

LA DIGNIDAD HUMANA (ART. 1 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO) COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL.

Yolanda María Serna¹

Contenido

INTRODUCCIÓN	2
1. LA DIGNIDAD HUMANA COMO POSTULADO JURÍDICO-POLÍTICO.....	4
1.1 DIGNIDAD HUMANA Y ESTADO DE DERECHO.....	6
1.2 DIGNIDAD HUMANA Y DERECHO PENAL.....	7
2. EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA COMO LÍMITE AL <i>IUS PUNIENDI</i> : REVISIÓN JURISPRUDENCIAL.....	10
2.1 LAS PROSCRIPCIONES CONSTITUCIONALES EXPRESAS.....	11
i. Prohibición de penas de muerte (CP art. 11), prisión perpetua o confiscación (CP art. 34); torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (CP art. 12).....	11
ii. Prohibición de destierro (CP art. 34).....	14
iv. Prohibición de penas y medidas de seguridad imprescriptibles (CP art. 28).....	16
2.2 PROHIBICIÓN DE INSTRUMENTALIZACIÓN DE LOS INDIVIDUOS.....	18
i. Derecho penal de acto, principio de culpabilidad, y proscripción de medidas tendientes a perfeccionar los individuos.....	18
ii. Principio de antijuridicidad material (protección de bienes jurídicos), y <i>ultima ratio</i> en el derecho penal.....	22
2.3. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO PROHIBICIÓN DE EXCESO.....	25
CONCLUSIONES.....	30
BIBLIOGRAFIA.....	32

¹ Abogada especialista en derecho penal. Trabajo para optar por el título de Magister en Derecho Penal, Universidad EAFIT, cohorte dos.

LA DIGNIDAD HUMANA (ART. 1 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO) COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL.

“El derecho a la propia dignidad es de tal rango que no se pierde siquiera por el hecho de atentar contra la dignidad de los otros, de suerte que tampoco se le puede negar a los “indignos””.

Juan Fernández C.²

1. INTRODUCCIÓN

La ley 599 de 2000, actual Código Penal colombiano, en su Título I consagra las “normas rectoras” del mismo, que según el artículo 13 “*constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación.*” Al igual que en la Constitución Política, el primer artículo de ese código consagra la Dignidad Humana, esta vez para señalar que es el “*fundamento del derecho penal*”, y tiene el carácter de norma rectora de las disposiciones penales.

Fernández Carrasquilla, respecto a lo que es una norma rectora señala que es la que regula o dirige algo³, en este caso el derecho penal; entendiéndose por tal, la fase de legislación penal, el proceso penal, y la ejecución penal. Así las cosas podría decirse que la Dignidad Humana consagrada en el Código Penal es un principio que limita a quienes intervienen en el desarrollo de la normatividad penal, en cualquiera de sus fases, haciendo del derecho penal como lo anunciaba Franz von Liszt, una *carta magna del delincuente*, o en términos de Ferrajoli, un compendio rodeado de garantías para el procesado⁴.

En un Estado social de derecho, como el autoproclamado por nuestra Constitución Política, el único modelo de derecho penal acorde con aquel, es el limitado, bien sea que se denomine derecho penal clásico, liberal o garantista; pues en este modelo de Estado, este deriva su existencia de la protección y el respeto de los derechos y garantías de los individuos, lo que

² *Principios y normas rectoras del derecho penal. Introducción a la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho.* Bogotá, ed. Leyer, 1998, p. 95.

³ Fernández Carrasquilla, Juan; “El nuevo código penal y sus principios rectores”, en: *Nuevo Foro Penal* N° 7, Medellín, 1980, pp. 115-129.

⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Capítulo 7: “La pena. Cuándo y cómo castigar”, Madrid, Ed. Trotta, 1995, pp. 353-457.

implica que el derecho penal debe adoptar los principios de culpabilidad, lesividad (protección a bienes jurídicos), legalidad, irretroactividad, favorabilidad, *non bis in idem*, entre otros⁵.

El denominado derecho penal liberal más allá de su aplicación histórica, se caracteriza discursivamente por señalar que el poder punitivo en cabeza del Estado no es absoluto, sino que tiene como barrera de contención al individuo y sus derechos. Ello necesariamente impone límites al legislativo a la hora de tipificar conductas, definir penas, y establecer reglas para la ejecución de las mismas.

La Corte Constitucional de Colombia, como garante e intérprete de la Constitución, ha sido enfática en reiterar que el legislador posee un amplio espectro de configuración legislativa en materia penal, otorgado en virtud a la representación democrática que este estamento tiene; pero ha señalado también que esta libertad no es absoluta –como ningún poder lo es en un Estado constitucional- pues si bien el juez constitucional al momento de analizar la avenencia de las normas con la Constitución debe buscar las contradicciones palmarias o evidentes, su análisis no se reduce a ello, sino que debe analizar si el legislador respetó los derechos fundamentales, el bloque de constitucionalidad, los principios de igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, necesidad, y dignidad humana, al momento de legislar⁶.

Con el advenimiento de los denominados *Derecho penal de riesgo*, *Derecho penal de la seguridad ciudadana*, y *Derecho penal del enemigo* –y la superación del Estado liberal de derecho, por un Estado social de derecho-, cabe preguntarse si el contenido de los principios que tradicionalmente se le asignaban al derecho penal liberal o clásico, continúan incólumes, o si por el contrario, al intentarse una expansión del derecho penal por estas posiciones doctrinarias, ellos han perdido su eficacia, se han desfigurado o trastocado sus contenidos⁷.

En el presente trabajo se analizará de qué manera la Dignidad Humana, proclamada como principio y norma rectora del Derecho Penal, puede limitarlo. Para ello se estudiarán las sentencias más relevantes que la Corte Constitucional ha emitido sobre los tipos y el *quantum* de las penas imponibles, la tipificación de delitos, y la aplicación de subrogados penales, desde el año 2000 hasta el 2011. Así, el objeto de estudio de esta investigación es analizar *cómo la dignidad humana se configura en límite a la libertad de configuración del legislador en materia*

⁵ *Ibidem*.

⁶ Entre otras, ver las sentencias C-024-04, C-061-08, C-062-05, C-173-01 y C-193-05.

⁷ Ver por todos: Sotomayor Acosta, Juan Oberto; “¿El Derecho penal garantista retirada?”, en *Revista Penal*, núm. 21, Valencia, Wolters Kluwer España S.A, 2008, pp. 148-164.

penal, específicamente en lo relacionado a imposición de penas, aplicación de subrogados penales, y tipificación de conductas.

Es importante aclarar también, que cuando se indaga por la Dignidad Humana como límite a la potestad de libre configuración del legislador en materia punitiva, se incluye en el escenario el principio de proporcionalidad (con sus contenidos relativos a la razonabilidad y necesidad), pues como lo establece Luigi Ferrajoli en su tratado sobre Garantismo Penal, entre los múltiples límites que en un Estado de Derecho tiene el legislador están los de legalidad, igualdad, certeza, necesidad y proporcionalidad. Siendo estos últimos principios integrantes de la dignidad humana⁸, que cuestionan un tipo de pena o la “naturaleza de la misma”, y el *quantum* o la cantidad de pena que se reputa legítima en un Estado de Derecho.

1. LA DIGNIDAD HUMANA COMO POSTULADO JURÍDICO-POLÍTICO.

El liberalismo político representado primigeniamente por Jhon Locke y Jacques Rousseau, responde a la pregunta por la legitimidad de la existencia del Estado diciendo que este se hace necesario para garantizar una serie de derechos de los asociados; es decir el fundamento de la organización política denominada Estado liberal clásico es el hombre, y su agrupación en la sociedad.

Desde el renacimiento ya se perfilaba en pensadores y filósofos “progresistas” la ubicación de los individuos en el centro de las organizaciones sociales y espirituales. Así Pico Della Mirandola⁹, humanista italiano, realiza un ensayo sobre la dignidad de los hombres donde resalta el valor de estos por el hecho de poseer razón, lo que lo hace portador de libre albedrío y de responsabilidad moral.

En la Ilustración Immanuel Kant *en La Metafísica de las Costumbres* postula el concepto de Dignidad humana derivado de la racionalidad de los humanos; esto es de su capacidad de autodeterminarse con normas morales que él mismo se ha dado basándose en principios que él pretende universales tales como: i. no instrumentalizar a los otros, sino tratarlos como un fin en

⁸ Expresamente el principio de proporcionalidad, en su prohibición de exceso como parte de la Dignidad humana en: Corte Constitucional, sentencia C-226/02, MP. Álvaro Tafúr Galvis.

⁹ Della Mirandola, Pico. Oración por la dignidad humana. Ediciones Opus Magnum. Bogotá. 2002.

sí mismos, y ii, establecer máximas de comportamiento que puedan universalizarse, es decir, que se puedan aceptar como normas de comportamiento por toda la comunidad racional¹⁰.

Posturas como las de Kant –y en cierta manera Spinoza y Schopenhauer- tuvieron gran eco en la academia por cuanto se desligaban de explicaciones religiosas o teológicas del concepto de Dignidad Humana que había imperado en las posiciones medievales, que reivindicaban el valor del hombre por su capacidad de autodeterminación sólo en tanto la gracia de Dios lo permitía (San Agustín), o los fines encaminados al *bien* según las doctrinas del cristianismo lo determinaban (Santo Tomás)¹¹. El valor de la reivindicación de la Dignidad Humana en la filosofía moderna radicó en que la medida de la Dignidad sería el hombre mismo, su autonomía de la voluntad, su racionalidad y su pretendido libre albedrío.

El postulado de la Dignidad Humana tiene consecuencias más allá de otorgar una fundamentación formal a la conformación de los Estados; es decir, el desarrollo jurídico e institucional de estos debe responder a este principio fundante, por ejemplo, en una serie de mínimos o límites que el concepto impone. En la teoría jurídica moderna ello se refleja en las cartas de derechos y libertades, que se han erigido como mandatos de actuación o límites a los Estados, que han derivado en la mayoría de los casos en regímenes constitucionales de derecho.

