

Sentencia C-226/02

LEY-Interpretación, derogación y modificación/CONGRESO DE LA REPUBLICA-Potestad derogatoria de legislación existente

PRINCIPIO DEMOCRATICO Y SOBERANIA POPULAR-Potestad derogatoria de legislación existente

NORMA PRECEDENTE-Competencia del Congreso para derogación

PRINCIPIO DEMOCRATICO-Legislador actual y del mañana/LEY ACTUAL-No prohíbe derogación por un parlamento posterior/LEY-Derogatoria

LEY-Adaptación a las nuevas realidades históricas

CONGRESO DE LA REPUBLICA-Potestad derogatoria de legislación no es absoluta/LEY-Potestad de derogación no es absoluta/PRINCIPIO DE SOBERANIA PARLAMENTARIA-Inexistencia en nuestro ordenamiento/CONGRESO DE LA REPUBLICA-Sujeción a la Constitución/LEY-Derogación sujeta a la Constitución

En el constitucionalismo colombiano, la potestad derogatoria del Congreso, que es amplia y dinámica, no es absoluta, puesto que nuestro ordenamiento no establece el principio de soberanía parlamentaria, como si lo han hecho otros países, como Inglaterra. El Legislador se encuentra entonces vinculado a la Constitución, que es norma de normas, y por consiguiente, al derogar una disposición, debe respetar los preceptos constitucionales.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMA DEROGATORIA/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMA DEROGATORIA/NORMA DEROGATORIA ACUSADA-Modifican el ordenamiento jurídico

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE CLAUSULA DEROGATORIA

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMA DEROGATORIA-Procedencia/SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD DE NORMA DEROGATORIA-Efectos

Es procedente un control constitucional de las disposiciones derogatorias, no sólo por cuanto el Congreso, al ejercer esa potestad, debe acatar los mandatos constitucionales, sino además porque la declaración de inexecutable de una cláusula derogatoria tiene un efecto preciso, que consiste en reincorporar al ordenamiento aquellos contenidos normativos que habían sido derogados. Esta Corporación, en reiterada jurisprudencia y en armonía con una sólida tradición del derecho público colombiano, ha indicado que en principio la declaratoria de inexecutable de una norma, que había derogado o subrogado otras disposiciones, tiene como efecto revivir los artículos que habían perdido vigencia, como consecuencia de la cláusula derogatoria.

NORMA DEROGATORIA ACUSADA-Integral de estatuto anterior/NORMA DEROGATORIA GENERAL

NORMA DEROGATORIA GENERAL-Especificación

## BIGAMIA Y MATRIMONIO ILEGAL-Derogación

### CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA LEGISLATIVA-Alcance

La Corte ha sido enfática en reconocer el amplio margen con el que cuenta el legislador para el desarrollo de las políticas públicas en las diferentes materias sometidas a su regulación mediante leyes de la república. El ejercicio de dicha facultad genérica, tiene fundamento en la denominada cláusula general de competencia según la cual corresponde al órgano legislativo “hacer las leyes”, lo que a su vez comporta la posibilidad de interpretarlas, modificarlas y derogarlas.

### CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA LEGISLATIVA EN POLITICA CRIMINAL DEL ESTADO/CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA LEGISLATIVA EN CONDUCTA PUNIBLE

#### LEY PENAL-Representación popular en elaboración/LEY PENAL-Elaboración democrática

#### POLITICA CRIMINAL DEL ESTADO-Adopción de estrategias por legislador sujeta a Constitución/POLITICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL-Desarrollo legislativo

### CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL/PRINCIPIO DE REPRESENTACION POPULAR EN POLITICA CRIMINAL-Definición

#### PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL-Alcance

#### PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL-Descripciones legales claras

#### TIPO PENAL-Descripción legal clara

#### NORMA PENAL-Definición clara de hecho punible o sanción/NORMA PENAL-Inconstitucionalidad por no definición clara de hecho punible y sanción

#### NORMA PENAL-Inconstitucionalidad por no precisar con suficiente rigor penas impuestas

#### PRINCIPIO DE IGUALDAD EN PENA

### LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN DERECHO PENAL-Sujeción a la Constitución/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN DERECHO PENAL-Control de límites

El Legislador tiene un amplio margen de apreciación y una libertad de configuración para determinar el contenido concreto del derecho penal, en desarrollo de la política criminal del Estado, pero también que dichas decisiones legislativas deben sujetarse a los principios establecidos por la Constitución. Esto explica por qué el control que el juez constitucional ejerce sobre esas definiciones legislativas es un control de límites, a fin de que el Legislador permanezca en la órbita de discrecionalidad que la Carta le reconoce, esto es, que no incurra en desbordamientos punitivos, pero que tampoco desproteja aquellos bienes jurídicos que por su extraordinario valor, la Constitución excepcionalmente haya ordenado una obligatoria protección penal.

#### NORMA PENAL DEROGATORIA-Descriminalización de comportamientos

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN TIPO PENAL-Retiro por razones de conveniencia o necesidad

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD SOBRE LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA-Diversas penas a distintos hechos punibles

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA PUNITIVA-Desarrollos legales que incurren en excesos

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA-Desproporcionalidad e irrazonabilidad

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA-Determinación de comportamientos punibles

RESPONSABILIDAD PENAL OBJETIVA-Proscripción/DERECHO PENAL DEL ACTO-No de autor

DERECHO PENAL DEL ACTO-Alcance

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA-Margen de acción/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA-Prescendencia de criminalización

CONSTITUCION POLITICA-Deberes de sanción

FAMILIA-Protección constitucional especial

FAMILIA MATRIMONIAL-No implica criminalización de comportamientos que la afecten/FAMILIA MATRIMONIAL-Formas de protección como las sanciones civiles

La Carta en ninguna parte establece que la protección a la familia matrimonial deba obligatoriamente pasar por la criminalización de los comportamientos que la afecten. Bien puede la ley recurrir a otras formas de protección de esa modalidad de familia matrimonial, como pueden ser las sanciones civiles, consistentes en la declaratoria de nulidad de ciertos matrimonios, que no reúnan los requisitos legales. En tales circunstancias, no teniendo el Legislador la obligación imperativa de criminalizar esos comportamientos, bien podía el Congreso, al expedir el nuevo estatuto penal, despenalizar esas conductas, sin violar por ello la Constitución.

BIGAMIA Y MATRIMONIO ILEGAL-Despenalización de conductas

Referencia: expediente D-3695

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 474 de la Ley 599 de 2000, "Por la cual se expide el Código Penal."

Actor: Carlos Humberto Gómez A.

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D.C., dos (2) de abril de dos mil dos (2002).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, prevista en el artículo 241 numeral 4º, el ciudadano Carlos Humberto Gómez Arámbula demanda el artículo 474 de la Ley 599 de 2000, “por el cual se expide el Código Penal”, por derogar los artículos 260 y 261 del antiguo Código Penal (Decreto 100 de 1980).

El proceso fue repartido inicialmente al Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, quien presentó a consideración de la Sala Plena de esta Corporación proyecto de fallo en el que propuso “Declarar EXEQUIBLE el artículo 474 de la Ley 599 de 2000, pero únicamente en cuanto derogó los artículos 260 y 261 del Decreto 100 de 1980”, lo cual fue aprobado por unanimidad; no obstante la Sala Plena, por mayoría, acordó que se suprimieran algunos de los considerandos y por ello se encomendó esa labor al nuevo ponente. En esas condiciones y en la medida en que las modificaciones efectuadas para acomodar la ponencia a lo acordado en Sala Plena consistieron, básicamente, en la supresión de los argumentos expuestos en el capítulo del proyecto original que hacía referencia, de manera abstracta, a los límites máximos y mínimos del poder punitivo del Estado, es preciso advertir que la presente sentencia conserva la totalidad de los antecedentes, así como el resto de la parte motiva del proyecto original para sustentar la constitucionalidad de la norma acusada.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales previos de los procesos de constitucionalidad, la Corte entra a decidir acerca de la demanda de la referencia.

### II- NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 44097 del 24 de julio de 2000:

“Ley 599 de 2000

(julio 24)

Por la cual se expide el Código Penal

El congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

## TITULO XIX.

### DISPOSICIONES GENERALES

#### CAPITULO UNICO.

#### DE LA DEROGATORIA Y VIGENCIA

(...)

ARTICULO 474. DEROGATORIA. Deróganse el Decreto 100 de 1980 y demás normas que lo modifican y complementan, en lo que tiene que ver con la consagración de prohibiciones y mandatos penales.”

#### III. LA DEMANDA

El demandante solicita la inexecutable del artículo 474 de la Ley 599 de 2000, pero únicamente en cuanto a la derogatoria por parte de esta disposición de los artículos 260 y 261 del Decreto 100 de 1980, pues considera que esa derogación vulnera los artículos 1º, 2º, 5º, 42 y 44 de la Constitución Política. El texto de la normatividad derogada es el siguiente:

“Decreto 100 de 1980

Por el cual se expide el Código Penal

(...)

Artículo 260. Bigamia. El que ligado por matrimonio válido contraiga otro, o el que siendo libre contraiga matrimonio con persona válidamente casada, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años.

Artículo 261. Matrimonio ilegal. El que con impedimento dirimente para contraer matrimonio lo contraiga, o el que se case con persona impedida, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años.”)

