

Sentencia C-575-09

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Improcedencia por existencia de razones que justifican un pronunciamiento de fondo

ULTRAJE A EMBLEMAS O SIMBOLOS PATRIOS-Penalización de la conducta resulta desproporcionada/PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD EN EL DERECHO PENAL-Aplicación/PRINCIPIO DE NECESIDAD EN DERECHO PENAL-Ultima ratio

La remisión al derecho penal como estatuto sancionatorio debe operar únicamente cuando las medidas incorporadas para controlar los fenómenos antisociales han sido puestas en marcha sin éxito o cuando éstas son insuficientes para someterlos. El derecho penal está enmarcado en el principio de mínima intervención, lo que supone que el ejercicio del poder de punición tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el Estado para controlar desmanes transgresores de la vida en comunidad. Esta limitante implica que al tiempo que el legislador no está obligado a criminalizar todas las conductas que suponen un daño para la sociedad, tampoco le está permitido hacerlo con las que no ofrecen verdadero riesgo para ella. En aplicación de este criterio de control, la Corte Constitucional ha declarado la inexecutable de conductas cuya penalización ha encontrado desproporcionada, precisamente por estimar innecesario que el Estado recurriera al sistema penal para castigar conductas que podían castigarse con mayor eficacia por la vía de la potestad sancionatoria de la administración. Así, la decisión de criminalizar una conducta sólo puede reputarse legítima cuando responde a la necesidad de sancionar comportamientos atentatorios de los derechos y libertades individuales y colectivos, y en razón de la imposibilidad de reprender el ilícito con mecanismos menos invasivos de los derechos fundamentales, pues la incursión del derecho penal en la regulación del comportamiento humano debe considerarse como el último recurso posible para enderezarlo o reprenderlo. En consecuencia, dada la falta de idoneidad del tipo penal ultraje a emblemas y símbolos patrios para proteger la existencia y seguridad del Estado, tampoco resulta necesario tipificarla penalmente para proscribirla o sancionarla, precisamente porque existen otras más idóneas para preservar este bien jurídico. Además, existen disposiciones que permiten la misma finalidad y que son de naturaleza administrativa, que no llevan aparejadas las consecuencias negativas de la condena penal aún cuando la sanción impuesta sea la

misma.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA-Criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad como límites materiales/TIPO PENAL-Deber de observar la estricta legalidad/TIPO PENAL-Creación es competencia exclusiva del legislador

La Corte ha entendido que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal. Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible, y así en punto a observar el deber de la estricta legalidad, la Corte ha señalado (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa”. De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca; en relación con el deber de respetar los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales, así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia y, en general, el bloque de constitucionalidad; y respecto al deber de respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad del tipo, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional

TIPO PENAL-Deber de respetar derechos constitucionales

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN TIPO PENAL-Implica claridad y precisión de la conducta

LIBERTAD DE EXPRESION-Alcance/LIBERTAD DE EXPRESION-Elementos normativos que la conforman/LIBERTAD DE EXPRESION-Reglas para determinar su alcance legítimo

La libertad de expresión es una garantía fundamental reconocida por la Carta y protegida por los tratados internacionales de derechos humanos. De la lectura de las normas legales, nacionales e internacionales, la Corte ha extraído algunas reglas interpretativas que sirven para establecer el alcance legítimo de este derecho. Así, ha señalado que (i) toda expresión se encuentra protegida por una presunción de primacía constitucional sobre la cual cabe prueba en contrario; (ii) prima facie se reconoce mayor peso abstracto a la libertad de expresión salvo que estén en juego otros principios o derechos que gocen de una protección superior; (iii) se presume como una “intervención constitucionalmente sospechosa” cualquier limitación de la libertad de expresión por parte de las autoridades públicas, por lo tanto, en estos casos se debe proceder con un control constitucional estricto que corrobore la existencia de causas jurídicas concretas para la limitación del mismo.