La pregunta que se impone entonces es ¿qué significa para la teoría jurídica el postulado de la Dignidad Humana?, en otras palabras, ¿cuáles son las consecuencias de erigir dicho principio como fundamento de la organización política Estado?

Para responder a ello, habrá que decir con Zagrebelsky que “*el contenido de los principios constitutivos del ordenamiento jurídico depende del contexto cultural del que forman parte.*”¹². La constitución política de Colombia en su artículo primero establece que Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto por la Dignidad Humana. Estos adjetivos imponen cargas al Estado tales como preservar y respetar las libertades civiles y políticas de los ciudadanos, así como propender por satisfacer unos mínimos vitales básicos (condición de un

¹⁰ Una reconstrucción del concepto de Dignidad Humana en Kant, puede encontrarse críticamente en: Hoerster, Norman; *En defensa del positivismo jurídico*, 2ª ed., Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 91-103.

Una mirada completa e igualmente crítica puede leerse en: Gallego García, Gloria María; “Sobre el concepto y fundamento de la Dignidad Humana”, en *Derecho penal liberal y dignidad humana*. Libro homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez, Velásquez V. Fernando (Coord.), Bogotá, Editorial Temis, 2005, pp. 247-271.

¹¹ Valbuena Cardona, Francisco, *La crisis del principio de culpabilidad y el libre albedrío*, Universidad de Antioquia, Monografía. 1989. Al respecto, páginas 1 a 51.

¹² Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Editorial Trotta. 7ª edición. Madrid, 2007.

Estado "social"), y proteger bienes jurídicos valiosos a través del derecho; además del respeto a las características que hacen de los Estados, Estados constitucionales (separación de poderes, existencia de una gama de derechos y libertades, mecanismos de participación democrática, entre otros).

1.1 DIGNIDAD HUMANA Y ESTADO DE DERECHO.

Para el Derecho en general, lo importante era pasar de postulados metafísicos a reglas jurídicas claramente determinables y el recurso para ello está dado, en palabras de Maihofer¹³, en el tipo de Estado que se constituye pues en un Estado social de derecho no bastará que se respete la libertad y la legalidad, sino que deben satisfacerse otra serie de derechos de los individuos, y respetarse determinadas libertades que se erigen en fundamento de la existencia misma de este modelo de estado¹⁴.

En términos generales, en un Estado de derecho, la Dignidad Humana es el criterio para que los individuos puedan exigir del Estado ciertas prestaciones positivas, en algunos casos la atención en salud, la vivienda digna, el mínimo vital, y otros derechos que materializan las condiciones mínimas de existencia de las personas. Por ejemplo, en la conocida sentencia T-406/92 la Corte emite una serie de órdenes positivas sustentadas en el principio de dignidad humana, allí protege entre otros derechos, la salud y salubridad públicas, manifestando que en un Estado social de derecho, basado en la dignidad de los individuos, la vida en condiciones dignas necesita de elementos prestacionales que la potencien.

Como lo señala la sentencia T-401 de 1992, generalmente es en sede de tutela donde se puede proteger íntegramente la dignidad humana, pues si bien ella como fundamento del Estado y el ordenamiento jurídico no puede suspenderse, puede entrar en colisión con otros derechos fundamentales sin que pueda desconocerse ninguno de los dos¹⁵. Pero además de la posibilidad de exigir prestaciones del Estado, la Dignidad Humana en un Estado Social de Derecho tiene un contenido negativo, de abstención o límite para las autoridades estatales; y es precisamente este contenido de límite el que nos interesa analizar aquí, por ejemplo, en un Estado social de derecho se proscriben las torturas, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la pena de muerte:

¹³ Maihofer, Werner, *Estado de derecho y dignidad humana*. Traducción José Luis guzmán. Editorial BdeF. Montevideo- Buenos Aires. 2008.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 31-41.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-401/92, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sin embargo a ello [a vulneraciones de la dignidad] pertenecen además, todas las otras medidas que reduzcan al hombre a mero objeto de la actuación estatal, a un simple medio para fines del Estado, por ejemplo, el sometimiento a un proceso penal sin derecho de audiencia, a la producción de confesiones mediante el empleo de mecanismos coercitivos, la intolerancia y el terror ideológico para conseguir una adhesión filosófica, política o religiosa prescrita por orden del gobierno. (pág. 31)

Así, en el plano jurídico-político la idea de un Estado al servicio de los individuos es la premisa para justificar que la Dignidad Humana se erige en postulado básico del modelo político. Por ello toda norma jurídica tendría como fundamento la dignidad humana y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Especialmente las normas que por su carácter intrínsecamente violento, como las penales, son susceptibles de vulnerar derechos que el Estado se ha comprometido respetar.

La Dignidad Humana sería entonces límite al *ius puniendi*, a la facultad punitiva del Estado, en tanto el uso que los Estados hagan del derecho penal debe reflejar su modelo político¹⁶, lo que en el caso de los estados constitucionales significa que se deben respetar principios como necesidad y proporcionalidad en la aplicación del derecho penal.

1.2 DIGNIDAD HUMANA Y DERECHO PENAL.

El presupuesto teórico de este trabajo es que el derecho penal impone límites al ejercicio del poder, porque como dice Sotomayor Acosta “es más derecho que pena”¹⁷, y la labor de la academia, antes que legitimar el ejercicio del poder debe ser criticarlo e intentar acotar su ejercicio. Al respecto Fernández Carrasquilla¹⁸ señala que:

Es necesario interpretar las garantías en el sentido de fijar un mínimo de contenido que el legislador debe respetar en todo caso, al menos si quiere ser democrático y liberal. (p. 125)

Si un Estado legitima su existencia por respetar y proteger la dignidad humana de los individuos, ello implica que está obligado tanto a prestaciones de hacer (por ejemplo, garantizar condiciones materiales para que las personas puedan gozar de sus derechos plenamente), como de no hacer (bien sea como prohibiciones expresas, o tácitas).

¹⁶ López Cuadrado, Zeneida. “El hombre frente al derecho penal en un Estado Social de Derecho”, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, N°16, v.II, 2001, pp. 144-161.

¹⁷ Sotomayor Acosta, Juan; Op. Cit.

¹⁸ Fernández Carrasquilla, Juan; “El nuevo código penal y sus principios rectores”, en: *Nuevo Foro Penal* N° 7, Medellín, 1980, pp. 115-129.

En sede de Derecho penal, algunos autores¹⁹ señalan que las obligaciones del Estado derivadas del principio de dignidad humana consisten en abstenerse de realizar acciones como infligir tortura, desterrar, imponer penas o medidas de seguridad imprescriptibles, ejecutar pena de muerte, imponer prisión por deudas, o establecer tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Además de constituirse en un límite a las penas a imponer, del procedimiento a seguir, y de la aplicación del derecho positivo²⁰; y de obligar a los organismos de control de constitucionalidad a realizar juicios de proporcionalidad y razonabilidad de las normas penales²¹. De igual manera, la dignidad humana asumida como autonomía prohíbe que el Estado adopte medidas perfeccionistas sobre los individuos, lo que en el plano jurídico implica la punición solamente de conductas, no de ideas, posiciones políticas, deseos, o formas de ser²².

Según Ferrajoli de la dignidad humana se deriva también la proscripción de que el individuo sea utilizado como instrumento para prevenir a la sociedad sobre la comisión de delitos, a través de “sanciones ejemplares”. Por ello el principio de culpabilidad hace parte de la dignidad humana, junto al de antijuridicidad material, pues sólo serán punibles las lesiones a bienes jurídicos protegidos.

De este principio asumido como límite al *ius puniendi*, se deriva la restricción a imponer cualquier tipo y monto de pena, sin consideración a sus características. En primer lugar las restricciones constitucionales expresas limitan el ejercicio del legislador relativo a la clase de penas (no destierro, no torturas, no tratos crueles, no pena de muerte, ni prisión por deudas), y respecto al *quantum* de las mismas, además de la prohibición constitucional de la aplicación de cadena perpetua y penas imprescriptibles (art. 28, inc. 3), se tiene el test de proporcionalidad²³.

Ello porque la desproporción de las penas que implique una esperanza mínima o nula de salir de prisión implica renunciar a la pretendida función resocializadora de la pena de prisión, y asumir que las cárceles son depósitos humanos, generando negativos efectos psicológicos y sociales,

¹⁹ Al respecto, Lopera Mesa, Gloria Patricia. “El principio de proporcionalidad en el control constitucional de las leyes penales sustantivas. (Una aproximación a su empleo en la jurisprudencia de la corte constitucional)”. Nuevo Foro Penal. nº 67; enero-junio de 2005, pp. 13-63. Y Maihofer, Op. Cit, en quien puede leerse una exigencia de protección positiva de derechos a través del derecho penal, en virtud de la dignidad humana que sería la que permite el goce efectivo de los mismos.

²⁰ Hoerster, Norman, Op. Cit.

²¹ Ferrajoli, Luigi. Op. cit.

²² Fernández Carrasquilla, Juan. Op. Cit, Pág. 116.

²³ Corte constitucional, sentencia C- 046/01, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

pues se convierte la pena de prisión, además de las privaciones que implica, en una tortura psicológica²⁴.

Siendo, según Maihofer, la ley penal una carta magna del delincuente, ella debe respetar el principio de *in dubio pro libertate*, protección de bienes jurídicos (única función legítima de la pena en el modelo estatal antes descrito), la prohibición de penas sin culpabilidad o mayores a la misma:

Por ello una *ley penal compatible con la dignidad del hombre* no sólo tiene que ser configurada y aplicada en su *función de tutela* según el principio *in dubio pro libertate*, o sea, la *máxima permisión y mínima posible limitación de la libertad*, sino que debe también ser definida en su función de garantía con arreglo a aquel principio.²⁵

Así, tendencias en el derecho penal como el denominado *populismo punitivo*²⁶ o la consecución de réditos electorales a través de la exacerbación de la intervención penal, y el *victimismo* penal, o la instrumentalización de la víctima como excusa para expandir el *ius puniendi*, no tendrían cabida en un derecho penal respetuoso de la dignidad humana de los destinatarios de la norma penal.