Según el demandante, la sociedad actual ha sido conducida a una pérdida de valores que son indispensables para la persona y la sociedad. Lo anterior se evidencia, a su juicio, en la vulneración de instituciones como la familia, en donde imperan valores como el amor y la unidad. El actor considera entonces que la norma acusada expresa esa pérdida de valores pues expulsa del ordenamiento los delitos de bigamia y matrimonio ilegal, lo cual pone en peligro la continuidad del matrimonio, en la medida en que esos tipos penales protegen la unidad del vínculo conyugal (bigamia) y la ausencia de impedimentos dirimientes para celebrar un matrimonio (bigamia). Según su parecer “al derogarse los artículos 260 y 261 del Decreto 100 de 1980 se está desconociendo el avance de esta institución y nos hace regresar a las llamadas familia consanguínea y familia punalúa, donde existía el comercio sexual entre familiares y que conlleva al degeneramiento de la raza”.

El actor indica además que estos valores familiares fueron incorporados a nuestra legislación en el Código Civil, al regular la institución del matrimonio en sus artículos 113 y 140. De las

normas mencionadas, el demandante concluye que en Colombia impera la familia monogámica, y por eso rechaza la despenalización de la bigamia, por ser ésta un atentado “contra la Constitución nacional, en la que se reflejan la moral y las buenas costumbres, que recibimos de nuestros antepasados”, que constituyen “el fundamento de la sociedad actual”.

El actor considera entonces que esa derogación vulnera el artículo 1° de la Constitución, ya que nuestro Estado se encuentra fundamentado en la defensa de la institución de la familia, que las autoridades tienen la obligación de proteger. Reitera que la despenalización de la bigamia y del matrimonio ilegal hace pensar que ya no se trata de conductas reprochables, lo que lleva a un relajamiento moral de la sociedad, y autoriza toda clase de conductas que atentan contra la dignidad humana: Señala entonces el ciudadano que “tener varios matrimonios o uno con una persona con impedimento dirimente “va en contra de la dignidad humana”, pues “es un engaño y una falta de respeto, honestidad y lealtad con la familia, los hijos y los principios que sustentan la armonía de la relación más trascendental de los seres humanos: el matrimonio”. Por ello concluye que la derogación de esos tipos penales desconoce la protección constitucional a la familia establecida en los artículos 5º, 42 y 44 de la Carta.

#### IV. INTERVENCIONES

El ciudadano Carlos Fradique Méndez interviene en representación de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Según su concepto, la Corte debe declarar exequible el artículo 474 de la Ley 599 de 2000.

Estima que para poder abordar debidamente el presente caso es necesario resolver los siguientes cuatro problemas jurídicos: (i) si el Congreso puede derogar una norma que penaliza una conducta; (ii) si la bigamia es desde la Carta Política un delito; (iii) si la falta de penalización de la bigamia vulnera algún artículo constitucional; y (iv) si en el caso concreto puede el Congreso derogar la norma que penaliza la bigamia.

Frente a los puntos reseñados, el interviniente argumenta que en el primer caso, de acuerdo con el artículo 150 Constitucional, el Congreso expresamente tiene la facultad de derogar las leyes. Y si bien existen algunas limitaciones al respecto, no encuentra ninguna razón que permita afirmar que el cuerpo legislativo no pueda derogar un determinado código.

En el segundo caso, estima que si bien la Constitución protege a la familia como célula fundamental de la sociedad, no prevé expresamente para ello la penalización del delito de bigamia. En este sentido, el mandato de protección se ve reflejado en otras normas de nuestro sistema jurídico, tales como los artículos 113 del Código Civil y la ley 54 de 1990, entre otras, por medio de las cuales la ley protege esta institución.

Frente al tercer punto, el interviniente opina que si bien existe una obligación del legislador de contemplar los elementos que configuran el delito y la sanción correspondiente, esto no indica en sentido contrario, que para proteger los mandatos constitucionales deba acudir necesariamente a la penalización. Considera que en virtud de la discrecionalidad que le ha sido conferida, puede determinar si una conducta debe ser considerada delito o no, o si por el contrario puede acudir a otros medios para evitar la lesión. Por ello, y basándose en la

sentencia C-659 de 1997, que declaró la constitucionalidad de la penalización de la bigamia, el interviniente concluye que así como el legislador de 1980 pudo considerar conveniente la penalización de ese comportamiento, “si el legislador de 2000 cambia su criterio y considera que esas conductas ya no lesionan la familia o que existen otros medios para evitar la lesión, la decisión de despenalizarlas no es contraria a la Constitución y se ajusta a la discrecionalidad que tiene el legislador para estimar si una conducta debe ser considerada delito o no”.

Por último y con base en la anterior exposición, concluye el interviniente diciendo que en este caso el legislador podía realizar la derogación del código Penal de 1980, y si con ella se involucraba la desaparición de un delito, no se contraria la Constitución. Según su parecer, “las sanciones civiles tales como la nulidad del matrimonio, la no existencia de sociedad conyugal, todo enriquecido con una adecuada educación familiar, generan mejor protección familiar que la sanción penal que echa de menos el demandante”. Por tanto considera que la norma demandada es exequible.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR

El Procurador General de la Nación, Edgardo Maya Villazón, mediante concepto No. 2697, recibido el 24 de Octubre de 2001, se opone a los cargos formulados en contra del artículo 474 de la Ley 599 de 2000.

Según el Ministerio Público, es una facultad constitucional del Congreso adoptar la política criminal del Estado, expidiendo entre otros ordenamientos el Código Penal. Esta facultad tiene como respaldo el principio de reserva legal, que da al legislador una discrecionalidad dentro de los preceptos fundamentales para crear o eliminar las modalidades punitivas.

Esta discrecionalidad, señala el Procurador, tiene un carácter relativo, pues está limitada por parámetros de racionalidad y proporcionalidad, ya que en un Estado de derecho la penalización constituye la última ratio “o mecanismo extremo para resolver los problemas sociales”. Con todo, según su parecer, la Carta, posibilita que el legislador defina cuándo una conducta social debe ser sancionada penalmente y cuando, por los cambios que pueden darse en los comportamientos y valores sociales, puede ser descriminalizada.

Para el caso concreto, estima la Vista Fiscal que de acuerdo con el artículo 42 de la Carta, el Estado tiene el deber de brindar protección a la familia. Pero afirma que de esto no se deduce que la penalización de la bigamia sea el mecanismo para la realización de ese deber. En este sentido, afirma el procurador que “si bien la Constitución Política obliga al Estado a proteger la familia, en manera alguna lo obliga a proteger dicha institución a través del ius puniendi”.

En consecuencia, para el Ministerio Público la despenalización de la bigamia no se opone a la Carta pues el ordenamiento legal prevé otros instrumentos de protección de la familia y del matrimonio. Por consiguiente, según su criterio, y teniendo en cuenta que la sociedad ha evolucionado desde que fue dictado el decreto 100 de 1980, pueden darse replanteamientos de ciertos patrones de comportamiento social, adoptando una política criminal que penalice sólo conductas más graves. Entonces la conclusión, tal como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-659 de 1997, es que la penalización o despenalización de esos

comportamientos no riñe con la Carta.

Por último, estima que la Corte para analizar la constitucionalidad de las normas acusadas, no puede acudir a valoraciones de conveniencia o de oportunidad, porque éste es un campo reservado exclusivamente a la discrecionalidad del legislador.

## VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

Conforme al artículo 241 ordinal 4º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del artículo 474 de la Ley 599 de 2000, por tratarse de la demanda de un ciudadano contra una norma legal.

### 2. Un debate procesal previo: el problema de la idoneidad de la demanda.

Aunque ninguno de los intervinientes lo planteó, podría objetarse que la presente demanda es inepta y no debe conducir a un pronunciamiento de fondo de la Corte, en la medida en que el actor cuestiona una cláusula derogatoria general, como la contenida en la disposición acusada, pero únicamente en cuanto expulsa tácitamente del ordenamiento algunos tipos penales (bigamia y matrimonio ilegal) que hacían parte del régimen legal inmediatamente anterior al nuevo estatuto penal. Según este reparo, ese tipo de cuestionamientos no podrían hacerse en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, puesto que las demandas ciudadanas pretenden atacar de manera global una determinada disposición legal, y por ello, mal podrían dirigirse contra una aplicación particular de ese precepto, como sería, en la presente oportunidad, la derogación específica de dos tipos penales. Conforme a esta tesis, el artículo impugnado establece que deroga todo el Decreto 100 de 1980, mientras que el demandante ataca la derogación de dos tipos penales (bigamia y matrimonio ilegal), lo cual constituye una aplicación particular de la norma. De acogerse tal planteamiento, mal podría la Corte expulsar del ordenamiento el artículo atacado, por un eventual defecto relacionado con la derogación únicamente de dos tipos penales.

Comienza pues la Corte por examinar si la demanda fue presentada en debida forma, lo cual exige resolver dos preguntas: de un lado, si en general puede cuestionarse la constitucionalidad de una disposición que se limita a derogar una legislación preexistente. Y, de otro, en caso de que la respuesta a la primera pregunta sea afirmativa, esta Corporación deberá examinar si en el presente caso, el actor atacó correctamente la disposición derogatoria que correspondía demandar.