LIBERTAD DE EXPRESION EN SENTIDO ESTRICTO-Características constitucionales

La libertad de expresión en sentido estricto tiene las siguientes características constitucionales: (i) titularidad universal que impide la discriminación y que puede involucrar intereses públicos y colectivos; (ii) en virtud de los tratados internacionales hay ciertas opiniones que no pueden ser expresadas como las xenofóbicas, la pornografía infantil y las que promueven la violencia, entre otras; (iii) existen niveles de protección al interior del derecho de la libre expresión y esto es considerado en el momento en que se lleve a cabo la aplicabilidad de este derecho; (iv) es importante resaltar que la Corte menciona como un elemento esencial de este derecho “la expresión protegida por esta libertad puede ser tanto la del lenguaje convencional, como la

manifestada a través de conducta simbólica o expresiva convencional o no convencional”; (v) la protección constitucional a este derecho se manifiesta tanto en el contenido como en la expresión del mismo y su tono, se debe resaltar que el derecho de la libertad de expresión es protegido aun cuando las ideas y la forma de expresar las mismas sea chocante para la mayoría de la sociedad; (vi) el derecho a la libre expresión no solamente implica obligaciones y responsabilidades vinculantes para quien ejerce dicho derecho, sino también para el Estado y las autoridades públicas.

LIBERTAD DE EXPRESION-Sanción penal al ultraje a símbolos patrios constituye una limitación

Dado que en Colombia se garantiza la libre expresión, es previsible que la sanción al ultraje de los símbolos patrios pueda considerarse en ciertos casos como un límite al ejercicio de dicha libertad, por cuanto la agresión a un símbolo patrio participa del contenido simbólico del bien afrentado y es posible, en ese escenario, suponer innumerables hipótesis en que una agresión de esta naturaleza es manifestación de una intención comunicativa legítima, que encuadra en el ámbito de protección del derecho a la libre expresión. No es difícil imaginar múltiples circunstancias en que los símbolos patrios sirven de instrumento de protesta social, cuando no se los usa como medio comunicativo para manifestar posiciones personales sobre temas que atañen a la vida en comunidad.

AGRESION A SIMBOLOS PATRIOS EN DERECHO COMPARADO-Estados Unidos/AGRESION A SIMBOLOS PATRIOS EN DERECHO COMPARADO-Como manifestación de la libertad de expresión

Dos precedentes en derecho comparado para establecer cómo ciertas conductas que suponen una agresión a los símbolos patrios pueden ser entendidas como manifestaciones de la libertad de expresión. En el primero de los casos, la Corte Suprema de Justicia señaló que prender fuego a la bandera nacional constituye manifestación legítima de la expresión individual, directamente protegida por la primera enmienda de la Constitución americana, señalando que no corresponde a las autoridades de un régimen democrático determinar el sentido y la orientación de las expresiones de los ciudadanos, por lo que el ámbito de protección de la libertad expresiva debe

incluir todos los contenidos posibles. Concluyó que en una sociedad liberal al Estado no le corresponde determinar qué es ortodoxo, es decir, no le corresponde señalar que la quema de la bandera sólo es legítima cuando no pone en entredicho los sentimientos de nacionalidad que la misma lleva implícitos. A juicio de la Corte, la importancia simbólica de la bandera no se protege con acciones sancionatorias, sino mediante la educación en los valores sociales. Y si es la discusión sobre la vigencia de esos valores la forma de contener el discurso agresivo, entonces la solución debe ser el incremento del discurso, antes que la fuerza que acalle la voz disidente. En el segundo caso se cuestionaba la constitucionalidad de una ley federal que convertía en delito la destrucción de la misma. La Corte consideró nuevamente que la sanción a la conducta constituía una limitante ilegítima a la libertad de expresión y falló a favor de la protesta.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Alcance/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Sujeción a la Constitución/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Límites

Esta Corporación ha considerado de manera reiterada, que el legislador cuenta con una amplia libertad de configuración para determinar cuales conductas han de ser consideradas punibles así como para fijar las penas correspondientes a tales comportamiento, también puede incluir agravantes o atenuantes de la sanción, puede delimitar el ámbito de responsabilidad del sujeto o establecer causales de exclusión de antijuridicidad o de irresponsabilidad, puede definir los procedimientos exigibles para la imposición de las penas y puede determinar las formas de redención de la misma, entre muchos otros aspectos. Esa libertad de configuración en materia penal autoriza al legislador para regular, en suma, todos los temas relacionados con el delito, desde la conducta que lo estructura hasta los mecanismos y procedimientos necesarios para reprimirlo. Potestad que es consecuencia directa de la cláusula general de competencia. Y si bien la Constitución es el origen de la libertad de configuración del legislador en materia penal, a su vez obra como un límite a esa misma potestad, pues no le permite actuar arbitrariamente, sino de conformidad con los parámetros que ella misma establece. La Corte también ha dicho que en la constitucionalización del derecho penal la competencia de configuración del legislador está limitada por los derechos fundamentales y la estructura constitucional del Estado y que en ejercicio de

esa potestad, el Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas.