Por otro lado se resalta que la Dignidad Humana como principio del derecho penal implica límites para el derecho procesal penal y la ejecución de las penas. Sobre el primer asunto se ha dicho que el principio de humanidad en el proceso penal implica respetar (i) La intangibilidad de la herencia e intimidad genética; (ii) El reconocimiento de su autonomía ética; (iii) La necesidad de unas condiciones materiales mínimas de existencia, y; (iv) La preservación de la indemnidad física de los procesados²⁷. Esto es, respecto a las pruebas que impliquen afectación a derechos como la intimidad genética, debe realizarse un especial control de legalidad y necesidad de las mismas, pues además de ese derecho vulneran la dignidad de los procesados.

Respecto a la ejecución de las penas son muchas las críticas que se han realizado a la pena de prisión²⁸, y a las condiciones de las cárceles colombianas²⁹. Para ellas se ha argumentado que

²⁴ De la Cuesta Arizmendi, J.L., "El principio de humanidad en derecho penal", en Revista *EGUZKILORE*, núm. 23, San Sebastián, España, Diciembre 2009, pp. 209-225. Pág. 216.

²⁵ Maihofer, Werner. Op. Cit. Pág. 146, cursivas originales.

²⁶ Al respecto Sotomayor Acosta, Op. Cit. Pp. 148 y ss.

²⁷ Ramírez Villanueva, Gilberto; Meneses Cudriz, Carlos Eduardo. *Consideraciones sobre el principio de dignidad humana en el ámbito del derecho penal y del procedimiento penal acusatorio*, en: Revista *Vocatus*, Edición especial N° 14:, Universidad Libre - Seccional Barranquilla, 2010, pp. 89 – 105.

²⁸ Al respecto basta mencionar el clásico texto de Michel Foucault *Vigilar y Castigar*.

las condiciones materiales de ejecución de esa pena son degradantes de los individuos en clara vulneración de su dignidad humana, y si el fundamento de las normas jurídicas es precisamente este principio de dignidad o humanidad debe buscar armonizarse el discurso con la realidad penitenciaria.

2. EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA COMO LÍMITE AL *IUS PUNIENDI*: REVISIÓN JURISPRUDENCIAL.

Como se advertía anteriormente, la Corte Constitucional en los análisis que hace de normas penales, sin excepción, inicia reivindicando la legitimidad democrática que le asiste al legislador para imponer normas penales derivando de ello la libertad de configuración en materia punitiva, lo que presupone la definición y adopción de la política criminal del país³⁰. Expresamente ha reconocido la Corte que la Constitución no adoptó un determinado modelo de política criminal, y que por ello, los análisis sobre la constitucionalidad o no de las normas penales debe limitarse a verificar el respeto por los derechos fundamentales y las prohibiciones expresas de la constitución³¹; pues siendo el legislativo el órgano dotado de representatividad a él compete la tipificación de conductas, la adopción de sanciones y el establecer determinado modelo de política criminal, así lo expresó en la sentencia C-420 de 2002 con ponencia del magistrado Jaime Córdoba Triviño:

Este enfoque permite colocar las cosas en su punto: Si el legislativo es titular de la capacidad de configuración normativa en materia de tipificación de conductas punibles y si el único límite que existe para el ejercicio de esa facultad está determinado por el sistema de valores, principios y derechos fundamentales previsto en el Texto Superior, el demandante no puede pretender que la Corte, a través de sus fallos, imponga el modelo de política criminal que ha de seguir el Estado pues sólo le está permitido confrontar con la Carta las normas legales que, habiendo sido demandadas, desarrollen ese modelo para retirar del ordenamiento aquellas que lo contraríen y mantener aquellas que lo respetan.

Así, la Corte reconoce que existe una tensión entre las decisiones democráticas del legislativo y las que ella toma en sede de constitucionalidad bajo el amparo de la prevalencia de los derechos

²⁹ La sentencia T-153 de 1998 que declara el estado de cosas inconstitucional en las prisiones es muestra de ello. Máxime si ha sido ratificada en posteriores sentencias de esa corporación, y en informes sobre las condiciones actuales de la prisión en Colombia.

³⁰ Ver por todas la sentencia C-853-09, MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

³¹ Entre las sentencias que enuncian estos límites a la libertad de configuración del legislador, se tienen las siguientes: C-581/01, C-317/02, C-291/07 y C-230/03.

fundamentales, y demás normas consagradas en la carta política. Es por ello que en la medida de lo posible, sus análisis buscan la palmaria irrazonabilidad o desproporción de las leyes, así como su manifiesta contradicción con normas constitucionales, intentando así no intervenir de manera indebida en el ámbito de competencia del legislador³².

Pero para que los límites sean en verdad tales, no basta con que se enuncien, pues decir derechos fundamentales sin especificar su contenido o núcleo esencial, no se constituye en criterio que limite la actividad del legislador. Por ello la Corte Constitucional, ha superado las meras enunciaciones sobre los límites al legislador, y ha realizado análisis en donde impone criterios para verificar la constitucionalidad de las leyes.

Estos criterios, desde el principio de Dignidad Humana, pueden agruparse en: i, Las proscripciones constitucionales expresas; ii, la prohibición de instrumentalización de los individuos, lo que implica la adopción de un derecho penal de acto, el principio de culpabilidad, la protección de bienes jurídicos, y el uso del derecho penal como último instrumento; iii, el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso.

2.1 LAS PROSCRIPCIONES CONSTITUCIONALES EXPRESAS.

i. Prohibición de penas de muerte (CP art. 11), prisión perpetua o confiscación (CP art. 34); torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (CP art. 12).

Al estudiar la constitucionalidad de normas penales la Corte Constitucional con frecuencia evoca las prohibiciones expresas que la Constitución consagra sin que generalmente desarrolle sus contenidos. Cuando profundiza en las prohibiciones expresas, las interpreta a la luz de la dignidad humana, así:

En materia de determinación de tipos penales, el principio de dignidad humana exige dotar al derecho penal de un contenido respetuoso de una imagen del ciudadano como dotado de un conjunto de derechos derivados de su naturaleza humana, de la igualdad real de los hombres y de su facultad de participación en la vida social. Así mismo, prohíbe el recurso a penas crueles, inhumanas o degradantes.”³³

La sentencia C-804 de 2003³⁴ que analizó la constitucionalidad del artículo 15 de la ley 733 de 2002, que derogó el artículo 172 del código penal, ofrece un desarrollo de lo que significa la prohibición de imponer penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. La disposición

³² Sobre esta tensión ver por todos, Lopera Mesa, Gloria Patricia. Op. Cit. P. 20.

³³ Corte Constitucional, sentencia C-205-03, MP. Clara Inés Vargas.

³⁴ MP. Jaime Araújo Rentería.

impugnada derogaba la prohibición de celebrar contratos de seguro para cubrir el pago exigido para la liberación de una persona secuestrada; en esta oportunidad la Corte, retomando los argumentos que había esgrimido en la sentencia C-542/93 para declarar la inconstitucionalidad y constitucionalidad condicionada de normas de la ley 40 de 1993 (que penalizaba las conductas encaminadas a pagar los rescates de las personas secuestradas) señala que el interés general no puede primar sobre la dignidad de los individuos, materializada en la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes. A juicio de la Corte la prohibición de realizar conductas encaminadas a salvar a un ser querido de un peligro, atenta contra la humanidad y la solidaridad de las personas, erigiéndose así en trato inhumano y degradante, y por ello decide declarar exequible la derogación que hacía la norma impugnada.

Frente a la prohibición de penas perpetuas o “impagables” surge la discusión sobre si la ley 890 de 2004, que establece penas hasta de 60 años, vulnera o no la prohibición de penas imprescriptibles o de imponer cadena perpetua. En la sentencia C-394 de 2006 que pretendía analizar la constitucionalidad de los artículos 1 (penas hasta de 60 años en caso de concurso), 2 (pena de 50 años) y 14 (un aumento general a las penas de la parte especial del código penal), la Corte, con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas, decidió que debía inhibirse por cuanto los cargos aducidos (violación a la dignidad humana y a la igualdad), no eran claros. El extracto que ofrece la Corte de la demanda, contiene una alusión a la expectativa de vida de los colombianos, y a la incongruencia de las normas demandadas con ella; pero al inhibirse la Corte no resuelve el alcance que las prohibiciones constitucionales relativas al *quantum* de las penas, tendrían frente a la citada ley.

La sentencia C-193 de 2005³⁵ analiza la constitucionalidad de la ley 890, pero desde la perspectiva formal, determinando que no era requisito que se tramitara como ley estatutaria, pues “*no es una ley estatutaria cuyo objeto esencial sea definir el contenido de los derechos constitucionales, fijar sus alcances o establecer las condiciones para ejercerlos.*”, siendo entonces desde el punto de vista formal exequible la norma. Por último la sentencia C-238 de 2005 sí se pronuncia de fondo sobre el aumento genérico de penas que el artículo 14 de la ley 890 establece, para ello responde a los cuestionamientos sobre supuesta vulneración al principio de legalidad, que ella sí se respetó en esa disposición y que por ello es constitucional. Pero no hay una sentencia que se haya pronunciado de fondo sobre la prohibición en este acápite analizada.