### 3. Pertinencia del examen constitucional de disposiciones derogatorias.

La Constitución confiere al Congreso la posibilidad de interpretar, derogar y modificar la legislación existente (CP art. 150 ord 1º). No hay pues duda de esa amplia facultad que ha sido reconocida por esta Corte en innumerables sentencias<sup>1</sup>. Es más, esta Corporación ha resaltado que esa potestad derogatoria del Congreso no es una facultad menor del cuerpo legislativo sino que es consustancial a su existencia misma, en la medida en que es una expresión necesaria del principio democrático y de la soberanía popular, que son valores fundantes del Estado colombiano (CP arts 1º y 3º). Y es que sólo en virtud de su posibilidad

de expulsar del ordenamiento, por razones de conveniencia, la legislación existente, pueden las mayorías actuales, representadas en el Congreso, autogobernarse. Por ello, dijo al respecto esta Corte:

“La competencia del Congreso para derogar las normas precedentes encuentra sustento no sólo en el hecho de que expresamente la Carta le confiere esa posibilidad a las cámaras (CP art. 150 ord. 1) sino en el propio principio democrático y en la soberanía popular (CP art. 1 y 3), que hacen que las potestades legislativas, siempre y cuando no violen normas superiores, deben ser consideradas inagotables. El Legislador actual no puede atar al Legislador del mañana, pues esto anularía el principio democrático, ya que unas mayorías ocasionales, en un momento histórico, podrían subordinar a las mayorías del futuro. Esto explica que en el Reino Unido, en donde se considera que el Parlamento es soberano, y por ende ese cuerpo representativo puede hacer todo, salvo cambiar un hombre en mujer, sin embargo la doctrina y la práctica judicial consideran que una ley actual no puede prohibir su derogación por un parlamento posterior, pues admitir esa posibilidad acabaría precisamente con la soberanía misma del parlamento. La derogación de las leyes encuentra entonces sustento en el principio democrático, en virtud del cual las mayorías pueden modificar y contradecir las regulaciones legales precedentes, con el fin de adaptarlas a las nuevas realidades históricas, con base en el juicio político de conveniencia que estas nuevas mayorías efectúen. En materia legislativa, debe entenderse que la última voluntad de los representantes del pueblo, manifestada por los procedimientos señalados en la Carta, prevalece sobre las voluntades democráticas encarnadas en las leyes previas”<sup>2</sup>.

Con todo, en el constitucionalismo colombiano, la potestad derogatoria del Congreso, que es amplia y dinámica, no es absoluta, puesto que nuestro ordenamiento no establece el principio de soberanía parlamentaria, como si lo han hecho otros países, como Inglaterra. El Legislador se encuentra entonces vinculado a la Constitución, que es norma de normas (CP art. 4), y por consiguiente, al derogar una disposición, debe respetar los preceptos constitucionales.

En ese orden de ideas, si el Congreso, al ejercer su potestad derogatoria, se encuentra vinculado a los principios y mandatos constitucionales, entonces es claro que las disposiciones derogatorias contenidas en las leyes se encuentran sometidas al control ejercido por esta Corte Constitucional, cuando sean demandadas por un ciudadano (CP art. 241). Y es obvio que esas cláusulas derogatorias deben ser controladas ya que ellas tienen un efecto normativo preciso, que es restar vigencia a la norma derogada, y por ello modifican materialmente el ordenamiento jurídico. Es más, esta Corporación ya había analizado específicamente si procedía o no un control constitucional sobre cláusulas derogatorias, al desestimar una intervención ciudadana que solicitaba a la Corte inhibirse de conocer de una demanda dirigida contra una disposición de tal naturaleza. El ciudadano argumentaba que el control constitucional sobre un artículo que se limitaba a derogar otros artículos era inocuo, porque en realidad esas disposiciones habían agotado su papel, al expulsar del ordenamiento a las disposiciones derogadas, por lo que, en sentido estricto debía concluirse que las cláusulas derogatorias carecían de un contenido normativo propio. La sentencia C-055 de 1996, MP Alejandro Martínez Caballero, rechazó los argumentos del interviniente, pues consideró que las disposiciones derogatorias tenían un contenido propio, que era eliminar la vigencia de una disposición específica, y que en esa medida modificaban el ordenamiento.

Dijo entonces la Corte, en el fundamento 6 de esa sentencia:

“En efecto, ¿cuál es la función y el contenido normativo de una norma derogatoria? Como bien lo señala Hans Kelsen, una disposición de este tipo tiene como función “dejar sin efecto la validez, es decir, el deber ser, de otra norma, aniquilando su existencia” (Hans Kelsen, Ulrich Klug. Normas jurídicas y análisis lógico. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p 71). Esto significa que el efecto de una norma derogatoria es negar el deber ser de otra norma, esto es, expulsarla del ordenamiento. Por consiguiente, a pesar de que la norma derogatoria agote su objeto una vez promulgada, los efectos de su contenido normativo subsisten, pues la expulsión de las normas derogadas se mantiene en el tiempo, siempre y cuando, obviamente, que la norma derogatoria se ajuste al ordenamiento constitucional.

No es pues cierto que una norma derogatoria cese de producir efectos una vez promulgada ya que ella, al eliminar otras disposiciones, ha producido una transformación del orden normativo. Por eso, como dicen Alchourrón y Bulygin, “el acto de derogar provoca un cambio del sistema: después de la derogación tenemos un nuevo sistema, distinto del anterior (aun cuando ambos pertenezcan a la misma secuencia, es decir, al mismo orden jurídico)” (Carlos Alchourrón. Eugenio Bulygin. Análisis lógico y derecho. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p 401)”.

Es pues procedente un control constitucional de las disposiciones derogatorias, no sólo por cuanto el Congreso, al ejercer esa potestad, debe acatar los mandatos constitucionales, sino además porque la declaración de inexecutable de un cláusula derogatoria tiene un efecto preciso, que consiste en reincorporar al ordenamiento aquellos contenidos normativos que habían sido derogados. En efecto, esta Corporación, en reiterada jurisprudencia<sup>3</sup> y en armonía con una sólida tradición del derecho público colombiano<sup>4</sup>, ha indicado que en principio la declaratoria de inexecutable de una norma, que había derogado o subrogado otras disposiciones, tiene como efecto revivir los artículos que habían perdido vigencia, como consecuencia de la cláusula derogatoria. En desarrollo de esa doctrina, esta Corte no sólo ha analizado si determinadas disposiciones derogatorias desconocían o no el principio de unidad de materia, sino que incluso ha declarado la inexecutable de algunas de ellas. Por ejemplo, la sentencia C-659 de 2000, MP Fabio Morón Díaz, declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 3º de la ley 54 de 1983, por violar el artículo 158 de la Carta sobre unidad de materia, ya que concluyó que no existía ninguna relación directa, causal o conexa, entre las normas derogadas, y la materia general de la ley 54 de 1983.

El examen precedente ha mostrado que es perfectamente válido que un ciudadano demande una cláusula derogatoria. La pregunta que subsiste entonces es si el actor atacó la disposición que correspondía. Entra pues la Corte a resolver ese problema.

#### 4. Demanda en debida forma y delimitación del presente debate constitucional.

La disposición atacada (el artículo 474 de la Ley 599 de 2000) no deroga específicamente los tipos penales de bigamia y matrimonio ilegal sino que deroga en su integridad el anterior estatuto punitivo (Decreto 100 de 1980), y todas las demás normas, que lo hubieren modificado y complementado, “en lo que tiene que ver con la consagración de prohibiciones y mandatos penales.” Es pues claro que incluso si el cargo del actor fuera acertado, su acusación no podría tener como efecto la declaratoria de inexecutable del artículo 474 de

la Ley 599 de 2000. Sin embargo, de esa constatación no se sigue que la demanda haya sido inepta. En efecto, en caso que se afirmara que el actor no debía haber atacado el artículo 474 de la Ley 599 de 2000, por ser ésta una disposición derogatoria genérica, una obvia pregunta surge: ¿cuál hubiera sido entonces el otro artículo o inciso que el actor hubiera debido demandar si su voluntad era impugnar la derogación de esos dos tipos penales? Y no parece existir ninguna respuesta clara a esa pregunta, por la sencilla razón de que la expulsión del ordenamiento de los delitos de bigamia y matrimonio ilegal proviene de dos hechos normativos relacionados: de un lado, la derogación integral del anterior estatuto punitivo, que contenía esos tipos penales, y que es realizada por el artículo demandado; y de otro lado, la no previsión de esos delitos en el nuevo Código Penal. En tales circunstancias, si el ciudadano quería atacar la derogación de esos tipos penales, al parecer podría tener dos vías: de un lado, demandar una suerte de omisión legislativa, en la medida en que el capítulo pertinente del nuevo estatuto punitivo no previó esos tipos penales. O, de otro lado, atacar la cláusula derogatoria general, pero especificando, como efectivamente lo hizo, que su cargo se dirige únicamente contra la derogación de dos tipos penales particulares. En sentido estricto, esta segunda vía es procesalmente la adecuada, por cuanto el actor no está impugnando que el ordenamiento nunca haya previsto la criminalización de esos comportamientos, sino que su demanda cuestiona que en el pasado la ley hubiera previsto esos delitos, y que el nuevo Código Penal los hubiera derogado. Por ello, es acertado que su ataque se dirija contra la cláusula de derogación del anterior estatuto penal, como efectivamente lo hizo el actor.

Conforme a lo anterior, la Corte concluye que la demanda del actor está adecuadamente dirigida contra la norma que correspondía. Sin embargo, es obvio que, como su ataque está centrado únicamente en la derogación de dos tipos penales, el examen constitucional y la decisión que tome esta Corporación sobre el artículo 474 de la Ley 599 de 2000 están circunscritos únicamente al efecto derogatorio de esa disposición sobre los artículos 260 (bigamia) y 261 (matrimonio ilegal) del Decreto 100 de 1980. Procede pues un pronunciamiento de fondo sobre ese contenido normativo, por lo que la Corte entra a estudiar los cargos del demandante.

#### 5. El asunto material bajo revisión.

Conforme a lo anterior, el problema constitucional que plantea la presente demanda es si el Legislador podía o no derogar los tipos penales de bigamia y matrimonio ilegal, o si dicha derogación vulnera la Carta y, en especial, desconoce la protección constitucional de la familia y del matrimonio (CP arts 5, 42 y 44).