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD-Concepto/JUICIO DE PROPORCIONALIDAD-Etapas/JUICIO DE PROPORCIONALIDAD-Niveles de intensidad/JUICIO DE PROPORCIONALIDAD-Aplicación

El juicio de proporcionalidad es una herramienta argumentativa que incorpora exigencias básicas de racionalidad medios - fines, así como una exigencia de justificación de la actividad estatal cuando esta restringe los derechos fundamentales de las personas. La proporcionalidad (...) es un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales. El test o juicio de proporcionalidad, quedará superado cuando: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada. Estas etapas coinciden con los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en los cuales la doctrina nacional y extranjera ha descompuesto el juicio de proporcionalidad. La jurisprudencia constitucional ha distinguido entre distintos niveles de intensidad del juicio de proporcionalidad de acuerdo a la materia regulada por la norma demandada y a la naturaleza de los derechos en juego en el caso concreto. En aplicación de esta metodología la Corte Constitucional ha establecido tres modalidades de test de proporcionalidad: test leves, test intermedios y test estricto

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Estricto-Aplicación en tipo penal de ultraje a símbolos patrios

En el presente caso que se demanda el tipo penal de ultraje a los símbolos patrios -artículo 461 del Código Penal- que configura una restricción desproporcionada de ciertas conductas que pueden entenderse amparadas por la libertad de expresión, debe aplicarse a la medida legislativa un test estricto de constitucionalidad, por estar en juego principios fundantes del Estado colombiano y derechos fundamentales, que implica un mayor rigor en las diversas etapas del examen de constitucionalidad de la

medida legislativa, por lo que corresponde verificar que la finalidad perseguida por la medida sea no sólo legítima e importante, sino también imperiosa; que el medio escogido sea no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo; y adicionalmente, se debe aplicar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto mediante el cual se verifique que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y derechos constitucionales afectados por la misma.

SIMBOLO-Concepto/SIMBOLO-Vulneración no implica afectación de la realidad fenoménica

Un símbolo es una representación sensorial que se asocia a una realidad convencionalmente aceptada, por lo que, en el caso del derecho penal, la vulneración del símbolo no implica tanto la afectación de la realidad fenoménica como de los valores y convenciones por ella representados.

SIMBOLOS PATRIOS-Significado/SIMBOLOS PATRIOS-Breve reseña histórica

ULTRAJE A EMBLEMAS O SIMBOLOS PATRIOS-Elementos del tipo penal

ULTRAJE A EMBLEMAS O SIMBOLOS PATRIOS-Finalidad legítima

Sobre la base de lo que representan, es posible afirmar entonces que el tipo penal acusado persigue proteger la existencia y seguridad del Estado mediante la protección de los símbolos que lo encarnan, se trata por lo tanto de una medida de protección de los valores morales representados en la bandera, el escudo y el himno de Colombia, y ya que las conductas que afectan los símbolos patrios pueden ser consideradas como una afrenta a lo que éstos representan, es decir, la calidad de colombiano y el sentido de pertenencia a la comunidad nacional, se puede concluir que la disposición legal que tipifica el ultraje a los símbolos patrios no es en principio contraria a la Carta. Por lo menos en esta etapa preliminar del análisis, es legítimo que el legislador proteja la integridad de dichos símbolos recurriendo incluso a sanciones de índole penal.