³⁵ MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

De otro lado, la sentencia C-271 de 2003³⁶ que consagra como nulo el matrimonio cuando uno de los cónyuges ha matado al otro, la Corte dijo que esta disposición era válida en el entendido que es nulo el matrimonio por el cual se realizó el homicidio, y no todos los matrimonios futuros del conyugida pues ello sería una consecuencia civil perpetua derivada del delito:

Finalmente, en lo que toca con **la prohibición constitucional de imponer penas y sanciones perpetuas**, consagrada en el artículo 34 de la Carta, habrá de señalarse que su objetivo específico es establecer “una verdadera interdicción al exceso punitivo, en aras de salvaguardar el principio del Estado social de derecho que nos rige, el valor de la justicia, la dignidad humana y los principios de legalidad, culpabilidad, prescriptibilidad, razonabilidad y proporcionalidad de la pena que gobiernan el sistema de derecho sancionatorio diseñado por el constituyente del 91, los cuales propugnan por que no existan en el orden jurídico sanciones eternas y manifiestamente desproporcionadas con la reprochabilidad que se endilga al autor del comportamiento ilegítimo”. (negritas originales)

En esta decisión la Corte liga esta prohibición constitucional con el principio de dignidad humana de manera directa:

Entonces, la decisión política de fijar sanciones perpetuas (CP art. 34) [sic], como consecuencia de la comisión de un delito o de haber incurrido en un comportamiento jurídicamente reprochable, constituyen sin lugar a dudas límites materiales que la Constitución fija a la autonomía legislativa en materia de política criminal o sancionatoria, y que tienen como propósito, acorde con la filosofía humanista que inspira la construcción del Estado social de derecho, salvaguardar la dignidad de la persona y permitir que el responsable de una conducta antisocial y merecedor de la respectiva sanción, tenga la oportunidad de rehabilitarse y reincorporarse a la sociedad en algún momento de su vida, permitiéndole además que pueda aspirar a realizarse como persona y a ejercer efectivamente los derechos que le son reconocidos por el ordenamiento jurídico.

En otras ocasiones en que se le propone a la Corte el debate en los términos de estas prohibiciones expresas, ella ha preferido resolverlos por vía de proporcionalidad, porque ha encontrado que al pugnar con otros derechos constitucionales, la violación a la constitución no se presenta de manera manifiesta³⁷.

³⁶ MP. Rodrigo Escobar Gil.

³⁷ Como pasó, por ejemplo, con la sentencia que definió la inconstitucionalidad de la transmisión televisada de fotos de los condenados por delitos sexuales contra menores, sentencia de la que se hablará más adelante.

ii. Prohibición de destierro (CP art. 34)

Respecto a la clase de penas que le están prohibidas adoptar al legislador, está la pena de destierro. Esta prohibición se ha aducido en múltiples ocasiones para solicitar la inconstitucionalidad de normas, pero finalmente la Corte ha desestimado los argumentos referidos a ella porque asegura que el alcance que le dan los accionantes es ajeno a la Carta Política; así tratándose incluso de prohibiciones expresas de la Constitución, ha sido labor de la Corte Constitucional determinar sus alcances y consecuencias.

Como muestra de lo anterior en la sentencia C-042 de 2002³⁸, en la que se demandaba el numeral 7° del artículo 43 de la Ley 599 de 2000, que consagra la pena accesoria que prohíbe acudir a ciertos lugares o residir en ellos, la Corte advirtió que:

La Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de realizar una delimitación del concepto de pena de destierro. Al respecto ha señalado que la prohibición contenida en el artículo 34 constitucional se refiere únicamente a la expulsión del país del cual se es nacional, mas no a la restricción de residencia en determinado lugar del mismo.

En esta sentencia, la Corte elabora una línea jurisprudencial conformada por las sentencias T-523/97, C-110/00 y C-046/01, para insistir en que el concepto de destierro está delimitado a la expulsión o prohibición de entrada al territorio nacional, pena generalmente relacionado con la comisión de delitos políticos.

Así mismo argumentó en la sentencia C-046-01³⁹, en donde se impugnaba el artículo 204 del Código nacional de policía, que establecía la competencia de los comandantes de estación y subestación para exigir promesa de residir en otras zonas o barrios a determinados contraventores del reglamento de policía. En esa ocasión la Corte citó la decisión tomada en la sentencia C-110/00 para asumir que esta sanción debía entenderse no como destierro sino como cambio obligatorio de residencia. Así desestima la Corte este cargo, aunque declara inexecutable la norma por considerar que al no existir un límite temporal para la sanción, la disposición contraríaba la proscripción de penas imprescriptibles, prohibición constitucional que se analizará posteriormente.

iii. Prohibición de detención, prisión o arresto por deudas (CP art. 28).

³⁸ MP. Marco Monroy Cabra.

³⁹ MP. Álvaro Tafur Galvis.

Sobre la prohibición de imponer penas por deudas también ha entrado la Corte a definir el contenido de la expresión “deudas”, señalando que no responden a cualquier crédito, sino que la prohibición rige sólo tratándose de créditos civiles.

Al respecto, y ante la argumentación de accionantes que veían una violación a la prohibición antedicha, la sentencia C-194 de 2005⁴⁰ que analizó los artículos 4º y 5º (parcial) de la Ley 890 de 2004 que establecen como requisitos para conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la libertad condicional, el pago total de la multa, dijo que:

Sin embargo, atendiendo a la naturaleza sancionatoria de la multa, la jurisprudencia ha entendido que aquella no configura una “*deuda*” en el mismo sentido en que lo son los créditos civiles. Y es que no existe razón alguna para considerar que, como en ambos casos el medio liberatorio de la obligación es el dinero, la naturaleza jurídica de los créditos sea la misma. Ciertamente, el origen de la multa es el comportamiento delictual del individuo, no su capacidad transaccional, y su finalidad no es el enriquecimiento del erario, sino la represión de la conducta socialmente reprochable. Más aún, la multa no es una carga pecuniaria de naturaleza resarcitoria que persiga reparar el daño provocado por el delito. Como consecuencia de su índole sancionatoria, la multa no es apta de modificarse o extinguirse por muchas de las formas en que lo hacen los créditos civiles. En este contexto, la multa no es susceptible de conciliación, no puede compensarse y, mucho menos, puede extinguirse mediante el fenómeno de la confusión. No está en poder del sujeto pasivo la transacción del monto de la misma o la posibilidad de negociar su imposición, así como no podría éste -pese a una eventual aquiescencia del Estado- ceder su crédito a un particular distinto, pues la finalidad de la multa es la de castigar al infractor de la ley.

Y tan cierto es que la multa no es una deuda que la Corte Constitucional, al definir el alcance del artículo 28 de la Constitución Política, ha señalado que cuando la Carta prescribe que “*en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas*”, aquella lo hace en relación con los créditos civiles y no con los que dimanen de la conducta delictiva del individuo, por lo cual es perfectamente posible que la multa se convierta en arresto o, lo que es lo mismo, que el derecho a la libertad personal se vea condicionado por el cumplimiento de la obligación dineraria constitutiva de multa.

Como puede inferirse de la cita, en esa oportunidad la Corte declaró ajustadas a la constitución esas disposiciones, definiendo el alcance de la expresión “deudas” del artículo 38 constitucional.

⁴⁰ MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

iv. Prohibición de penas y medidas de seguridad imprescriptibles (CP art. 28).

Como una garantía del respeto a la Dignidad Humana de las personas condenadas penalmente, la Carta Política se encargó de prohibir expresamente las penas y las medidas de seguridad imprescriptibles. La prescripción de las penas y las medidas de seguridad garantizan que el poder de punición del Estado no es atemporal, sino que debe estar sujeto a límites temporales.

Al ser una disposición constitucional explícita, la Corte Constitucional se ha pronunciado cuando una consagración normativa es directamente contraria al precepto constitucional⁴¹ sin elaborar mayores argumentaciones, bastándole contrastar la norma con la proscripción constitucional. En otros casos la Corte ha ahondado en la interpretación de lo que implica una pena, la definición de prescriptibilidad de la misma, y el alcance de la prohibición constitucional⁴².

En la sentencia C-046 de 2001 que declaró inexecutable la norma que establecía la competencia de los comandantes de estación y subestación para exigir promesa de residir en otras zonas o barrios a determinados contraventores; por considerar que al no existir un límite temporal para la sanción la Corte señaló que esa medida sancionatoria se convertía en imprescriptible:

En el presente caso, los supuestos de derecho son exactamente los mismos, por tratarse de los numerales restantes de la misma disposición analizada en la Sentencia C-110 de 2000, y los cuales conllevan la posibilidad de imponer la misma medida correctiva sin límite en el tiempo.

Por lo tanto y sin que sea necesario entrar en otros considerandos, por este solo aspecto, la norma atacada debe ser declarada inconstitucional y así se decidirá.

⁴¹ Ver por ejemplo la sentencia C- 176 de 1993, MP. Alejandro Martínez Caballero, en donde la Corte declara inexecutable la duración indeterminada de las medidas de seguridad, así como el establecimiento de un mínimo de 2 años de internamiento en centros de rehabilitación para los inimputables por contrariar directamente la prohibición del artículo 28 constitucional.

⁴² No es este el espacio para desarrollarlo pero valga la referencia a la discusión que se da sobre si la prohibición de imprescriptibilidad como garantía recae sobre la acción penal o sobre las penas. Sobre todo en el marco del llamado Derecho Penal Internacional se da esta discusión pues se ha entendido que la prescripción es una garantía para el condenado cuando cubre la acción penal, es decir la posibilidad de persecución penal; en cambio se ve en ello una afrenta a los derechos de justicia, verdad y garantías de no repetición de las víctimas de los delitos, especialmente de los que constituyen crímenes de lesa humanidad, o son fruto de ataques sistemáticos. Para ahondar en estas discusiones ver, entre otros: Medina Otazu, Augusto. "La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y las obligaciones del Estado Peruano con la Comunidad Internacional, recurso electrónico disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/01122010/doctrina06.pdf>, consultado el 31 de agosto de 2012, y Rojas Escobar, Laura, "El principio de integración de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el código penal colombiano", en: Nuevo Foro Penal número 76, enero-junio 2011, Universidad EAFIT, Medellín. Pp. 150-198.

