstáculo para el logro de este objetivo¹¹⁷:

117 Este pronunciamiento es la antítesis del derecho penal mínimo que es la postura que estoy tratando de defender en este trabajo.

Un estudio detallado de la metodología de operación del derecho penal visto desde la cada vez más exigente necesidad de determinar conductas que deben penalizarse, fruto de relaciones sociales y económicas de creciente complejidad, han llevado a la convicción de que *el apego irrestricto al principio de legalidad afecta la capacidad de penetración del derecho penal* e implica un riesgoso abandono de fundamentos que resultan cruciales para la conservación de los intereses públicos. (Cursivas fuera del texto).

(...)

Partiendo de la base de que las autoridades administrativas están autorizadas para expedir disposiciones de complemento de tipos penales en blanco, *no sería lógico exigir, como sugiere el demandante, que sólo las disposiciones normativas de contenido declarativo –aquellas en que la autoridad administrativa se limita a certificar, como en ejercicio de una función notarial, un hecho específico- pudieran utilizarse para dicha complementación*. Si dicha lógica fuera acogida, podría llegarse al absurdo de considerar que el Consejo Nacional de Estupefacientes y la Dirección Nacional de Estupefacientes están obligados a certificar que, como el agua participa en el proceso de producción de estos fármacos, dicho líquido debe figurar en el catálogo de sustancias cuyo porte y transporte resultan penalizados.

Para la Corte, *la exigencia del demandante, que, además, no aparece consignada ni en la jurisprudencia ni en la ley*, implica un evidente desaprovechamiento del conocimiento que estas autoridades han adquirido en relación con el complejo mundo de la producción de narcóticos. Por ello estima que es legítimo reconocer ese margen de apreciación discrecional, que permite una integración correcta y ajustada a la realidad del tipo penal. (Cursivas fuera de texto).

Además de las normas emitidas por órganos diferentes al legislativo, la Corte le ha conferido validez al “derecho viviente” conformado por la interpretación reiterada de los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones¹¹⁸, para integrar los tipos penales. Así, en la sentencia C-442-11, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, que declaró constitucionales las expresiones “imputaciones deshonorosas” e “imputar falsamente una conducta típica” contenidas en los delitos de injuria y calumnia, la Corte precisó que:

En esa medida la interpretación que ha hecho la Sala de Casación Penal sobre los tipos penales de injuria y de calumnia determina su alcance y contenido con ocasión de su examen de constitucionalidad y como puede verse tal interpretación circunscribe claramente los elementos normativos del tipo penal y de paso impide que los jueces interpreten de manera subjetiva y arbitraria las conductas penalmente reprochadas –que es el principal cargo que formulan los demandantes- pues, como antes se dijo, están vinculados por el precedente sentado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando interpretan y aplican el Código Penal.

118 Sentencia C-442-11, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Igual consideración puede verse en la sentencia C-637-09, M.P. Mauricio González Cuervo, que decidió que la falsedad ideológica estaba comprendida dentro del concepto de falsedad material del artículo 289 del Código Penal, Ley 599 de 2.000, con base en la interpretación de la Corte Suprema de Justicia.

Otras sentencias que contienen pronunciamientos sobre taxatividad y tipos penales en blanco son las siguientes: C-285-96, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-917-01, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-479-01, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-333-01, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-1164-00, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-133-99, M.P. Carlos Gaviria Díaz; y la C-587-92, M.P. Ciro Angarita Barón.

Además, las sentencias C-682-09, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y la C-301-11, M.P. Juan Carlos Henao Pérez¹¹⁹, que aunque contienen fallos inhibitorios, muestran una preocupante tendencia a seguir la línea iniciada por la C-127-93, M.P. Alejandro Martínez Caballero, y afianzada por la C-605-06, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, sobre la necesidad de apartarse del “apego irrestricto al principio de legalidad”, en tipos penales de aplicación frecuente, cuyas penas mínimas son 6 años y 48 meses de prisión respectivamente.

De acuerdo con lo que acaba de exponerse, puede decirse que cuando la Corte Constitucional, no es rigurosa con la exigencia de taxatividad que debe aplicar el legislador al hacer las leyes penales, está desplazando esta competencia a los jueces, quienes se ven abocados a concluir la elaboración de los textos legales a la hora de aplicarlos, debido a su alto grado de imprecisión.

6. Conclusiones

Como se ha expuesto aunque algunas decisiones de la Corte Constitucional, han reivindicado el Derecho penal mínimo, afianzando la función de garantía del principio de legalidad, al restringir el ámbito de la intervención penal; otras no lo han hecho, sino que por el contrario, han contribuido a ampliarlo, transgrediendo las prohibiciones constitucionales para el ejercicio del poder penal, al atentar contra la reserva de ley o principio de mera o lata legalidad y contra la reserva absoluta de ley o principio de estricta legalidad o taxatividad.

Atentar contra la reserva de ley, o lo que es lo mismo, contra “(...) el principio de mera legalidad como una regla de distribución del poder penal que prescribe al juez determinar como delito lo que está reservado al legislador predeterminar como tal

119 Debían decidir sobre la inexequibilidad de las expresiones resaltadas de los artículos 346, Utilización ilegal de uniformes e insignias y 240, numeral 4, Hurto calificado del Código Penal, Ley 599 de 2.000, respectivamente: “... insignias o medios de identificación *reales, similares o semejantes* a los de uso privativo de la fuerza pública...”; y “4. Con escalonamiento, o con llave sustraída o falsa, gonzúa o cualquier otro instrumento similar, o violando o superando seguridades electrónicas u otras semejantes”.