ULTRAJE A EMBLEMAS O SIMBOLOS PATRIOS-Idoneidad del tipo penal

En esta etapa del test de proporcionalidad se debe verificar si la medida enjuiciada resulta útil y adecuada para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima que persigue, ello ocurre si contribuye de manera efectiva a la consecución del fin propuesto, es decir, a la satisfacción de los principios y valores constitucionales para cuya protección se implementa. Este requerimiento resulta más exigente cuando se adelanta un juicio estricto de constitucionalidad, como en el presente caso, pues debe verificarse si la medida legislativa examinada resulta efectivamente conducente para el logro de la finalidad perseguida. La Corte debe definir si la tipificación penal del ultraje a los símbolos patrios es un medio idóneo para proteger la existencia y seguridad del Estado por un lado, pero también para preservar otros valores constitucionales representados en la bandera, el escudo y el himno de Colombia, tales como los deberes constitucionales relacionados con engrandecer y dignificar la calidad de nacional colombiano, así como para preservar los recursos culturales encarnados en el himno nacional, el escudo y la bandera. Una primera apreciación se impone: la tipificación penal de la conducta descrita en el artículo 461 del Código Penal en principio no parece una medida idónea para la protección de la existencia y seguridad del Estado, pues si los símbolos patrios constituyen una representación de los valores fundantes que promueven la cohesión social de los colombianos, una conducta como la descrita en el artículo 461 del Código Penal no tiene la magnitud requerida para afectar objetivamente ni la existencia ni la seguridad del Estado, por lo cual no resulta idónea para la protección de este bien jurídico. No obstante, en relación con lo adecuado de la norma para la protección de los valores constitucionales a los cuales están ligados los símbolos patrios, la tipificación penal de una conducta con la amenaza de sanción que lleva aparejada sin duda tiene efectos preventivos y disuasorios importantes frente a la colectividad, y en esa medida el artículo 461 del Código Penal constituye un medio idóneo para evitar que se atente contra los símbolos patrios y de contera para proteger los valores constitucionales que estos representan, pues la tipificación de esta conducta como penalmente sancionable tendrá efectos disuasorios, intimidatorios y preventivos sobre los individuos quienes ante la amenaza de una sanción penal se abstendrán de atentar contra éstos. Se trata por lo tanto de una medida efectivamente conducente para conseguir la finalidad constitucional perseguida.

ULTRAJE A EMBLEMAS O SIMBOLOS PATRIOS-No supera juicio de proporcionalidad

Referencia: expediente D-7584

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 461 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”.

Demandantes: Carlos Humberto García Guzmán y Jorge Eliecer Peña Pinilla

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D. C., veintiséis (26) de agosto de dos mil nueve (2009).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Los ciudadanos Carlos Humberto García Guzmán y Jorge Eliecer Peña Pinilla, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 461 del Código Penal.

Por medio de auto fechado el doce (12) de febrero de 2009, el magistrado sustanciador admitió la demanda, en la misma providencia ordenó su fijación en lista en la Secretaría General de esta Corporación, y decidió comunicar la iniciación del trámite de la demanda al Presidente del Congreso, al Presidente de la República, al Ministerio del Interior y de Justicia, al Ministerio de Educación Nacional, al Ministerio de Cultura, a la Fiscalía General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, a la Academia Colombiana de Historia, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Instituto Caro y Cuervo y a las facultades de derecho de las universidades del Rosario, Andes, y Nacional de Colombia, al Colegio de Abogados Penalistas de Bogotá y Cundinamarca y a la Asociación Nacional de Abogados Penalistas. Por último ordenó dar traslado al Procurador General de la Nación para que en

el término de treinta (30) días emitiera el concepto correspondiente.

Dentro de término señalado en el auto admisorio de la demanda fueron presentados escritos de intervención por la ciudadana Genoveva Iriarte Esguerra en representación del Instituto Caro y Cuervo, por la ciudadana Janeth Bustos Salazar representante del Ministerio de Cultura, por el ciudadano Fernando Gómez Mejía representante del Ministerio del Interior y de Justicia, por la ciudadana Karin Irina Kuhfeldt Salazar obrando en representación de la Defensoría del Pueblo. Vencido el término de fijación en lista presentó escrito de intervención la ciudadana Julia Betancourt Gutiérrez en representación del Ministerio de Educación Nacional.