La sentencia C-1080 de 2002⁴³, que declaró exequibles las agravantes para delitos relacionados con el narcotráfico, reitero que:

En el mismo sentido la Corporación ha dicho que la “dosimetría penal” es un asunto librado a la competencia del Legislador que tiene relevancia constitucional únicamente cuando el legislador incurre en un exceso punitivo proscrito por la Constitución.

Y que,

[...] el hecho de que la pena a imponer en estos casos sea única -es decir el máximo fijado en la ley- no puede entenderse como una indeterminación de la pena aplicable sino por el contrario la determinación clara por el Legislador del *quantum* imponible.

Al igual que aquí, la sentencia C-173 de 2001, también reitera la competencia del legislador al momento de establecer el *quantum* de las penas.

De la misma manera, la sentencia C-230 de 2003⁴⁴ que declaró condicionalmente exequible la prohibición de los condenados que están purgando pena a ser testigos en testamento solemne, estableció que:

Cosa distinta es que, luego de expirada la pena, incluida la consecuencia de carácter civil de no poder actuar como testigo durante la vigencia de la misma, pudiera prolongarse ésta última de manera indefinida y durante el resto de la vida de quien fue condenado por la jurisdicción penal, estableciendo para él una inhabilidad perpetua para actuar como testigo en un testamento solemne. Ello resultaría contrario a la Carta Política por cuanto significaría una privación indefinida de la plena capacidad civil, sin una causa constitucionalmente admisible para ello, por una parte; y, por otra, llevaría al prejuzgamiento de la conducta futura de quien fue condenado a tal punto que en razón de este hecho se supondría una actuación suya contraria a derecho a su actuar como posible testigo de ese acto jurídico solemne, lo que resulta extraño a nuestro ordenamiento jurídico. Así, se disminuiría entonces de manera ostensible el derecho de los individuos de la especie humana a la personalidad jurídica plena, para dar cabida a una *capitis diminutio* (art. 14 de la Constitución), ya superada por la humanidad y, además, llevaría a la conclusión de que en razón de haber sido condenado alguien, sus actuaciones futuras serían contrarias a la buena fe que la Constitución Política exige a los particulares en el artículo 83.

⁴³ MP. Álvaro Tafúr Galvis.

⁴⁴ MP. Alfredo Beltrán Sierra.

Reitera entonces la Corte la prohibición de penas imprescriptibles, así como de las consecuencias derivadas de la comisión de un delito.

2.2 PROHIBICIÓN DE INSTRUMENTALIZACIÓN DE LOS INDIVIDUOS.

i. Derecho penal de acto, principio de culpabilidad, y proscripción de medidas tendientes a perfeccionar los individuos.

En la sentencia C- 040 de 2006⁴⁵, la Corte resolvió la demanda en contra del artículo 1 del decreto 1136 de 1990, que establecía que quien ejerciera la mendicidad sería recluido en hospital, asilo, clínica u otro establecimiento público adecuado; los demandantes consideraron que esa disposición vulneraba la dignidad humana en su contenido de autonomía individual, pues a juicio de ellos, en ejercicio de la autonomía y del libre desarrollo de la personalidad cada individuo está facultado a ejercer la mendicidad si así lo desea. La Corte Constitucional acoge los argumentos de los accionantes señalando que en un Estado social de derecho que reconoce el pluralismo, imponer un determinado modelo de vida buena o virtud no se aviene con la carta política:

Así las cosas, las medidas de protección pierden toda legitimidad constitucional cuando se convierten en políticas "perfeccionistas", esto es, "en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona, fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico".

Máxime si la medida se asume como medida de protección social, sin que exista un tipo penal que prohíba la mendicidad.

Así mismo en la sentencia C-179 de 2007⁴⁶ se analizaron los artículos 22 y 23 del Código Nacional de Policía, que señalaba que para adoptar medidas correccionales se debía analizar la personalidad del transgresor. En esta oportunidad la Corte declaró inexecutable la expresión referida al análisis de la personalidad del agresor, pues recordó que en virtud de la dignidad humana al legislador penal se le prohíbe adoptar sanciones que desconozcan el derecho penal de acto:

En efecto, nadie podrá ser sancionado por su ser o por sus condiciones psicofísicas, su carácter, su temperamento, o sus sentimientos, considerando que estas condiciones lo hacen peligroso

⁴⁵ MP. Jaime Araújo Rentería.

⁴⁶ MP. Clara Inés Vargas Hernández.

para la sociedad, sino por la conducta cometida, es decir, por el acto externo realizado libre y conscientemente establecidas previamente en la ley como contrarias a bienes fundamentales de la sociedad y de sus miembros, para la cual se ha establecido una sanción. Además, la expresión la personalidad del trasgresor simplemente apreciada es vaga e indeterminada. Cabe recordar, que uno de los principios constitucionales mínimos que han de gobernar el poder de policía en un Estado democrático de derecho, de conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es el principio de legalidad. Aun cuando en el caso de la norma acusada no se trata de la tipificación de determinada conducta susceptible de ser sancionada con la correspondiente medida correctiva, se trata, sin embargo, de establecer los criterios con base en los cuales habrá de aplicarse medida correctiva, que bien puede comportar una restricción de la libertad personal, los cuales no deben estar ajenos a la previa determinación, a fin de que se puedan conocer de antemano los factores que han de incidir en la aplicación de una medida correctiva, sin que nada quede librado a la indeterminación. Si bien el juicio de constitucionalidad no recae en este caso sobre normas de naturaleza penal sino correccional, y no obstante que la Corte ha reiterado que el principio de legalidad ha de aplicarse en forma mucho más estricta en el campo del derecho penal que en el disciplinario y en el correccional.

En la sentencia C-226 de 2002⁴⁷ se demandó la norma del Código Penal que derogó los tipos penales de bigamia y matrimonio ilegal. El actor consideraba que se vulneraba el principio de dignidad humana al desprotegerse la familia. La Corte por el contrario señaló que en sede constitucional no podía debatir los criterios de política criminal, sino sólo hacer juicios de proporcionalidad, y de respeto por los derechos fundamentales, así manifestó que:

[...] como consecuencia del reconocimiento de la dignidad humana (CP art 1º), la Carta proscribía la responsabilidad penal objetiva, y prevé un derecho penal de acto y no de autor. En efecto, con claridad el artículo 29 superior establece que no puede haber delito sin conducta, al establecer que "*nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.*" [énfasis de la Corte]

La sentencia C-355 de 2006⁴⁸ que declaró la constitucionalidad del artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada,

⁴⁷ MP. Álvaro Tafur Galvis.

⁴⁸ MP. Jaime Araújo, Clara Inés Vargas.

constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto; analizó ampliamente cómo la dignidad humana comprendía la autonomía de los individuos, la proscripción de adoptar medidas perfeccionistas, o modos de vida deseables. En esta sentencia -polémica por cuanto trató un tema de debate en el país como lo es el aborto- la Corte adscribió al contenido de la Dignidad Humana el libre desarrollo de la personalidad, la salud, las condiciones mínimas de existencia material, y los elementos externos del individuo –no materiales- que le permiten tener una vida deseable. En esa ocasión la Corte dijo:

En primer lugar, la medida legislativa de derecho penal no puede suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego, no puede ser, por ejemplo, una medida perfeccionista por medio de la cual se pretenda imponer un determinado modelo de conducta a los asociados, tampoco puede suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección.

A esta posición arriba después de recapitular las consecuencias de adoptar un modelo de Estado como el social de derecho, que implica asumir al individuo como prioridad, y sujeto autónomo. Pese a las discrepancias que se presentaron en esa oportunidad (dos salvamentos de voto y dos aclaraciones), la Corte optó por elegir la autonomía como fundamento de la dignidad humana para despenalizar el aborto en las situaciones antedichas, aun cuando expresamente manifiesta que la protección de la vida también tiene su respaldo en el principio de dignidad humana.

Otra dimensión que ha derivado la Corte del principio de dignidad humana, que limita la potestad legislativa en materia penal es el principio de culpabilidad, en cuanto proscribire la responsabilidad objetiva, y lleva aparejada la asunción de un derecho penal de acto.

En la sentencia C-370 de 2002⁴⁹ que analizó la inimputabilidad por diversidad sociocultural y sus consecuencias, declarando inconstitucional que la reintegración al medio sociocultural del procesado sea una medida de seguridad, y deba imponerse por un tiempo mínimo; la Corte advirtió que las normas además de tener un exceso inaceptable, desconocían el derecho penal de acto, el que manda que las penas o medidas de seguridad se establezcan en virtud de actos de la persona, pues la inimputabilidad por diversidad sociocultural no es un acto sino una

⁴⁹ MP. Eduardo Montealegre Lynett.

condición, siendo la respectiva comunidad la que juzgará si el individuo cometió o no un acto lesivo:

En varias oportunidades, la Corte ha resaltado que, como consecuencia del reconocimiento de la dignidad humana (CP art 1º), la Carta proscribiera la responsabilidad penal objetiva, y prevé un derecho penal de acto y no de autor. En efecto, con claridad el artículo 29 superior establece que no puede haber delito sin conducta, al señalar que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa". [subrayas de la Corte]

En la sentencia C-062 de 2005⁵⁰ que analizaba la demanda contra el artículo 63 –parcial- del Decreto- ley 522 de 1971, que aumentaba la sanción para los contraventores reincidentes, ante la afirmación de los demandantes que la norma imponía una pena por la personalidad del sujeto y no por sus actos la Corte dijo:

Es claro que en la norma acusada, la sanción no se impone por la simple personalidad del agente, es decir por la posibilidad de comisión de una infracción, lo cual resultaría contrario al artículo 29 de la Carta que exige la definición previa por la ley de los hechos ilícitos por los cuales se imponga una pena y la conducta positiva en su realización. Aquí no se exime a la ley de la tipificación de las contravenciones. A nadie se autoriza sancionar sin la comisión del hecho previamente definido por la ley como contravencional. Al contrario, expresamente se exige la existencia del acto y su imputación a una persona determinada. Lo que señala la norma es que si alguien previamente sancionado por un acto contravencional incurre posteriormente en una "nueva contravención", es decir, en un segundo acto cuya comisión ocurre antes de transcurridos dos años de ejecutoriada la condena por el primero, esa circunstancia será tomada en cuenta como agravante de la sanción para aumentarla "en una cuarta parte para la primera reincidencia y en una tercera parte para las demás".