#### 6. La potestad de configuración legislativa. Particularidades en materia penal.

En términos generales, la Corte ha sido enfática en reconocer el amplio margen con el que cuenta el legislador para el desarrollo de las políticas públicas en las diferentes materias sometidas a su regulación mediante leyes de la república. El ejercicio de dicha facultad genérica, tiene fundamento en la denominada cláusula general de competencia según la cual corresponde al órgano legislativo “hacer las leyes”, lo que a su vez comporta la posibilidad de interpretarlas, modificarlas y derogarlas. (C.P., art. 150 y 114).

Para el caso concreto, la ley de la que hace parte el precepto acusado, se expidió con base

en la facultad constitucional (C.P., art. 150-2) del Congreso de la República de expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.

Así las cosas, es preciso advertir que para la definición de la política criminal del Estado y, en particular, en materia penal para la configuración de las conductas punibles<sup>6</sup>, el órgano legislativo tiene una competencia amplia y exclusiva que encuentra claro respaldo en el principio democrático y en la soberanía popular (C.P. arts. 1º y 3º), razón por la cual, corresponde a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, determinar, dentro de los marcos de la Constitución Política, la orientación del Estado en estas materias. Sobre el punto la Corte ha expresado:

“La finalidad de esta representación popular en la elaboración de las leyes penales deriva no sólo del respeto de la separación de poderes, y de los controles que ésta supone para la protección de la libertad individual, sino que también debe permitir un proceso público de debate y aprendizaje en la concepción y ejecución de las políticas criminales, es decir una elaboración más democrática de la ley penal. Esta discusión pública debe permitir que la respuesta penal no sea un recurso contingente que el poder político utiliza a discreción, sin debate, para hacer frente a las dificultades del momento. La respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve. Esto sólo es posible si la definición de las políticas criminales se hace a través de una amplia discusión democrática, y no mediante una inflación de normas penales promulgadas apresuradamente. Como vemos, el respeto riguroso del principio de legalidad opera no sólo como un mecanismo de protección de las libertades fundamentales, sino que también obliga a la discusión colectiva y democrática de las políticas criminales a fin de evitar la intervención penal inútil y perjudicial. El principio de legalidad es expresión no sólo del Estado de derecho, sino también de las exigencias del Estado democrático, pues gracias a su riguroso respeto pueden llegar a estar representados los intereses de todos los miembros de la comunidad en la elaboración de la política criminal.<sup>7</sup>”

Esta circunstancia, permite que el legislador adopte distintas estrategias de política criminal, incluso contradictorias entre sí, siempre que la alternativa política aprobada, además de ser legítima en cuanto a la forma en que se configura, respete los valores, preceptos y principios constitucionales. Así las cosas, es evidente que la política criminal y el derecho penal no se encuentran definidos en el texto constitucional sino que corresponde al legislador desarrollarlos y, en el ejercicio de su atribución, “no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella porque la Carta es norma de normas (CP art. 4). Pero, en función del pluralismo y la participación democrática, el Legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la Carta. Esto es lo que la doctrina constitucional comparada ha denominado la libertad de formación democrática de la voluntad o la libertad de configuración política del Legislador.<sup>8</sup>”

Entre los postulados que enmarcan la función legislativa en materia penal, es preciso destacar que, el principio de legalidad (CP art. 29), constituye una expresión del principio democrático, pues implica que la definición de cuáles comportamientos son delictivos debe ser hecha por los representantes del pueblo. Por ello, tal y como lo ha señalado la doctrina y lo ha reconocido esta Corte<sup>9</sup>, el principio de legalidad se encuentra vinculado a otro

principio, que es la “representación popular en la definición de las políticas criminales”, en virtud de la cual “sólo los órganos de representación popular y origen democrático pueden definir conductas delictivas”<sup>10</sup>.

Así mismo, el principio constitucional en comento, establece que la ley debe establecer previamente los hechos punibles (principio de legalidad en sentido lato o de reserva legal), lo cual implica que las conductas punibles y las penas deben estar “inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley” ya que “sólo de esa manera el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal”<sup>11</sup>. En efecto, es claro que sólo si las descripciones legales son claras, pueden los ciudadanos comprender con antelación cuáles son los comportamientos prohibidos. De esta manera, pues, se garantiza la protección de la seguridad jurídica y de los derechos individuales en la medida en que se proscribe la existencia de tipos penales ambiguos o de aplicación retroactiva.

Con base en esta garantía, la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de normas penales que no definían claramente el hecho punible o la sanción a ser impuesta. Por ejemplo, la sentencia C-559 de 1999 retiró del ordenamiento los incisos primero y quinto del artículo 68 de la Ley 488 de 1998, pues la descripción de los hechos punibles contenidos en esas disposiciones era tan antitécnica y ambigua, que resultaba imposible determinar con claridad cuál era el comportamiento sancionado. Por su parte, la sentencia C-843 de 1999 declaró la inconstitucionalidad del artículo 26 de la ley 491 de 1999, pues esa disposición no precisaba con suficiente rigor las penas que podrían ser impuestas, en ciertos casos de delitos cometidos por personas jurídicas. De igual forma, la potestad del legislador en cuanto a las penas atribuidas a los distintos comportamientos punibles, debe estar “de acuerdo con la valoración que haga de las diferentes conductas en el marco de la política criminal”<sup>12</sup>, así como debe respetar el principio de igualdad (CP art. 13), y por ello no puede consagrar penas distintas para comportamientos que son de la misma naturaleza y gravedad, únicamente con base en ciertos rasgos irrelevantes de los sujetos activos del delito<sup>13</sup>.

Las consideraciones precedentes muestran que el Legislador tiene un amplio margen de apreciación y una libertad de configuración para determinar el contenido concreto del derecho penal, en desarrollo de la política criminal del Estado, pero también que dichas decisiones legislativas deben sujetarse a los principios establecidos por la Constitución. Esto explica por qué el control que el juez constitucional ejerce sobre esas definiciones legislativas es un control de límites, a fin de que el Legislador permanezca en la órbita de discrecionalidad que la Carta le reconoce, esto es, que no incurra en desbordamientos punitivos, pero que tampoco desproteja aquellos bienes jurídicos que por su extraordinario valor, la Constitución excepcionalmente haya ordenado una obligatoria protección penal.

Ahora bien, en el presente caso, el actor precisamente cuestiona que el Legislador haya descriminalizado unos comportamientos que, según su parecer, la Constitución ordena que sean punibles. El efecto derogatorio de los tipos que el actor echa de menos, como se explicó inicialmente, se deduce ciertamente de una interpretación parcial del artículo acusado, respecto de lo cual resulta importante insistir en que la potestad del Congreso de la

República para retirar del ordenamiento jurídico preceptos por razones de conveniencia o necesidad, corresponde a un juicio que escapa al ámbito del control de constitucionalidad, pues se trata de un debate que permite al órgano legislativo realizar de manera integral su labor y trazar políticas públicas coherentes e integrales a sus convicciones.

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. Sobre el punto, la jurisprudencia constitucional ha deducido el principio de proporcionalidad o “prohibición de exceso”, de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales). La Corte ha concluido entonces que “sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas”<sup>14</sup>. Igualmente la Corte ha reiterado que el Legislador goza de discrecionalidad para establecer penas diversas a distintos hechos punibles, pero siempre y cuando “se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros”<sup>15</sup>.

Con fundamento en este principio de proporcionalidad, la Corte ha concluido que algunos desarrollos legales eran inconstitucionales, por cuanto incurrieran en excesos punitivos. Por ejemplo, la sentencia C-364 de 1996, MP Carlos Gaviria Díaz, declaró la inconstitucionalidad del artículo 10 de la Ley 228 de 1995, que convirtió en contravención el hurto calificado, cuando el valor de lo apropiado fuera inferior a diez salarios mínimos legales mensuales, quedando clasificado como delito el mismo hecho cuando el valor de lo apropiado hubiera sido igual o superior a esa suma. La Corte consideró que esa definición legislativa era desproporcionada e irrazonable, por cuanto asignaba a la contravención un tratamiento punitivo más riguroso que al delito. Según la mencionada sentencia, si el legislador “consideraba que la conducta de hurto calificado, cuando el valor de lo apropiado es inferior a diez salarios mínimos legales mensuales, es un hecho de menor transcendencia sociojurídica, y lo calificó como contravención, debió ser consecuente con su valoración y, por tanto, debió otorgarle un trato punitivo menos gravoso que el fijado para el delito”. Por su parte, la sentencia C-746 de 1998. MP Antonio Barrera Carbonell, declaró la inexequibilidad parcial de los incisos primero y tercero del artículo 28 de la ley 228 de 1995, pues consideró que esos apartes eran desproporcionados, al consagrar un trato más severo a las personas que cometieran la contravención especial de hurto simple agravado, en relación con las personas son vinculadas a un proceso penal por el delito de hurto simple agravado, pues “mientras a las primeras no se les permite la extinción de la acción penal por la reparación integral del daño causado a la víctima, sino simplemente la disminución de la pena, a las segundas si se les admite que puedan acudir al referido mecanismo procesal”.

La Corte, en desarrollo del principio de proporcionalidad, que tiene clara estirpe

constitucional, ha también concluido que, aunque el Legislador tiene un importante margen de apreciación para determinar qué comportamientos son o no punibles.

“Mediante el principio de proporcionalidad se introducen las categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad en el derecho constitucional. La responsabilidad de los particulares por infracción de la Constitución o de las leyes (CP art. 6), requiere de un daño efectivo a los bienes jurídicos protegidos y no meramente una intención que se juzga lesiva. Esto se desprende de la razón de ser de las propias autoridades, a saber, la de proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades (CP art. 2). Sólo la protección de bienes jurídicos realmente amenazados justifica la restricción de otros derechos y libertades, cuya protección igualmente ordena la Constitución.<sup>16</sup>”

Por último, la Corte resalta 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 establecer que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa” (subrayas no originales). Esta Corporación ha precisado la importancia de esta opción constitucional por un derecho penal de acto, en los siguientes términos:

“Dicha definición implica, por una parte, que el acontecimiento objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos. En síntesis, desde esta concepción, sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente.