Una vez presentado el concepto del Procurador General de la Nación y cumplidos los trámites constitucionales y legales correspondientes, entra la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. DISPOSICIÓN DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto del artículo acusado.

LEY 599 DE 2000

(julio 24)

Diario Oficial. N. 44097. 24, julio, 2000.

Por la cual se expide el Código Penal.

Artículo 461. Ultraje a emblemas o símbolos patrios. El que ultraje públicamente la bandera, himno o escudo de Colombia, incurrirá en multa.

III. LA DEMANDA

Los demandantes señalan que las normas acusadas vulneran los artículos 1º, 20 y 93 de la Constitución Política, así como el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En primer lugar, sostienen que en el proceso de aprobación del Código Penal no se

discutió la inclusión del artículo demandado, salvo una breve justificación de los delitos contra la seguridad del Estado. En esta somera alusión, según los demandantes, nada se expresó específicamente sobre el delito de ultraje a los emblemas y símbolos patrios “por lo que resulta infructuoso, a partir de las gacetas del congreso, determinar cuáles son los valores que subyacen a la norma en el actual momento constitucional”. Alegan que el tipo penal demandado se perpetuó en el ordenamiento jurídico sin que fuera examinada su correspondencia con la nueva Constitución, pues entienden que fue creado “bajo la Constitución de 1886, obedeciendo a unos valores consonantes con ese ordenamiento constitucional. Posteriormente es reproducido en un nuevo código penal, en un momento en que la Constitución de 1991 ya era la norma rectora de nuestro ordenamiento, donde el entramado de valores con los cuales estaba comprometido el ordenamiento jurídico era diferente”.

Luego pasan a exponer las diferencias que a su juicio existen entre los conceptos de nación y patria. Citan a numerosos autores y concluyen que la nación “es una comunidad política imaginada. Es imaginada pues quienes pertenecen a la comunidad difícilmente conocen algo más que un puñado de los otros miembros. Todos tienen en la mente la imagen de la comunidad: un conjunto de personas que comparten características que los hacen un “nosotros”; un conjunto en el cual todos se perciben de forma horizontal a partir de los elementos comunes que los diferencian”. Afirman que la nación se constituye en una condición necesaria “para la consolidación del Estado, pues permite el acatamiento pacífico, por parte de los individuos, de los dictados de éste”. Definen patriotismo como “la adhesión consciente y voluntaria que se tiene al Estado y a sus instituciones” (negritas originales).

De las anteriores definiciones deducen los demandantes que mientras la nación es un fenómeno creado por el imaginario colectivo, que supone la cohesión social entre individuos de un grupo humano, la patria es un fenómeno emotivo que denota una adhesión a las instituciones públicas que conforman el Estado. En ese sentido, afirman, la regla general es que la nación preceda a la patria y no a la inversa. Sostiene que mientras la nación suscita una lealtad emotiva que “es casi como la lealtad que se tiene hacia la familia”, el patriotismo entraña la lealtad “que se tiene hacia las propias convicciones políticas”.

Sostiene que los símbolos patrios deben por definición exaltar a la patria, es decir, “deben dirigirse a enaltecer el sistema político que es producto de amplio acuerdo de la comunidad, engrandecer unas ideas que se aceptan de manera consciente”. Ahora bien, la demanda sostiene que aunque los símbolos patrios suelen exaltar los valores patrios, es posible que también lo hagan respecto de los valores nacionales, como ocurre en Colombia. Los demandantes hacen un análisis del proceso de consolidación nacional del país, en el que incluyen la consagración en el himno nacional de la religión católica como componente definitorio de las instituciones políticas, y precisan que el proceso de afianzamiento concretado en la Constitución de 1886 dejó por fuera proyectos ideológicos y grupos étnicos que no se identificaban necesariamente con los ideales representados por dicho símbolo. Y aunque aceptan que la bandera y el escudo reflejan un ideal de mayor amplitud, que parece inclusivo de otros proyectos políticos, afirma que estos siguen siendo limitativos “frente a la comunidad global” de la nación colombiana.

La demanda enfatiza que los valores que subyacían a la Constitución de 1886 eran los relativos a la consolidación nacional, al proceso histórico conocido como La Regeneración, proyecto protector de un modelo que hacía fundar el poder soberano en la Nación y consideraba al individuo como sujeto al servicio de ella, como medio para la realización de esa unidad nacional.