Pero la demanda misma es muestra de que el debate sobre la reincidencia como criterio para aumentar penas, no es pacífico, y hay quienes sostienen que el uso de esta figura constituye una prohibición de establecer un derecho penal de autor.

Como colofón de este apartado puede decirse que, en términos generales, la culpabilidad de las personas se erige en límite a la hora de imponer un *quantum* de pena, o de establecer un tipo

⁵⁰ MP. Gerardo Monroy Cabra.

penal. Al igual que sólo pueden prohibirse conductas que expresen más allá del fuero interno de la persona y lo que ella es, y que –como veremos enseguida- se encamine a proteger bienes jurídicos constitucionalmente relevantes.

ii. Principio de antijuridicidad material (protección de bienes jurídicos), y *ultima ratio* en el derecho penal.

La sentencia C-062 de 2008⁵¹ que declaró la inconstitucionalidad de la norma del *Código de la Infancia y la Adolescencia* que establecía la posibilidad de que las fotos de las personas condenadas por delitos sexuales contra menores de edad aparecieran en mensajes televisados, basó su argumentación en la violación al principio de proporcionalidad de la sanción, señalando que si bien los bienes jurídicos que se intentan proteger con las normas obedecen a fines legítimos, la medida era inidónea, pues partía del supuesto que la medida garantizaría una prevención general, lo que la Corte consideró un presupuesto que instrumentaliza al individuo, y que no puede admitirse ni siquiera con el pretexto de proteger bienes jurídicos valiosos:

La **desproporción** es todavía más palmaria al advertir, como lo plantea la actora, que con la aplicación de esta medida el delincuente esté siendo utilizado por el Estado para crear temor, lo cual agrede de modo adicional, innecesario y poco útil, e implica una invasión a la órbita interna, además de utilización del individuo, inadmisibles frente a la persona humana, así se parta de la altísima gravedad de la acción perpetrada. [negrilla original]

Así, el principio de lesividad no sólo es un requisito para la constitucionalidad de las normas penales, sino que aún respetándose, no puede fundamentar medidas desproporcionadas o que vulneren derechos fundamentales so pretexto de proteger otros de menor valor, o en menor medida.

La sentencia C-420 de 2002⁵², ofrece un interesante debate sobre el principio de antijuridicidad material. Allí se discutía la exequibilidad de los artículos 32 a 46 de la ley 30 de 1986, que penalizaban una serie de conductas relacionadas con la producción, porte y comercialización de estupefacientes, y se impugnaba también el artículo 6 del decreto 1856 de 1989, relativo al testaferrato. En esa sentencia el actor a la vez que señalaba la inocuidad de las conductas demandadas, atacaba la política criminal que en materia de narcotráfico adoptó el legislador, o por lo menos así lo interpretó la Corte quien reiteró que no le compete a la Corte determinar si el

⁵¹ MP. Nilson Pinilla Pinilla.

⁵² Jaime Córdoba Triviño.

modelo político-criminal adoptado por el legislador es adecuado o no, pues entiende que en la Carta Política no hay un modelo de política criminal fijado de antemano, y que en el caso concreto las normas demandadas sobrepasaban la esfera de lo individual para vulnerar bienes no disponibles por los sujetos:

Luego, es claro que los bienes jurídicos protegidos por el tráfico de estupefacientes son de naturaleza colectiva, indisponibles por personas individualmente consideradas y, en consecuencia, no susceptibles de exonerar de responsabilidad penal por el consentimiento de la víctima. Ante ello, carece de sentido afirmar que las normas legales que tipifican el tráfico de estupefacientes son inexequibles por desconocer el carácter disponible de bienes jurídicos desprovistos de ese carácter, mucho más si frente a la Carta es legítima aún la penalización de conductas que atentan contra bienes jurídicos disponibles.

Esto, señala a continuación, no implica la instrumentalización del ser humano, pues parte no de lo que es, sino de lo que hace: de la afectación que a determinados bienes jurídicos produce su conducta, al respecto:

Este modelo de imputación es compatible con el constitucionalismo: en el Estado constitucional de derecho se parte de la consideración del ser humano como un ser digno, como un ser cuya instrumentalización, indistintamente de la naturaleza de los fines que se esgriman, está vedada. Pero al reconocimiento de esa dignidad es consustancial una cláusula general de libertad: no se es digno ni en la esclavitud, ni en el autoritarismo, ni al abrigo de un mal entendido paternalismo. No obstante, esa cláusula general de libertad no implica el reconocimiento de atribuciones ilimitadas. Ella tiene como barrera el límite impuesto por los derechos de los demás y el orden jurídico. De allí que el ejercicio responsable de la libertad implique no afectar derechos ajenos y, al tiempo, no desconocer la capacidad reguladora del derecho, como instrumento de vida civilizada, en todo aquello que trascienda el ámbito interno de la persona.

En la sentencia C-468 de 2009⁵³, que declaró inconstitucional la expresión “menor de 12 años” en lo relativo al delito de abandono de menores, la Corte manifestó que:

[...] Estado Social de Derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de privilegio en el orden jurídico, los valores, principios y derechos fundamentales se constituyen en límites sustantivos del poder punitivo del Estado -produciendo el efecto de racionalizar el ejercicio de tal potestad-, por lo que “[s]ólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento”. [cita la Corte la sentencia 070 de 1996]

⁵³ MP. Gabriel Eduardo Mendoza.

Por ello, asumió que se violaba el principio de dignidad humana al desconocer que los menores de 18 años y mayores de 12 son susceptibles de ser abandonados.

En la sentencia C-489 de 2002⁵⁴ que declaró la constitucionalidad de la procedencia de la extinción de la acción penal cuando en los delitos de injuria y calumnia haya retractación, además de realizar un juicio de proporcionalidad y de fijar como límite para el legislador la necesidad de la pena, estableció frente al principio de lesividad que:

Esta solución, en cuanto que descarta la instrumentalización del sujeto a los fines de la prevención general, se inscribe dentro de una concepción humanista del derecho penal, que encuentra claro arraigo en el preámbulo de la Constitución, así como en su artículo 1º, en cuanto que allí se proclama la dignidad de la persona humana como basamento de todo el ordenamiento jurídico del Estado.

En la revisión del Decreto No. 1900 del 23 de Agosto de 2002, que penalizaba los daños a la infraestructura, el hurto de hidrocarburos, marcadores, detectores o reveladores, el contrabando de hidrocarburos, el favorecimiento a las anteriores acciones, y disponía el destino de los bienes incautados por estas actividades, la Corte en sentencia C-939 de 2002⁵⁵, frente al principio de antijuridicidad material y prohibición de instrumentalización estableció que:

En un Estado Social y Democrático de Derecho, la pena tiene legitimidad material (entre otros presupuestos) (i) si está orientada a salvaguardar intereses y valores reconocidos constitucionalmente, (ii) si es un instrumento adecuado y constitucional en sí mismo para conseguirlo y (iii) si existe una desproporción entre los derechos constitucionales que restringe y los que trata de proteger con su aplicación. Esto significa que, *la prevención general de delitos que se trata de evitar con la imposición de una pena, debe ser necesaria para la protección de bienes jurídicos*; es decir, debe buscar efectos reales (se trata de un derecho penal orientado a las consecuencias) y no meramente simbólicos en la protección de las relaciones fundamentales de la sociedad. Además, que la prevención general no puede convertirse en un instrumento de terror penal a través de la exasperación y exacerbación del régimen punitivo, sin criterios de proporcionalidad.

En esta decisión la Corte, al analizar los tipos penales y las penas a imponer, realizó también un juicio de proporcionalidad, y determinó que el ejecutivo –con sus facultades excepcionales de legislar- se había excedido, traspasando los límites que incluso al legislador ordinario se le imponen, por ello retiró el decreto del ordenamiento jurídico.

⁵⁴ MP. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁵ MP. Eduardo Montealegre Lynett.

2.3. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO PROHIBICIÓN DE EXCESO.

El principio de proporcionalidad como límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal, se entiende como un recurso o herramienta metodológica para solucionar casos en donde pugnan derechos fundamentales y normas generales⁵⁶, pues se entiende que las normas penales siempre restringen derechos fundamentales, así lo señala Bernal Pulido:

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha admitido que toda ley penal es una intervención en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que toda pena es una intervención en la libertad personal o en el derecho que resulte afectado –la propiedad por ejemplo, si se trata de una multa-, y que es función de la Corte Constitucional llevar a cabo un control de constitucionalidad efectivo de estas intervenciones para establecer su legitimidad y proporcionalidad. (pág. 125)

El mencionado autor destaca que este principio se caracteriza por no excluir ninguna disposición, sino que todas las premisas enfrentadas en los *casos difíciles* se toman en cuenta para llegar a una conclusión que efectivice una inmediatamente, y deje en suspenso la aplicación de la otra disposición, que no sale del ordenamiento jurídico⁵⁷. Las prohibiciones expresas del constituyente son “casos fáciles”, pues según este autor, ellas atan al legislador y a los jueces, pero existen otras situaciones donde esos límites al legislador son más difusos, y debe aplicarse la proporcionalidad como método de ponderación.