Pero, además, un derecho penal del acto supone la adscripción de la conducta al autor, en cuanto precisa, además de la existencia material de un resultado, la voluntad del sujeto dirigida a la observancia específica de la misma. En otros términos, el derecho penal del acto supone la adopción del principio de culpabilidad, que se fundamenta en la voluntad del individuo que controla y domina el comportamiento externo que se le imputa, en virtud de lo cual sólo puede llamarse acto al hecho voluntario.

La reprobación penal del hecho, entonces, debe estar referida no a su materialidad en sí misma, sino al sentido subjetivo que el autor confiere a su comportamiento social, en tanto que sujeto libre; y así, sólo puede ser considerado como autor de un hecho, aquél a quien pueda imputársele una relación causal entre su decisión, la acción y el resultado, teniendo en cuenta su capacidad sicofísica para entender y querer el hecho, considerada en abstracto, y la intención, en concreto, de realizar el comportamiento que la norma penal describe.

En otros términos, el principio de que no hay acción sin culpa, corresponde a la exigencia del elemento subjetivo o psicológico del delito; según dicho principio, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. De ahí que sólo pueda imponerse pena a

quien ha realizado culpablemente un injusto.”

Esta mención respecto de algunos de los derroteros constitucionales de la facultad punitiva estatal, permite concluir que la Carta, reconoce al Legislador un margen de discreción para desarrollar la política criminal, en el que no prefiere como tampoco proscribire los instrumentos punitivos como mecanismos para alcanzar un orden justo. Ese es el margen de acción de la función legislativa en materia punitiva, en el que es perfectamente natural, que si el legislador advierte que la criminalización es la forma más invasiva de control social, por su intensa afectación de la libertad, y esa circunstancia no contribuye al perfeccionamiento de una política adecuada al logro de los fines perseguidos por la norma, puede prescindir de ella luego de la ponderación que haga de la realidad que pretende controlar.

Igualmente, la Carta ha previsto ciertos deberes de sanción, que podrían implicar ciertas obligaciones de penalización, para amparar los derechos fundamentales de ciertos grupos poblacionales, que tienen protección privilegiada. Tal sucede con los niños, pues no sólo sus derechos son prevalentes sino que, además, cualquier persona puede exigir de la autoridad competente la sanción de quienes vulneren ciertos de sus derechos (CP art. 44).

7. La discrecionalidad del Legislador y la constitucionalidad de la derogación de los delitos de bigamia y matrimonio ilegal.

La Constitución ampara en forma especial la familia, a la que considera el núcleo fundamental de la sociedad (CP arts 5º y 42). La Carta ordena también al Estado y a la sociedad asegurar la protección integral de la familia y resguarda la honra, la dignidad y la intimidad familiares (CP art. 42) .

El actor acierta entonces en señalar la importancia de la familia en el orden constitucional y los deberes de protección que las autoridades tienen frente a esa institución. Igualmente, es claro que la Constitución reconoce y protege el matrimonio como una de las maneras de conformar una familia (CP art. 42). Por consiguiente, el demandante tiene también razón en concluir que la familia surgida del matrimonio está reconocida y protegida por la Carta, como una de las posibles formas familiares a la que pueden recurrir los colombianos.

Sin embargo, de las anteriores premisas, no se sigue, en manera alguna, que la ley deba penalizar la bigamia y el matrimonio ilegal, por la sencilla razón de que la Carta, en ninguna parte, establece que la protección a la familia matrimonial deba obligatoriamente pasar por la criminalización de los comportamientos que la afecten. Como bien lo señalan los intervinientes, bien puede la ley recurrir a otras formas de protección de esa modalidad de familia matrimonial, como pueden ser las sanciones civiles, consistentes en la declaratoria de nulidad de ciertos matrimonios, que no reúnan los requisitos legales.

En tales circunstancias, no teniendo el Legislador la obligación imperativa de criminalizar esos comportamientos, bien podía el Congreso, al expedir el nuevo estatuto penal, despenalizar esas conductas, sin violar por ello la Constitución.

Por todo lo anterior, la Corte reitera los criterios expuestos en la sentencia C-659 de 1997, MP José Gregorio Hernández Galindo, que declaró la constitucionalidad de esos tipos penales. En esa ocasión, la Corte concluyó que el Congreso podía, en ejercicio de su discrecionalidad y

potestad de configuración, criminalizar esas conductas, pero así mismo “bien podría el legislador no haber penalizado los enunciados comportamientos, optando por señalar a ellos sanciones puramente civiles”.

La Corte concluye entonces que la derogación de esos tipos penales no vulnera la Constitución, y por ello, el artículo 474 de la Ley 599 de 2000 será declarado exequible, pero únicamente en cuanto derogó los artículos 260 y 261 del decreto 100 de 1980.

## VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE el artículo 474 de la Ley 599 de 2000, pero únicamente en cuanto derogó los artículos 260 y 261 del Decreto 100 de 1980.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Gobierno Nacional y al Congreso de la República, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese en el expediente.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA V. SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

## Aclaración de voto a la Sentencia C-226/02

PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Límites máximos y mínimos que la Constitución establece (Aclaración de voto)

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN POLITICA CRIMINAL-Límites/DERECHO PENAL- Es uno de los campos jurídicos más constitucionalizado/DERECHO PENAL-Sujeción a valores, principios y derechos (Aclaración de voto)

Aunque el Congreso goza de una cierta libertad para desarrollar la política criminal, sin embargo ésta se encuentra limitada por la siguiente razón: el derecho penal es uno de los campos jurídicos más constitucionalizados, tal y como esta Corporación lo ha resaltado en numerosas oportunidades. Y eso es así, porque tanto desde el punto de vista sustantivo como procedimental, la norma superior establece valores, principios y derechos, que tienen una incidencia decisiva en la configuración del derecho penal. Por consiguiente, el Legislador “no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius punendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas”.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN DERECHO PENAL-Sujeción a la Constitución/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA-Control de límites (Aclaración de voto)

El Legislador tiene un margen de apreciación y una cierta libertad de configuración para determinar el contenido concreto del derecho penal, en desarrollo de la política criminal del Estado, pero también que dichas decisiones legislativas deben enmarcarse dentro de los límites establecidos por la Carta. Esto explica por qué el control que el juez constitucional ejerce sobre esas definiciones legislativas es un control de límites, a fin de que el Legislador permanezca en la órbita de discrecionalidad que la Carta le reconoce, esto es, que no incurra en desbordamientos punitivos, pero que tampoco desproteja aquellos bienes jurídicos que por su extraordinario valor, la Constitución excepcionalmente haya ordenado una obligatoria protección penal.

PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Límites/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Límites de diversa naturaleza (Aclaración de voto)

La Carta establece diversas restricciones al ejercicio del poder punitivo estatal, en la medida en que no sólo delimita cómo debe ser ejercida esa potestad sino también cuáles comportamientos deben ser penalizados y, por el contrario, cuales esferas de la vida social escapan al imperio del derecho penal. Es pues posible entonces distinguir limitaciones constitucionales de diversa naturaleza sobre la libertad de configuración del Congreso en materia penal.

PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Extremos de desarrollo de ejercicio/PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Límites mínimos y máximos (Aclaración de voto)

El ejercicio del poder punitivo del Estado se desarrolla entre dos grandes extremos: la obligación de tipificar ciertas conductas como las graves violaciones a los derechos humanos (límites mínimos) y la prohibición de intervenir penalmente en ciertos ámbitos que son producto del legítimo ejercicio de un derecho constitucional (límites máximos). Sin embargo, el campo de juego que surge en ese marco no es de total libertad, porque existen derechos fundamentales como el de igualdad y, principios como el de razonabilidad, necesidad y prohibición de exceso, que también limitan la actividad de configuración del legislador. Además, el control social de la conducta que desconoce la vigencia de la norma es formal, en el sentido que requiere una ley con determinados requisitos (lex praevia, lex certa, lex scripta).

#### PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Límites de contenido formal/PRINCIPIO DE ESTRICTA LEGALIDAD EN MATERIA PUNITIVA-Significado (Aclaración de voto)

Algunas limitaciones son de contenido formal, pero no por ello dejan de ser trascendentales. Así, la Carta establece el principio de estricta legalidad en materia punitiva, en virtud del cual no sólo la ley debe establecer previamente los hechos punibles (principio de legalidad en sentido lato o de reserva legal), sino que además las conductas punibles y las penas deben estar "inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley" ya que "sólo de esa manera el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal".

#### NORMA PENAL-Descripción legal clara/HECHO PUNIBLE-Descripción legal clara (Aclaración de voto)

#### DERECHO PENAL-Aspectos en que la Constitución cierra el sistema de fuentes (Aclaración de voto)

Al menos en tres aspectos, la Constitución cierra el sistema de fuentes en derecho penal, al consagrar (i) una reserva de ley para la descripción de los elementos esenciales de la conducta punible, (ii) una reserva administrativa para el complemento de algunos tipos penales en blanco y (iii) un sistema cerrado de deberes en ciertos ámbitos como el orden público, que no pueden ser extendidos por el legislador.

#### DERECHO PENAL MINIMO/PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Límites mínimos/DEBERES DE PENALIZACION-Previsión constitucional en casos muy especiales (Aclaración de voto)

La opción constitucional por un derecho penal mínimo explica que la Carta sólo haya previsto deberes de penalización absolutamente excepcionales, pues el Constituyente, congruente con su opción por la libertad y la dignidad humanas, se preocupó más por controlar el poder punitivo, que por expandirlo. En efecto, sólo en casos muy especiales, la Carta ha previsto deberes de penalización.