Aseveran que aunque el modelo de la Constitución de 1991 sigue acudiendo a Dios, cuando lo invoca como fuente de protección en el Preámbulo, y continúa propugnando la unidad nacional, lo hace sobre la base del respeto del pluralismo social al trasladar la soberanía al pueblo. Sobre esa base, asegura que el delito de ultraje a los símbolos patrios protegía un concepto de unidad nacional que quedó superado por el nuevo modelo constitucional pluralista de soberanía popular.

Aseguran que el delito de ultraje a los símbolos patrios atenta contra la libertad de expresión y de información, manifestación principal del régimen constitucional liberal. Sostiene que dicha libertad es fruto de los movimientos revolucionarios francés y americano que propugnaron la entronización del individuo por encima del Estado. De allí la relevancia que dicha garantía tiene en el ordenamiento constitucional.

Resaltan que esa libertad humana es esencial, inalienable, natural, universal, inseparable del individuo e imprescriptible y agregan que la libertad de expresión e información ocupa un lugar preferente en el ordenamiento jurídico pues es una herramienta de potenciación de la libertad y la autonomía de la persona, es factor de desarrollo de la cultura y el conocimiento y es un elemento necesario para la promoción de la democracia participativa.

Además, sostienen que el reconocimiento de esta garantía no sólo proviene del derecho interno, sino que se integra a éste por virtud de la cláusula del artículo 93 de la Constitución que permite el reconocimiento nacional de garantías admitidas internacionalmente. Por ello admiten que se trata de un derecho integrante del bloque de constitucionalidad, cuya alcance debe determinarse por el principio interpretativo *pro homine*.

Para reforzar esta afirmación los demandantes presentan una lista de instrumentos internacionales que protegen el derecho a la libertad de expresión e información entre los que mencionan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -PIDCP- y la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH-. Concluyen que esta normativa hace parte del bloque de constitucionalidad y cubre tanto la libertad de opinión o de pensamiento como la libertad de expresión, así como respetan el derecho a buscar y recibir información y a difundirla por cualquier medio de expresión.

Para examinar la constitucionalidad del tipo penal demandado los demandantes utilizan la metodología del juicio de proporcionalidad pues se interrogan sobre la finalidad que persigue este tipo penal, la idoneidad para alcanzar este fin, su legitimidad y su proporcionalidad en sentido estricto respecto a otros derechos en juego tales como la libertad de expresión.

Inicialmente discurren los demandantes sobre la finalidad del delito de ultraje a los símbolos. Señalan que este tipo penal se encuentra consagrado en el capítulo de los delitos contra la seguridad y existencia del Estado, sin embargo, encuentran que la conducta descrita en el artículo 461 demandado realmente no tutela ese bien jurídico pues difiere sustancialmente de otros tipos penales consagrados en ese capítulo tales como el espionaje o el menoscabo a la integridad nacional. Advierten que el

ultraje a un símbolo patrio sólo se configura cuando la conducta se desarrolla públicamente, pues al Estado le es indiferente el comportamiento que no trascienda los límites de la intimidad. No obstante, al sancionar la conducta que se realiza públicamente, el Estado busca la protección de la sociedad, se interrogan los demandantes a cuál protección hace referencia el tipo penal acusado.

Para responder este interrogante los actores inicialmente señalan que las conductas que atentan contra la integridad de un símbolo patrio pueden ir desde la protesta contra las políticas del Estado hasta la manifestación de un móvil artístico. Consideran que estas expresiones de la individualidad fueron sancionadas por el Estado mediante la penalización de la conducta, porque aquél las considera peligrosas en tanto perjudiciales para su estabilidad. En últimas, consideran que la penalización de la conducta es la vía para obligar a los ciudadanos a obedecer las políticas estatales y de garantizar la lealtad al sistema.

La demanda sostiene que este escenario revela dos problemas concretos: i) la lealtad exigida en el modelo de La Regeneración, que inspiró la expedición de la Constitución de 1886, no parece justificar la lealtad al modelo instaurado por la Carta de 1991, que resulta abiertamente inclusivo de tendencias previamente marginadas, y ii) no parece posible que las personas se sientan llamadas a levantarse contra el Estado, por ejemplo al quemar una bandera, pues si la lealtad patriótica existe en verdad, deberá justificar el comportamiento descrito en el tipo, o ser suficientemente fuerte para superar el ultraje al emblema.