El principio de proporcionalidad según la doctrina penal alemana⁵⁸ no sólo abarcaría la prohibición de exceso, o límites al legislador por excederse legislando, sino también la prohibición de infra-protección o un mandato de criminalización para la protección de bienes jurídicos. En este texto se sigue a Gloria Lopera, en tanto ella afirma que la única interpretación válida de este principio en nuestro contexto, es desde el acotamiento del derecho penal, y la necesidad de limitarlo. Así, la proporcionalidad desde la prohibición de exceso tiene tres componentes: a. un juicio de idoneidad del medio con relación al fin perseguido -que debe ser un fin constitucional, como es la protección de bienes jurídicos-. La idoneidad del medio elegido –la tipificación y la pena en concreto, responde a la búsqueda de un medio menos dañoso que el

⁵⁶ Bernal Pulido, Carlos; “El principio de proporcionalidad en materia penal”, en: *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicabilidad de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 115-146.

⁵⁷ Bernal Pulido, Carlos; *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pág. 557.

⁵⁸ Lopera Mesa, Gloria Patricia. “El principio de proporcionalidad en el control constitucional de las leyes penales sustantivas. (Una aproximación a su empleo en la jurisprudencia de la corte constitucional)”. *Nuevo Foro Penal*. n° 67; enero-junio de 2005, pp. 13-63.

derecho penal, según el principio de humanidad de las penas, lo que implica problematizar el tipo y la cuantía de las sanciones:

De ahí que la creación de leyes penales que excedan las capacidades reales para su ejecución debe tener relevancia en el juicio de constitucionalidad de la ley, porque se traduce en una potencial afectación de derechos fundamentales⁵⁹.

b. Un juicio de necesidad que implica argumentar el porqué se descartan medios alternativos al derecho penal; y c. Un juicio de proporcionalidad en sentido estricto o un ejercicio de ponderación.

El desarrollo jurisprudencial completo de este principio en materia penal se inicia en Colombia con la sentencia C-070 de 1996⁶⁰, que analizaba un incremento punitivo si los delitos contra el patrimonio económico se realizaban por un valor superior a cien mil pesos, suma que a la fecha de la sentencia no representaba un valor alto. Así, al analizar las consecuencias penales de la desvalorización del dinero, la Corte realiza un juicio de proporcionalidad entre el daño social y la sanción estableciendo que:

El Estado Social de derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden, sustrae del amplio margen de libertad legislativa para la configuración del ordenamiento penal, la facultad de fijar cualquier pena con independencia de la gravedad del hecho punible y su incidencia sobre los bienes jurídicos tutelados. El Constituyente erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio. Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento.

En esta sentencia se adoptan los sub-principios de idoneidad, necesidad y ponderación, además se señala que el principio de proporcionalidad se deriva de la Dignidad Humana, y cobija otros principios como la antijuridicidad, la culpabilidad, entre otros:

Sin necesidad de elevar el principio de antijuridicidad (Código Penal, art. 4) al rango de principio supralegal, bien puede afirmarse que éste tiene su corolario constitucional en el principio de proporcionalidad o 'prohibición de exceso', deducido jurisprudencialmente de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones

⁵⁹ *Ibíd.*, pág. 54.

⁶⁰ MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales).

La citada sentencia C-042 de 2004, también se refiere a este principio señalando que el legislador,

[...] si bien puede restringir determinados derechos fundamentales en virtud de la imposición de las penas, dado que su naturaleza no es absoluta, no puede hacerlo de manera desproporcionada o irrazonable ni suspenderlos de manera plena.

Las referenciadas sentencias C-046 de 2001, C-062 de 2005, C-238 de 2005 y C-226 de 2002 acogen este principio, y en la sentencia C-226 la Corte establece como límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal, este principio:

El ámbito de control en esta sede, se reduce entonces a realizar un juicio de proporcionalidad respecto del ejercicio de la potestad de configuración del Legislador en materia punitiva.

La sentencia C-205 de 2003, que analizó la penalización del comercio de autopartes usadas cuando no se demuestre su procedencia legal, advirtió que:

[...] es menester que el ejercicio de un control constitucional efectivo en estos casos vaya más allá de dejar sin efecto normas penales manifiestamente irrazonables o arbitrarias, abarcando también un examen detenido sobre la proporcionalidad que ofrece cada una de estas medidas, ya que, siguiendo a Ferrajoli *"la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos"*, y en consecuencia, *"el principio de necesidad exige que se recurra a ella sólo como remedio extremo"*, es decir, *nullum crimen sine necessitate*."

En esa misma oportunidad señaló:

La Corte también ha sido constante en afirmar que el legislador debe respetar el principio de proporcionalidad, el cual emana del principio del Estado Social de Derecho y del respeto por la dignidad humana y por lo tanto es de rango constitucional y concreta el principio de ponderación de bienes en el sentido de una prohibición de exceso. En palabras de Roxin *"los daños y peligros que parten del autor deben soportarse, a pesar del interés preventivo en evitarlos, cuando son menores que la pérdida de libertad que conllevaría la medida para el implicado"*.

Así, la discusión del principio de proporcionalidad en materia penal tiene que ver con los límites que los derechos fundamentales le imponen a la competencia genérica del legislador en materia penal.

La sentencia C-312 de 2002⁶¹, vincula el principio de proporcionalidad con el de necesidad, y este con el de utilidad:

El principio de necesidad lleva a suponer que si la pena es la *última ratio* de la actividad estatal, este instrumento de protección debe ser útil. De lo contrario, sería suficiente con acudir a otros tipos de instrumentos jurídicos e incluso de sanciones no tan drásticas como la pena.

Dentro de un sistema jurídico estructurado a partir de la dignidad del individuo, la pena es un mecanismo utilitarista de naturaleza excepcional, que se justifica en la necesidad de lograr determinado objetivo u objetivos, los cuales difieren dependiendo del énfasis teórico que adopte la política criminal del Estado. Por otra parte, teniendo en cuenta que es un mecanismo que implica importantes restricciones de ciertos derechos fundamentales, la pena debe ser proporcional aun cuando sea necesaria para proteger ciertos bienes jurídicos o valores constitucionales. Es decir, tanto el tiempo como las condiciones en las que se cumple la pena deben ser proporcionales, dependiendo de la ponderación entre los diversos baremos considerados al establecer la dosimetría como parte de la política criminal del Estado.

En la sentencia C-318 de 2008⁶², que analizó el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, que excluía la procedencia de la sustitución de la detención preventiva cuando ella se diera por una serie de delitos, la Corte, dijo que no bastaban los requisitos objetivos para negar este beneficio y que debían analizarse circunstancias subjetivas que harían procedente la medida de sustitución, y para ello argumentó que las medidas penales estaba limitadas por los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Lo mismo se dijo en la sentencia C-329 de 2003, con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Gálvis, donde se analizó la constitucionalidad de la pena accesoria de inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas.

La señalada sentencia C-317 de 2002, utiliza este principio y lo adscribe al principio de dignidad humana, autonomía, lesividad, ultima ratio y necesidad:

Directamente ligado al principio de proporcionalidad, es claro que el Estado debe evitar la criminalización de conductas, cuando tenga otros medios menos lesivos que el derecho penal

⁶¹ MP. Rodrigo Escobar Gil.

⁶² MP. Jaime Córdoba Triviño.

para proteger los bienes jurídicos que pretende amparar. Y es que en un Estado social de derecho, fundado en la dignidad humana y en la libertad y autonomía de las personas (CP arts. 1º, 5º y 16) resulta desproporcionado que el Legislador opte por el medio más invasivo de la libertad personal, como es el derecho penal, cuando cuenta con instrumentos menos lesivos de estos derechos constitucionales, para amparar los mismos bienes jurídicos. El derecho penal en un Estado social de derecho está entonces también limitado por el principio de necesidad, pues tiene el carácter de *última ratio*. En consecuencia, resultan inconstitucionales aquellas penalizaciones que sean innecesarias.

Los mismos argumentos se señalan en la sentencia C-370 de 2002.

La sentencia C-247 de 2004⁶³, por la que se declara la inconstitucionalidad de la expresión “menores de 14 años”, como agravante de la inasistencia alimentaria, la Corte para fundamentar la ampliación del agravante dijo que:

En este sentido ha precisado la Corte que dicha competencia [del legislador en materia penal y penitenciaria], si bien es amplia, se encuentra necesariamente limitada por los principios constitucionales, y en particular por los principios de racionalidad y proporcionalidad a los que se ha referido igualmente de manera reiterada la jurisprudencia de esta Corporación.

Esta reiteración puede leerse en las sentencias C-417 de 2009⁶⁴, C-488 de 2009⁶⁵, C-551 de 2001⁶⁶, C-553 de 2001⁶⁷, C-575 de 2009⁶⁸, C-581 de 2001⁶⁹, C-622 de 2003⁷⁰, C-636 de 2009⁷¹, C-647 de 2001⁷², C-689 de 2002⁷³, C-762 de 2002⁷⁴, C-806 de 2002⁷⁵, C-897 de 2005⁷⁶, C-923 de 2005⁷⁷, y C-1112 de 2000⁷⁸, en donde se analiza el principio de proporcionalidad desde la prohibición de exceso, estableciendo que este principio limita al legislador y efectiviza derechos

⁶³ MP. Álvaro Tafur Galvis.

⁶⁴ MP. Juan Carlos Henao Pérez.

⁶⁵ MP. Jorge Iván Palacio.

⁶⁶ MP. Álvaro Tafur Galvis.

⁶⁷ MP. Jaime Araujo Rentería.

⁶⁸ MP. Humberto Sierra Porto.

⁶⁹ MP. Jaime Araujo Rentería.

⁷⁰ MP. Álvaro Tafur Galvis.

⁷¹ MP. Mauricio González Cuervo.

⁷² MP. Alfredo Beltrán Sierra.

⁷³ MP. Álvaro Tafur Galvis.

⁷⁴ MP. Rodrigo Escobar Gil.

⁷⁵ MP. Clara Inés Vargas.

⁷⁶ MP. Manuel Cepeda Espinosa.

⁷⁷ MP. Jaime Córdoba Triviño.