#### DEBERES DE SANCION-Previsión constitucional (Aclaración de voto)

La Carta ha previsto determinados deberes de sanción, que podrían implicar ciertas

obligaciones de penalización para amparar los derechos fundamentales de ciertos grupos poblacionales con protección privilegiada.

DEBERES DE SANCION-Previsión constitucional (Aclaración de voto)

La consagración constitucional de un modelo de derecho penal mínimo es perfectamente natural, pues si el derecho penal es la forma más invasiva de control social, por su intensa afectación de la libertad, resulta impropio que un Estado que privilegia los derechos fundamentales, recurra innecesaria o desproporcionadamente a las estrategias punitivas.

PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Límites máximos/PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Legislador debe evitar criminalización de conductas ante medios menos lesivos (Aclaración de voto)

La Corte, en desarrollo del principio de proporcionalidad que tiene clara estirpe constitucional, ha concluido que aunque el Legislador tiene un importante margen de apreciación para determinar qué comportamientos son o no punibles, sin embargo debe evitar la criminalización de conductas, cuando tenga otros medios menos lesivos que el derecho penal para proteger los bienes jurídicos que pretende amparar.

DERECHO PENAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Límite por el principio de necesidad/DERECHO PENAL-Ultima ratio (Aclaración de voto)

El derecho penal en un Estado social de derecho está también limitado por el principio de necesidad, pues tiene el carácter de última ratio, por lo que, resultan inconstitucionales aquellas penalizaciones que sean innecesarias.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y NECESIDAD EN DERECHO PENAL/PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Exclusión de comportamiento que no afectan bien jurídico/DERECHO PENAL-Límite material (Aclaración de voto)

Consecuencia lógica de los principios de proporcionalidad y necesidad es el hecho de que existen comportamientos que, por no afectar ningún bien jurídico de importancia, se encuentran excluidos del poder punitivo del Estado. La razón de estos límites materiales al derecho penal es que éste implica una afectación muy intensa de la libertad de las personas, por lo cual, sólo se justifica su presencia cuando se trate de amparar bienes jurídicos de mayor trascendencia que la propia libertad.

PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Límites materiales (Aclaración de voto)

PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Límites materiales relacionados con valores y principios constitucionales (Aclaración de voto)

PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Espacios que están por fuera de órbita penal (Aclaración de voto)

LEY PENAL-No interfiere en conducta expresión de la propia autonomía (Aclaración de voto)

LEY-No deriva responsabilidad cuando el hecho es producto de un derecho constitucional

(Aclaración de voto)

RESPONSABILIDAD PENAL OBJETIVA-Proscripción/DERECHO PENAL DEL ACTO (Aclaración de voto)

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Alcance (Aclaración de voto)

Es claro que el Legislador tiene una cierta discrecionalidad para determinar las penas atribuidas a los distintos comportamientos punibles, “de acuerdo con la valoración que haga de las diferentes conductas en el marco de la política criminal”. Sin embargo, al definir la punibilidad, la ley debe respetar el principio de igualdad, y por ello no puede consagrar penas distintas para comportamientos que son de la misma naturaleza y gravedad, únicamente con base en ciertos rasgos irrelevantes de los sujetos activos del delito.

PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Utilización adecuada y razonable/PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Distinciones irrazonables (Aclaración de voto)

La Corte ha señalado que la utilización del poder punitivo debe ser adecuada y razonable, por lo cual son contrarias a la Carta aquellas penalizaciones que establecen en el tipo distinciones sin fundamento, o que son contrarias a los propios propósitos de la disposición. Y es que tales distinciones irrazonables serían también contrarias al principio de igualdad, que prohíbe establecer diferenciaciones caprichosas entre situaciones semejantes.

PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Alcance (Aclaración de voto)

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA-Límites dados por principios de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad (Aclaración de voto)

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Alcance (Aclaración de voto)

PENA Y CULPABILIDAD-Consideración de prohibición de exceso al regular relaciones (Aclaración de voto)

DEBERES CIUDADANOS-Límite material por contenido esencial de derechos constitucionales (Aclaración de voto)

DEBERES-No anulación de derecho constitucional (Aclaración de voto)

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Sacrificio de la propia vida para salvar otra en peligro (Aclaración de voto)

PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Necesidades de prevención general (Aclaración de voto)

CULPABILIDAD-Límite en la prohibición de exceso (Aclaración de voto)

PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Límites constitucionales a excesos de uso (Aclaración de voto)

1- Con nuestro acostumbrado respeto, los suscritos magistrados nos permitimos aclarar el voto a la sentencia de la referencia. Compartimos la decisión de declarar exequible la derogación de los delitos de bigamia y matrimonio ilegal. Estamos también de acuerdo con gran parte de la argumentación de la Corte, que corresponde en lo fundamental al proyecto elaborado por uno de nosotros, como bien lo precisan los antecedentes de la sentencia. Nuestra discrepancia reside esencialmente en la supresión de algunos párrafos del proyecto inicial, los cuales precisaban los límites máximos y mínimos que la Carta establece al poder punitivo del Estado. En todo caso, en esta aclaración hemos agregado algunos aspectos nuevos que surgieron del debate de la Sala.

2- La supresión de esos apartes es desafortunada, pues puede sugerir que la libertad del Congreso para establecer delitos y señalar las correspondientes penas es muy amplia. Pero ello no es así; aunque el Congreso goza de una cierta libertad para desarrollar la política criminal, sin embargo ésta se encuentra limitada por la siguiente razón: el derecho penal es uno de los campos jurídicos más constitucionalizados, tal y como esta Corporación lo ha resaltado en numerosas oportunidades<sup>17</sup>. Y eso es así, porque tanto desde el punto de vista sustantivo como procedimental, la norma superior establece valores, principios y derechos, que tienen una incidencia decisiva en la configuración del derecho penal. Por consiguiente, el Legislador “no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius punendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas”<sup>18</sup>.

3- Las consideraciones precedentes muestran que el Legislador tiene un margen de apreciación y una cierta libertad de configuración para determinar el contenido concreto del derecho penal, en desarrollo de la política criminal del Estado, pero también que dichas decisiones legislativas deben enmarcarse dentro de los límites establecidos por la Carta. Esto explica por qué el control que el juez constitucional ejerce sobre esas definiciones legislativas es un control de límites, a fin de que el Legislador permanezca en la órbita de discrecionalidad que la Carta le reconoce, esto es, que no incurra en desbordamientos punitivos, pero que tampoco desproteja aquellos bienes jurídicos que por su extraordinario valor, la Constitución excepcionalmente haya ordenado una obligatoria protección penal. Ahora bien, en el presente caso, el actor precisamente cuestionaba que el Legislador habría desconocido esos límites, en cierta medida, por defecto de punición, por cuanto habría descriminalizado unos comportamientos que, según su parecer, la Constitución ordena que sean punibles. En efecto, el argumento básico del actor es que esa despenalización afectaba la protección constitucional de la familia y del matrimonio.

4- Para resolver ese interrogante, lo más deseable era entonces que la Corte hubiera estudiado sistemáticamente los límites máximos y mínimos que la Carta señala para el ejercicio del poder punitivo del Estado, con el fin de poder precisar si la norma acusada había desconocido o no esos marcos constitucionales, al haber despenalizado la bigamia y el matrimonio ilegal. Y ese estudio permitía precisamente delimitar el campo legítimo de la política criminal, y por ello consideramos importante reproducirlo en esta aclaración de voto. Ahora bien, como la presente sentencia retoma varios apartes del proyecto originario,

algunos puntos de esta aclaración coinciden literalmente con la argumentación de la sentencia. A pesar de las eventuales repeticiones, hemos mantenido los pasajes para preservar la coherencia de la aclaración.

Los límites del poder punitivo del Estado.

5- La Carta establece diversas restricciones al ejercicio del poder punitivo estatal, en la medida en que no sólo delimita cómo debe ser ejercida esa potestad sino también cuáles comportamientos deben ser penalizados y, por el contrario, cuales esferas de la vida social escapan al imperio del derecho penal. Es pues posible entonces distinguir limitaciones constitucionales de diversa naturaleza sobre la libertad de configuración del Congreso en materia penal.

El ejercicio del poder punitivo del Estado se desarrolla entre dos grandes extremos: la obligación de tipificar ciertas conductas como las graves violaciones a los derechos humanos (límites mínimos) y la prohibición de intervenir penalmente en ciertos ámbitos que son producto del legítimo ejercicio de un derecho constitucional (límites máximos). Sin embargo, el campo de juego que surge en ese marco no es de total libertad, porque existen derechos fundamentales como el de igualdad y, principios como el de razonabilidad, necesidad y prohibición de exceso, que también limitan la actividad de configuración del legislador. Además, el control social de la conducta que desconoce la vigencia de la norma es formal, en el sentido que requiere una ley con determinados requisitos (*lex praevia*, *lex certa*, *lex scripta*). Estos puntos serán explicados a continuación.

Limites de contenido formal.