Insisten en que si la Constitución de 1991 reconoció que Colombia es un Estado pluralista e incluyente, no es admisible que se pueda imponer un modelo nacional acorde con el vigente en el proceso de La Regeneración. Añaden que los símbolos patrios constituyen los emblemas de adhesión a instituciones aceptadas conscientemente por el asociado, dentro de las cuales se incluyen las garantías fundamentales que dicho Estado promueve. Por eso, dicen los demandantes, resulta contradictorio pretender defender la patria mediante la creación de un delito, en tanto el patriotismo se genera necesariamente a partir de una decisión consciente y no se origina en el miedo a una sanción.

La demanda entiende que la sanción de la conducta no es el único medio para fortalecer

el espíritu patriótico, visto que resulta más eficiente promover en la sociedad dichos sentimientos mediante la realización efectiva de los fines constitucionales por parte de las autoridades del Estado. Así, un Estado que promueve la introspección de sus valores no por la convicción sino por el miedo, es un Estado que da prioridad a la sanción sobre la educación. Sostienen que el apegamiento a los símbolos patrios no puede provenir de una amenaza, sino de la interiorización de los valores patrios, de la controversia sobre la vigencia de dichos valores.

Agregan que en el marco de un Estado pluralista en el cual se garantiza la libertad de expresión, éste no puede establecer sanciones como medio para mantener el sentimiento patriótico. Por ello, el medio escogido para sancionar la conducta no es estrictamente necesario para el fin propuesto. Precisan que las normas acusadas afectan a personas que no están de acuerdo con el significado que el Estado otorga a los símbolos patrios.

Adicionalmente, para la demanda, el verbo rector del tipo penal no es claro y, por tanto, irrespeta el principio de legalidad, pues la determinación del acto de ultrajar se deja a la libre interpretación del juez, sin que existan parámetros de claridad, certeza o nitidez que lo definan exhaustivamente.

Reiteran que la restricción al discurso establecida como límite a la libertad de expresión sólo es legítima cuando es neutral, no cuando limita un sentido específico del discurso. En esa medida “una limitación que pretenda que todos y cada uno de los colombianos juzguemos de la misma forma los símbolos patrios está realizando una distinción que privilegia ciertas distinciones y margina otras, las opiniones que se ven marginadas son precisamente aquellas que se muestran inquietantes y peligrosas para las mayorías sociales o contrarias a la eticidad que pretende mantener el Estado”. Alegan que nuestra sociedad se basa en la libertad de expresión y que esta no puede limitarse cuando se dirige a cuestionar la ética mayoritaria.

Finalmente anotan los demandantes que el delito tipificado en el precepto impugnado resulta instrumentalmente ineficaz porque hasta la fecha no se han impuesto condenas por su comisión, dada la dificultad en aplicarlo, prueba de ello es la escasa doctrina existente en la materia.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención de la ciudadana Janeth Bustos en representación del Ministerio de Cultura.

La ciudadana Janeth Bustos Salgar solicitó, en representación del Ministerio de la referencia, la declaración de exequibilidad de la norma acusada.

A su juicio, el Estado colombiano reconoce el derecho a la cultura y protege el patrimonio cultural de la Nación, pese a que deja en manos del legislador la definición de los mecanismos destinados a esa protección. Los símbolos patrios -agrega- son manifestación del patrimonio cultural de la Nación, pues distinguen a Colombia de los demás países y contribuyen a su reconocimiento internacional. Agrega que la protección del patrimonio cultural impone la apropiación social del mismo, es decir, la integración de la sociedad en el esfuerzo de protección de dicho patrimonio. Concluye así que el precepto cuestionado es un mecanismo que busca proteger ese patrimonio mediante la protección de los símbolos patrios y el cumplimiento de los deberes ciudadanos respecto de ellos.