(...)¹²⁰, permitiendo la existencia del derecho penal extralegal en Colombia; bien sea confiriendo el carácter de normas penales obligatorias a los decretos de estados de excepción, a los fallos de la Corte Constitucional, o al Derecho internacional, socava los cimientos del estado de derecho, al desvirtuar totalmente el principio democrático, y el de separación de poderes.

Además cuando la Corte, no obstante haberle reconocido al principio de legalidad, su carácter de imperativo constitucional, o de deber ser en el Derecho penal, no ha retirado del ordenamiento jurídico las normas inválidas que se oponen a él, por ser imprecisas, ambiguas o indeterminadas, ha vulnerado el principio de estricta legalidad o taxatividad, afectando los derechos de los destinatarios, para quienes es muy difícil conocer qué es lo prohibido, y de paso ha trasladado al juez la competencia para precisarlas, atentando también así contra los principios rectores del estado de derecho.

Esta deferencia de la Corte con el legislador democrático; y el afán por conservar el Derecho penal, como herramienta eficaz para la protección de bienes jurídicos, a través del castigo para los atentados que se consideran más graves, aún a costa de su intromisión en la órbita del legislador; muestran que corrientes como la modernización del Derecho penal o Derecho penal del riesgo; el Derecho penal del enemigo, y últimamente, con un marcado énfasis, el Derecho internacional de los derechos humanos, están influyendo sobre sus decisiones, contribuyendo a debilitar la ley, no solamente como herramienta para minimizar el ejercicio de la violencia al interior del Derecho penal, sino principalmente como elemento fundamental y de la esencia del estado de derecho.

A este respecto debe precisarse que este resquebrajamiento de la ley, pone en peligro la realización del propósito de promover la protección penal que ha animado a la Corte, puesto que al socavar los cimientos mismos del estado de derecho, deja sin fundamento el contexto jurídico del cual derivan su fuerza normativa los derechos fundamentales que la Corte Constitucional busca proteger.

120 LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, cit. p. 378.

Bibliografía

- ABEL SOUTO, MIGUEL, "Las leyes penales en blanco", en *Nuevo Foro Penal*, 3a. época, N° 0068, Medellín, Universidad EAFIT, 2005.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho Penal Fundamental 1*, 3 ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2004.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, trad. Ibáñez, Perfecto Andrés; Ruiz Miguel, Alfonso; Bayón Mohino, Juan Carlos; Terradillos Basoco, Juan; Cantarero Bandrés, Rocío, 7 ed., Madrid, Trotta, 2005.
- FERRAJOLI, LUIGI, "La legalidad violenta", en *Democracia y garantismo*, trad. Rivaya García, Benjamín, Carbonell, Miguel (editor), Madrid, Trotta, 2008.
- FERRAJOLI, LUIGI, "El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal", en *Nuevo Foro Penal*, trad. Ibáñez, Perfecto Andrés, 4a. época, N° 0069, Medellín, Universidad EAFIT, 2006.
- FERRAJOLI, LUIGI, "Crisis de la legalidad y derecho penal mínimo", en *Democracia y garantismo*, trad. Brito Melgarejo, Rodrigo, Carbonell, Miguel (editor), Madrid, Trotta, 2008.
- FERRAJOLI, LUIGI, "Garantías", en *Democracia y garantismo*, trad. Pisarello, Gerardo y De Cabo, Antonio, Carbonell, Miguel (editor), Madrid, Trotta, 2008.
- FERRAJOLI, LUIGI, "Legalidad civil y legalidad penal. Sobre la reserva de código en materia penal", en *Democracia y garantismo*, trad. Guzmán, Nicolás, Carbonell, Miguel (editor), Madrid, Trotta, 2008.
- FERRAJOLI, LUIGI, "El derecho como sistema de garantías", en *Jueces para la Democracia* trad. Ibáñez, Perfecto Andrés, N° 16-17 , [http://www.juecesdemocracia.es/revista/revista%2016%20y%2017%20febrero _ marzo%201992.pdf](http://www.juecesdemocracia.es/revista/revista%2016%20y%2017%20febrero_%20marzo%201992.pdf) (Consultado el 2011-11-17), 1992, 1992.
- GALLEGO GARCÍA, GLORIA MARÍA, "Sobre el monopolio legítimo de la violencia", en *Nuevo Foro Penal*, 3a. época, N° 0066, Medellín, Universidad EAFIT, 2003.
- LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, "El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas", en *Nuevo Foro Penal*, Vol. 003, N° 0067, Medellín, Universidad EAFIT, 2005.
- LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, "La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados", en *Cuadernos de Investigación*, Nro. 16, Medellín, Universidad EAFIT, 2004.

- LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- MIR PUIG, SANTIAGO, "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal", en *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Mir Puig, Santiago y Queralt Jiménez, Joan J. (Directores); Fernández Bautista, Silvia (Coordinadora), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.
- PASTOR, DANIEL R., *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009.
- PASTOR, DANIEL R., *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
- PEÑA FREIRE, ANTONIO MANUEL, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Garantismo y Derecho Penal*, Madrid, Iustel Portal Derecho S.A., 2011.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. y notas Luzón Peña, Diego-Manuel; Díaz Y García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier, Madrid, Civitas, 1997.
- SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, "¿El Derecho penal garantista en retirada?", en *Revista penal*, N° 21, Madrid, Wolters Kluwer España, S.A., 2008.
- SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, "Garantismo y derecho penal en Colombia", en *Garantismo y Derecho Penal*, Sotomayor Acosta, Juan Oberto (Coordinador), Bogotá, Temis, 2006.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho Penal: Parte General*, 4 ed., Bogotá, Comlibros, 2009.
- WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, CHRISTIAN, "La prohibición de retroactividad", en *Cuadernos de Derecho Penal*, N° 4, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2010.