6- Algunas limitaciones son de contenido formal, pero no por ello dejan de ser trascendentales. Así, la Carta establece el principio de estricta legalidad en materia punitiva, en virtud del cual no sólo la ley debe establecer previamente los hechos punibles (principio de legalidad en sentido lato o de reserva legal), sino que además las conductas punibles y las penas deben estar “inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley” ya que “sólo de esa manera el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal”<sup>19</sup>. En efecto, es claro que sólo si las descripciones legales son claras, pueden los ciudadanos comprender con antelación cuáles son los comportamientos prohibidos, y la labor de los jueces no es caprichosa, pues deben determinar si la conducta específica de la persona se adecua o no a los hechos punibles que se le imputan. Por ello, en desarrollo de este principio de estricta legalidad, la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de normas penales que no definían claramente el hecho punible o la sanción a ser impuesta. Por ejemplo, la sentencia C-559 de 1999 retiró del ordenamiento los incisos primero y quinto del artículo 68 de la Ley 488 de 1998, pues la descripción de los hechos punibles contenidos en esas disposiciones era tan antitécnica y ambigua que, resultaba imposible determinar con claridad cuál era el comportamiento sancionado. Por su parte, la sentencia C-843 de 1999 declaró la inconstitucionalidad del artículo 26 de la Ley 491 de 1999, pues esa disposición no precisaba con suficiente rigor las penas que podrían ser impuestas, en ciertos casos de delitos cometidos por personas

jurídicas.

Al menos en tres aspectos, la Constitución cierra el sistema de fuentes en derecho penal, al consagrar (i) una reserva de ley para la descripción de los elementos esenciales de la conducta punible, (ii) una reserva administrativa para el complemento de algunos tipos penales en blanco y (iii) un sistema cerrado de deberes en ciertos ámbitos como el orden público, que no pueden ser extendidos por el legislador.

Los límites mínimos al ejercicio del poder punitivo del Estado: el deber de penalizar ciertas conductas.

7- La opción constitucional por un derecho penal mínimo explica que la Carta sólo haya previsto deberes de penalización absolutamente excepcionales, pues el Constituyente, congruente con su opción por la libertad y la dignidad humanas, se preocupó más por controlar el poder punitivo, que por expandirlo. En efecto, sólo en casos muy especiales, la Carta ha previsto deberes de penalización. Así sucede específicamente con conductas extremas, atentatorias de bienes constitucionales superiores, como la vida e integridad personales, como son los delitos de lesa humanidad, que el Estado colombiano, en desarrollo de deberes internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad (CP art. 93) tiene el deber de castigar. Por ejemplo, las sentencias C-225 de 1995 y C-368 de 2000 señalaron que ciertos comportamientos como la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, o las desapariciones forzadas, no podían ser excusados y requerían ser sancionados. Igualmente, la sentencia C-177 de 2001 señaló que Colombia había adquirido el deber de penalizar el genocidio, como consecuencia, entre otras cosas, de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, mediante la Ley 28 de 1959.

Igualmente, la Carta ha previsto determinados deberes de sanción, que podrían implicar ciertas obligaciones de penalización para amparar los derechos fundamentales de ciertos grupos poblacionales con protección privilegiada. Tal sucede con los niños, pues no sólo sus derechos son prevalentes sino que, además, cualquier persona puede exigir de la autoridad competente la sanción de quienes vulneren algunos derechos (CP art. 44).

8- Según nuestro parecer, la consagración constitucional de un modelo de derecho penal mínimo es perfectamente natural, pues si el derecho penal es la forma más invasiva de control social, por su intensa afectación de la libertad, resulta impropio que un Estado que privilegia los derechos fundamentales, recurra innecesaria o desproporcionadamente a las estrategias punitivas. Es claro entonces que la cláusula del Estado social de derecho (CP art. 1º), y los deberes de justicia y solidaridad que ella imponen (CP art 2º), lejos de implicar una fuga hacia el derecho penal, tienden a todo lo contrario: a una minimización de la intervención punitiva del Estado, pues el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares son realizables por vías distintas a la penal, como la prevalencia del gasto público social, la adopción de medidas a favor de las poblaciones desprotegidas, o el uso de mecanismos administrativos de control (CP arts 13 y 350). Y estas intervenciones estatales no penales deberían conducir a la sociedad colombiana a la consolidación de un orden más justo (CP art. 2º), que haga cada vez más innecesario el recurso a las medidas punitivas.

Límites máximos. Comportamientos que se encuentran excluidos del ámbito penal:

conductas socialmente inocuas, respeto a la autonomía y al ejercicio de derechos constitucionales.

9- La Corte, en desarrollo del principio de proporcionalidad que tiene clara estirpe constitucional, ha concluido que aunque el Legislador tiene un importante margen de apreciación para determinar qué comportamientos son o no punibles, sin embargo debe evitar la criminalización de conductas, cuando tenga otros medios menos lesivos que el derecho penal para proteger los bienes jurídicos que pretende amparar. Y es que en un Estado social de derecho, fundado en la dignidad humana y en la libertad y autonomía de las personas (CP arts 1º, 5º y 16) resulta desproporcionado que el Legislador opte por el medio más invasivo de la libertad personal, como es el derecho penal, cuando cuenta con instrumentos menos lesivos de estos derechos constitucionales para amparar los mismos bienes jurídicos, como pueden ser el desarrollo de formas vigorosas de política social, o la adopción de medidas administrativas de control.

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, por lo que, resultan inconstitucionales aquellas penalizaciones que sean innecesarias. Así lo reiteró recientemente esta Corte, en la sentencia C-647 de 2001, MP Alfredo Beltrán Sierra, fundamento 4º, en donde señaló que “el derecho penal en un Estado democrático sólo tiene justificación como la ultima ratio que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados”, por lo cual la “utilidad de la pena, de manera ineluctable, supone la necesidad social de la misma; o sea que, en caso contrario, la pena es inútil y, en consecuencia, imponerla deviene en notoria injusticia.”

10- Consecuencia lógica de los principios de proporcionalidad y necesidad es el hecho de que existen comportamientos que, por no afectar ningún bien jurídico de importancia, se encuentran excluidos del poder punitivo del Estado. La razón de estos límites materiales al derecho penal es que éste implica una afectación muy intensa de la libertad de las personas, por lo cual, sólo se justifica su presencia cuando se trate de amparar bienes jurídicos de mayor trascendencia que la propia libertad. Ha dicho al respecto esta Corporación:

“Mediante el principio de proporcionalidad se introducen las categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad en el derecho constitucional. La responsabilidad de los particulares por infracción de la Constitución o de las leyes (CP art. 6), requiere de un daño efectivo a los bienes jurídicos protegidos y no meramente una intención que se juzga lesiva. Esto se desprende de la razón de ser de las propias autoridades, a saber, la de proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades (CP art. 2). Sólo la protección de bienes jurídicos realmente amenazados justifica la restricción de otros derechos y libertades, cuya protección igualmente ordena la Constitución.20”

11- Directamente ligado a lo anterior, la Carta establece otros límites materiales al poder punitivo del Estado, relacionados con principios y valores constitucionales especialmente protegidos, que implican la prohibición de que el sistema penal intervenga en esos ámbitos. Hay pues espacios que por mandato constitucional están por fuera de la órbita penal, como los siguientes:

1) En primer lugar, la ley penal no puede interferir en conductas que son expresión de la propia autonomía de las personas. En efecto, si el Estado reconoce la autonomía y la libertad, resulta contradictorio admitir que ese mismo Estado pueda penalizar comportamientos que, sin afectar derechos de terceros, son expresión de esa autonomía personal. Por ello, la sentencia C-221 de 1994, MP Carlos Gaviria Díaz, concluyó que el reconocimiento de “la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatárle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen”. La teoría de las acciones a propio riesgo, en la cual no es posible imputar un hecho a quien facilita o permite que otra persona ponga en peligro sus propios bienes jurídicos, quebrantando sus deberes de autoprotección, es un desarrollo del principio de autonomía.

2) De otro lado, tampoco puede la ley derivar responsabilidad cuando el hecho es producto del ejercicio de un derecho constitucional, incluso si aparentemente existe una vulneración de un bien jurídico. Por ejemplo, no podría el Estado penalizar la libertad de expresión o de crítica, so pretexto de proteger el orden público. Sobre este postulado puede fundamentarse desde el punto de vista constitucional la prohibición de regreso, según la cual no es punible el favorecimiento doloso o culposo de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, cuando este favorecimiento se ha producido dentro del riesgo permitido.

3) Finalmente, si la Carta prohíja un Estado de derecho fundado en la dignidad humana (CP arts 1 y 5), y que además reconoce y promueve el pluralismo y la multiculturalidad (CP arts 7, 8 y 70), es claro que la diversidad cultural no puede ser criminalizada.

12- Por último, pero no por ello menos importante, consideramos que, como consecuencia del reconocimiento de la dignidad humana (CP art 1º), la Carta proscribela 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” (subrayas no originales). Esta Corporación ha precisado la importancia de esta opción constitucional por un derecho penal de acto, en los siguientes términos:

“Dicha definición implica, por una parte, que el acontecimiento objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos. En síntesis, desde esta concepción, sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente.”

El espacio de juego de la actividad legislativa, cuando puede o debe tipificar y sancionar comportamientos: Igualdad, razonabilidad y prohibición de exceso.