⁷⁸ MP. Carlos Gaviria Díaz.

fundamentales esenciales al Estado Social de Derecho, como la Dignidad humana. En estas sentencias se le exige al legislador que sus medidas sean razonables, y puedan superar los test de necesidad, idoneidad y ponderación entre daño a bien jurídico y pena.

CONCLUSIONES.

De lo arriba expuesto se puede concluir que si bien la Corte Constitucional reivindica que en un Estado de Derecho es el legislador el que tiene libertad de configuración en materia penal por estar revestido de la legitimidad democrática que garantiza su elección, existen límites a esa facultad de configuración legislativa. El principio de Dignidad Humana sería uno de ellos; abarcando un contenido explícito –las expresas prohibiciones constitucionales-, e implícito en nuestro ordenamiento jurídico.

El contenido o prohibiciones explícitas aunque parecen más simples de resolver en sede de controversia constitucional, pueden presentar problematizaciones en cuanto a la interpretación de algunos términos contenidos en ellas. Entre estas limitaciones expresas de la Constitución al poder punitivo del Estado tenemos la prohibición de la tortura; de los tratos crueles, inhumanos o degradantes; la prohibición de penas o medidas de seguridad imprescriptibles; la proscripción de la pena de muerte, de destierro, y de la prisión perpetua, así como de la prisión por deudas. Si en estos casos se han presentado discusiones sobre el alcance de las prohibiciones, ha sido la Corte quien ha delimitado el alcance de ellas (definiendo qué es destierro, que es una deuda, cuál es el alcance de la prescriptibilidad de las penas, entre otras definiciones); siendo la jurisprudencia constitucional entonces la que designa las barreras de contención al legislador en materia penal, específicamente en materia de dosificación punitiva y de aplicación de subrogados penales.

En segundo término se tiene que la Dignidad Humana como principio rector del derecho penal implica la prohibición de instrumentalizar a los individuos con el fin de perfeccionarlos, o de enviar mensajes a la sociedad, pues este principio es una afirmación de la autonomía de cada persona. Este límite al poder punitivo del Estado conlleva la afirmación de un derecho penal protector de bienes jurídicos (principio de lesividad), lo que implica un derecho penal de acto y no de meras intenciones o personalidades; un derecho penal que afirme el principio de culpabilidad (responsabilidad subjetiva) y no la mera responsabilidad objetiva o de resultado; y que sea

utilizado como último instrumento dentro del ordenamiento jurídico, esto es que se asuma al derecho penal como *ultima ratio*.

Por otro lado, los contenidos implícitos de la Dignidad Humana como límite al legislador penal constituyen los casos difíciles del control constitucional de normas penales, pues el ámbito de análisis crece en estos casos donde pugnan valores, garantías o derechos. Sobre todo para estos casos se ha utilizado el principio de proporcionalidad específicamente en la vertiente de *Prohibición de Exceso* en las tipificaciones y sanciones penales, así como en el tipo y la duración de las penas; aunque en el debate académico toma cada vez más fuerza el análisis del principio de proporcionalidad en materia penal como prohibición de infra-protección de bienes jurídicos, en una posición contraria a la expresada en este trabajo, que asume el derecho penal como algo indeseable que debe ser acotado.

Se tiene entonces que la Corte Constitucional sí ha utilizado el principio de Dignidad Humana como límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal a través de i. menciones genéricas a este principio y norma rectora, ii. La veeduría por el cumplimiento de las prohibiciones explícitas, y iii. Mediante juicios de proporcionalidad (en la vertiente de prohibición de exceso) de leyes penales.

Vale la pena destacar, finalmente, que el principio de Dignidad Humana asumido como límite al legislador penal retoma varias garantías del derecho penal garantista, pues afirma el principio de culpabilidad, de lesividad, el derecho penal de acto, la prohibición de penas imprescriptibles, entre otros principios del derecho penal que tradicionalmente se han asumido como derechos del imputado o condenado, como su *carta magna* frente al poder sancionador estatal. Mientras este principio siga asumiéndose así –como lo estipula el capítulo sobre normas rectoras del Código Penal-, como garantía, y no como un principio discutible que debe cobijar a todos los *intervenientes* del proceso penal (víctimas, ministerio público) el derecho penal garantista se afirmará, de lo contrario se estaría ante un uso de los principios clásicos del derecho penal con el fin de expandirlo, de ampliar más que delimitar su uso.

BIBLIOGRAFIA.

Bernal Pulido, Carlos; "El principio de proporcionalidad en materia penal", en: *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicabilidad de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 115-146.

_____. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 523-569.

Della Mirandola, Pico. *Oración por la dignidad humana*. Ediciones Opus Magnum. Bogotá. 2002.

De la Cuesta Arizmendi, J.L., "El principio de humanidad en derecho penal", en *Revista EGUZKILORE*, núm. 23, San Sebastián, España, Diciembre 2009, pp. 209-225

Fernández Carrasquilla, Juan; "El nuevo código penal y sus principios rectores", en: *Nuevo Foro Penal* N° 7, Medellín, 1980, pp. 115-129.

_____.; *Derecho penal liberal de hoy: introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

Ferrajoli, Luigi; *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*, Capítulo 7: "La pena. Cuándo y cómo castigar", Madrid, Ed. Trotta, 1995, pp. 353-457.

Gallego García, Gloria María: "Sobre el concepto y fundamento de la Dignidad Humana", en *Derecho penal liberal y dignidad humana*. Libro homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez. Velásquez V., Fernando (Coord.), Bogotá, Editorial Temis, 2005, pp. 247-271.

Hoerster, Norman; *En defensa del positivismo jurídico*, 2ª ed., Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 91-103.

Lopera Mesa, Gloria Patricia. "El principio de proporcionalidad en el control constitucional de las leyes penales sustantivas. (Una aproximación a su empleo en la jurisprudencia de la corte constitucional)". *Nuevo Foro Penal*. n° 67; enero-junio de 2005, pp. 13-63.

_____. *Principio de proporcionalidad y la ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*. España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

López Cuadrado, Zeneida. "El hombre frente al derecho penal en un Estado Social de Derecho", *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, N°16, v.II, 2001, pp. 144-161.

Lora del Toro, Pablo. *El desafío de los derechos humanos: cap. 3 "Las cuestiones fundamentales"*, Madrid, Alianza Editorial, 2006, pp.128-148.

Maihofer, Werner. *Estado de derecho y dignidad humana*. Traducción José Luis guzmán. Editorial BdeF. Montevideo- Buenos Aires. 2008.

Ramírez Villanueva, Gilberto; Meneses Cudriz, Carlos Eduardo. *Consideraciones sobre el principio de dignidad humana en el ámbito del derecho penal y del procedimiento penal acusatorio*, en: Revista *Vocatus*, Edición especial N° 14:, Universidad Libre - Seccional Barranquilla, 2010, pp. 89 – 105.

Rojas Escobar, Laura, "El principio de integración de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el código penal colombiano", en: Nuevo Foro Penal número 76, enero-junio 2011, Universidad EAFIT, Medellín. Pp. 150-198.

Sotomayor Acosta, Juan Oberto; "¿El Derecho penal garantista retirada?", en *Revista Penal*, núm. 21, Valencia, Wolters Kluwer España S.A, 2008, pp. 148-164.

Valbuena Cardona, Francisco, *La crisis del principio de culpabilidad y el libre albedrío*, Universidad de Antioquia, Monografía. 1989.

Zagrebelsky , Gustavo. *El derecho dúctil*. Editorial Trotta. 7a edición. Madrid, 2007.

JURISPRUDENCIA NACIONAL.

Corte Constitucional, sentencia C-040 de 2006, MP. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, sentencia C-042 de 2004, MP. Marco Gerardo Monroy C.

Corte Constitucional, sentencia C-046 de 2001, MP. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, sentencia C-061 de 2008, MP. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional, sentencia C-062 de 2005, MP. Marco Gerardo Monroy C.

Corte Constitucional, sentencia C-070 de 1996, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, sentencia C-173 de 2001, MP. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, sentencia C-176 de 1993, MP. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia C-177 de 2001, MP. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional, sentencia C-179 de 2007, MP. Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional, sentencia C-194 de 2005, MP. Marco Gerardo Monroy C.

Corte Constitucional, sentencia C-205 de 2003, MP. Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional, sentencia C-226 de 2002, MP. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, sentencia C-230 de 2003, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, sentencia C-238 de 2005, MP. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, sentencia C-247 de 2004, MP. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, sentencia C-271 de 2003, MP. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007, MP. Manuel José Cepeda E.

Corte Constitucional, sentencia C-312 de 2002, MP. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, sentencia C-317 de 2002, MP. Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional, sentencia C-318 de 2008, MP. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, sentencia C-329 de 2003, MP. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, sentencia C-355 d3 2003, MP. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2002, MP. Eduardo Montealegre L.

Corte Constitucional, sentencia C-393 de 2002, MP. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, sentencia C-417 de 2009, MP. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional, sentencia C-420 de 2002, MP. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, sentencia C-468 de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza.

Corte Constitucional, sentencia C-488 de 2009, MP. Jorge Iván Palacio.

Corte Constitucional, sentencia C-489 de 2002, MP. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, sentencia C-551 de 2001, MP. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, sentencia C-553 de 2001, MP. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional, sentencia C-575 de 2009, MP. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional, sentencia C-581 de 2001, MP. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional, sentencia C-622 de 2003, MP. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, sentencia C-636 de 2009, MP. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, sentencia C-647 de 2001, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, sentencia C-689 de 2002, MP. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, sentencia C-762 de 2002, MP. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, sentencia C-806 de 2002, MP. Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional, sentencia C-897 de 2005, MP. Manuel Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, sentencia C-923 de 2005, MP. Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional, sentencia C-939 de 2002, MP. Eduardo Montealegre L.

Corte Constitucional, sentencia C-1080 de 2002, MP. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, sentencia C-1112 de 2000, MP. Carlos Gaviria Díaz.