13- Es claro que el Legislador tiene una cierta discrecionalidad para determinar las penas atribuidas a los distintos comportamientos punibles, “de acuerdo con la valoración que haga de las diferentes conductas en el marco de la política criminal”<sup>21</sup>. Sin embargo, al definir la

punibilidad, la ley debe respetar el principio de igualdad (CP art. 13), y por ello no puede consagrar penas distintas para comportamientos que son de la misma naturaleza y gravedad, únicamente con base en ciertos rasgos irrelevantes de los sujetos activos del delito<sup>22</sup>. El principio de igualdad, como límite al poder punitivo del Estado y a la libertad de configuración del Legislador, ha llevado entonces a la Corte a declarar la inexecutable de ciertas diferenciaciones punitivas injustificadas. Así, la sentencia C-287 de 1997, M.P. Carlos Gaviria, declaró la inconstitucionalidad del artículo 25 de la Ley 294 de 1996, que establecía una sanción considerablemente menor para los delitos de acceso y acto carnal violentos, si el acto era ejecutado contra el cónyuge o la persona con quien se cohabita. La sentencia consideró que era inaceptable que para los mismos delitos se impusieran penas diferentes, dependiendo de si existía o no una relación entre la víctima y el agente. Por su parte, la sentencia C-358 de 1997, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 259 del Código Penal Militar, que consagraba, sin ninguna justificación aparente, una pena menor para el homicidio, cuando éste era cometido por militares. La sentencia precisó entonces que “en relación con los delitos comunes contemplados en el Código Penal Militar, éste no puede, sin violar el principio de igualdad en materia punitiva, imponer penas principales inferiores a las previstas en la legislación penal ordinaria”. Con el mismo criterio, la sentencia C-445 de 1998, MP Antonio Barrera Carbonell, declaró la inexecutable parcial del artículo 189 del Código Penal Militar, por cuanto establecía penas menores para el delito de peculado cometido por militares que para ese mismo comportamiento cometido por otros servidores públicos.

14- La Corte también ha señalado que la utilización del poder punitivo debe ser adecuada y razonable, por lo cual son contrarias a la Carta aquellas penalizaciones que establecen en el tipo distinciones sin fundamento, o que son contrarias a los propios propósitos de la disposición. Y es que tales distinciones irrazonables serían también contrarias al principio de igualdad, que prohíbe establecer diferenciaciones caprichosas entre situaciones semejantes. Por esa razón, por ejemplo, la sentencia C-173 de 2001, MP Alvaro Tafur Galvis, declaró la inexecutable de la expresión “en el término de un (1) año”, contenida en la definición del tipo penal de usura, y según la cual ese delito sólo se configuraba si el sujeto activo durante 365 días o más, recibía o cobraba directa o indirectamente, de una o varias personas, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés que para el período correspondiente estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación. La Corte consideró que no era clara la diferencia entre quien realizaba ese comportamiento por 30 días y aquel que lo efectuaba por un año, por lo que “la restricción temporal deja sin punición conductas idénticas a las consideradas punibles, pero que no lo son, únicamente por no cumplir este elemento temporal señalado en la ley, sin que se encuentre justificación razonable”, y así “termina sacrificándose en consecuencia el bien jurídico que la norma está llamado a proteger, lo que sin lugar a dudas hace que este elemento de temporalidad sea inconstitucional.”

Y con criterios semejantes, la sentencia C-177 de 2001, MP Fabio Morón Díaz, declaró la inexecutable de la frase “que actúe dentro del marco de la Ley,” contenida en el tipo penal de genocidio, que establecía que incurría en esa conducta quien “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". La Corte concluyó que la distinción introducida por esa expresión era irrazonable "toda vez que desconoce en forma flagrante las garantías de respeto irrestricto de los derechos a la vida y a la integridad personal que deben reconocerse por igual a todas las personas, ya que respecto de todos los seres humanos, tienen el mismo valor".

15- Directamente vinculado a los principios de igualdad y razonabilidad, el principio de proporcionalidad también limita la libertad de configuración del Legislador en materia punitiva. Así, la jurisprudencia constitucional ha deducido el principio de proporcionalidad o "prohibición de exceso", de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales). La Corte ha concluido entonces que el Legislador no tiene "la facultad de fijar cualquier pena con independencia de la gravedad del hecho punible y su incidencia sobre los bienes jurídicos tutelados" pues "sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas"<sup>23</sup>. Igualmente la Corte ha reiterado que el Legislador goza de discrecionalidad para establecer penas diversas a distintos hechos punibles, pero siempre y cuando "se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros"<sup>24</sup>.

Con fundamento en este principio de proporcionalidad, la Corte concluyó que algunos desarrollos legales eran inconstitucionales, por cuanto incurrían en excesos punitivos. Por ejemplo, la sentencia C-364 de 1996, MP Carlos Gaviria Díaz, declaró la inconstitucionalidad del artículo 10 de la Ley 228 de 1995, que convirtió en contravención el hurto calificado, cuando el valor de lo apropiado fuera inferior a diez salarios mínimos legales mensuales, quedando clasificado como delito el mismo hecho cuando el valor de lo apropiado hubiera sido igual o superior a esa suma. La Corte consideró que esa definición legislativa era desproporcionada e irrazonable, por cuanto asignaba a la contravención un tratamiento punitivo más riguroso que al delito. Según la mencionada sentencia, si el legislador "consideraba que la conducta de hurto calificado, cuando el valor de lo apropiado es inferior a diez salarios mínimos legales mensuales, es un hecho de menor transcendencia sociojurídica, y lo calificó como contravención, debió ser consecuente con su valoración y, por tanto, debió otorgarle un trato punitivo menos gravoso que el fijado para el delito". Por su parte, la sentencia C-746 de 1998. MP Antonio Barrera Carbonell, declaró la inexequibilidad parcial de los incisos primero y tercero del artículo 28 de la ley 228 de 1995, pues consideró que esos apartes eran desproporcionados, al consagrar un trato más severo a las personas que cometieran la contravención especial de hurto simple agravado, en relación con las personas que son vinculadas a un proceso penal por el delito de hurto simple agravado, pues "mientras a las primeras no se les permite la extinción de la acción penal por la reparación integral del daño causado a la víctima, sino simplemente la disminución de la pena, a las segundas si se les admite que puedan acudir al referido mecanismo procesal".

La prohibición de exceso también debe ser tenida en cuenta al regular las relaciones entre pena y culpabilidad. Si bien el fin de prevención general puede determinar el contenido de la culpabilidad, los deberes que se exijan al ciudadano tienen como límite material el contenido esencial de los derechos constitucionales. No puede el legislador al regular las cláusulas de exigibilidad crear deberes que anulan un derecho constitucional, con el propósito de reforzar la confianza institucional.

Quebranta por ejemplo el principio de proporcionalidad, la consagración de deberes consistentes en el sacrificio de la propia vida, para salvar otra que se encuentra en peligro. A un bombero se le puede exigir que asuma riesgos superiores a los de cualquier persona, pero no hasta el extremo de afrontarlos cuando es seguro que perderá su propia vida. En este caso, las necesidades de prevención general no pueden llegar hasta el extremo de desconocer el núcleo esencial de un derecho (en el caso del ejemplo, la propia vida) por más legítimo que sea el fin constitucionalmente relevante. La prohibición de exceso, es un límite material al contenido de la culpabilidad

16. Esta breve presentación de algunas de las limitaciones constitucionales a los excesos de uso del poder punitivo estatal, que dista de ser exhaustiva, es empero suficiente para concluir que la Carta, aunque reconoce al Legislador un margen de discreción para desarrollar la política criminal, opta por un esquema de derecho penal mínimo, pues si bien impone deberes importantes al Estado y a los particulares, a fin de construir un orden justo, no privilegia los instrumentos punitivos para alcanzar esos fines.

En esos términos, dejamos entonces aclarado nuestro voto.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

1 Ver, entre muchas otras, las sentencias C-055 de 1996, C-443 de 1997 y C-478 de 1998.

2 Sentencia C-443 de 1997. MP Alejandro Martínez Caballero, fundamento 12.

3 Ver, entre otras, las sentencias C-608/92, C-145/94, C-055/96 y C-1548 de 2000.

4 Ver, por ejemplo, la sentencia del 22 de mayo de 1974 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Carlos Galindo Pinilla.

5 Ver igualmente la citada sentencia C-055 de 1996, que estudió si la derogación de ciertas normas relacionadas con la Caja Agraria guardaban una conexidad temática razonable con el

tema dominante de la Ley 48 de 1990, que contenía la cláusula derogatoria.

6 Sentencia C-173 de 2001.

7 Sentencia C-559 de 1999. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento 21.

8 Sentencia C-038 de 1995. Fundamento 4.

9 Ver, por todos, a Beccaría, quien, al hablar del derecho de castigar, señaló que “sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad agrupada por un contrato social” (subrayas no originales). (De los delitos y las penas. Bogotá Temis: 1990, p 5-6)

10 Sentencia C-559 de 1999. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento 21.

11 Corte Constitucional. Sentencia C-843 de 1999. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento 8. En el mismo sentido, ver la sentencia C-559 de 1999.

12 Corte Constitucional. Sentencia C-551 de 2001. MP Alvaro Tafur Galvis. Consideración 5.1.

13 Ver, entre otras, las sentencias C-287 de 1997, C-358 de 1997, C-445 de 1998, C-368 de 2000, C-173 de 2001 y C-361 de 2001.

14 Sentencia C-070 de 1996. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento 10. En el mismo sentido, ver las sentencias C-118 de 1996 y C-148 de 1998.

15 Sentencia C-1404/2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alvaro Tafur Galvis

16 Sentencia C-070 de 1996. MP Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamento 11.

17 Ver, entre muchas otras, las sentencias C-038 de 1995, C-070 de 1996, C-239 de 1997, C-559 de 1999, C-177 de 2001, C-551 de 2001 y C-647 de 2001.

19 Corte Constitucional. Sentencia C-843 de 1999. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento 8. En el mismo sentido, ver la sentencia C-559 de 1999.

20 Sentencia C-070 de 1996. MP Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamento 11.

21 Corte Constitucional. Sentencia C-551 de 2001. MP Alvaro Tafur Galvis. Consideración 5.1.

22 Ver, entre otras, las sentencias C-287 de 1997, C-358 de 1997, C-445 de 1998, C-368 de 2000, C-173 de 2001 y C-361 de 2001.

23 Sentencia C-070 de 1996. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento 10. En el mismo sentido, ver las sentencias C-118 de 1996 y C-148 de 1998.

24 Sentencia C-1404/2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alvaro Tafur Galvis