Frente a la violación del derecho a la libertad de expresión, considera que como no existen en el sistema jurídico derechos ilimitados o absolutos, el legislador está habilitado para imponer restricciones cuando dicha libertad vulnera intereses colectivos. Sostiene que son varias leyes las que protegen los símbolos patrios, como ocurre con la Ley 33 de 1920 y sus decretos reglamentarios.

Precisa que a partir de la definición de “ultraje”, que significa ajar o estropear una cosa, no puede interpretarse como tal aquella conducta que con fines artísticos pretende interpretar un símbolo patrio sin modificar su contenido. Alega, finalmente, que el artículo demandado es un mecanismo de protección de la cultura y que las acusaciones de la demanda están basadas en apreciaciones subjetivas que no desvirtúan la constitucionalidad de la medida.

2. Intervención del ciudadano Fernando Gómez Mejía en representación del Ministerio del Interior y de Justicia.

En la oportunidad procesal prevista intervino en el proceso el abogado Fernando Gómez Mejía para defender la constitucionalidad de la norma acusada.

Considera el interviniente que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, concretamente con las sentencias C-1153 de 2005 y C-469 de 1997, los símbolos patrios son piezas del patrimonio cultural que merecen la protección estatal. Adicionalmente, sostiene que la Corte Constitucional ha considerado la posibilidad de limitar la libertad de expresión cuando la misma entra en contradicción con otros intereses superiores, al tiempo que su jurisprudencia ha resaltado la importancia de la protección de la cultura como manifestación propia del ser humano.

Dado que los símbolos patrios son expresión de la cultura de esta Nación y están cobijados por la protección jurídica del Estado, no se explica el interviniente cómo los demandantes sostienen que la actual Carta Política no ofrece las garantías necesarias para su amparo. Y añade que si bien dichos símbolos no constituyen el sentir de todos los colombianos, el derecho a la libre expresión no puede ejercerse sin reserva y, en cambio, encuentra limitante en los derechos de los otros y la reputación de los demás.

Estas consideraciones llevan al representante ministerial a concluir que si los símbolos patrios representan la cultura patria, que es la cultura de la mayoría, esta misma debe respetarse por los que no comparten ese sentimiento, lo cual resulta acorde con los derechos consignados en la Carta de 1991. De ahí que los argumentos esgrimidos en contra de la disposición no sean de recibo para el interviniente.

3. Intervención de la ciudadana Karin Irina Kuhfeldt Salazar en representación de la Defensoría del Pueblo.

En la oportunidad procesal prevista intervino en el proceso la ciudadana Karin Irina Kuhfeldt Salazar para solicitar a la Corte la declaración de inexequibilidad de la norma acusada.

Dice la delegada de la Defensoría que el derecho penal es la ultima ratio del derecho sancionatorio, es decir, la medida extrema para la corrección de las conductas antisociales. Ello significa que el Estado debe explorar mecanismos alternos de protección de los intereses jurídicos, antes de privar del derecho de libertad a quien atenta contra ellos.

Los símbolos patrios, agrega, son representación de la unidad nacional,

usualmente protegidos por las legislaciones nacionales como medio para exaltar dicha unidad. En Colombia dicha protección está contenida en la normativa legal (Ley 12 de 1984), que además propugna la profusión de las normas que sancionan su ultraje.

Respecto del tipo penal estudiado, la representante de la Defensoría advierte que dicha norma proviene de la legislación anterior a la Ley 599 de 2000, pero no sufrió modificación alguna respecto de la descripción típica. El fin de la norma es proteger el honor de la Nación, representado en sus símbolos. No obstante, encuentra que resulta problemático determinar los alcances del honor frente a la vigencia de otros derechos individuales, especialmente cuando el titular del honor es una persona jurídica.

Por demás, precisa que el verbo “ultrajar” significa dañar una cosa materialmente o humillarla e injuriarla, conductas que tienen que ver con la intención subjetiva de ofender gravemente a alguien.

Frente al derecho a la libertad de expresión, la interviniente precisa que esta garantía, que incluye la potestad de manifestar la opinión libremente y por cualquier medio, ocupa un lugar privilegiado en el ordenamiento jurídico dado su vinculación con el principio democrático y con el valor del pluralismo. Tal posición implica que toda medida tendiente a limitarla debe presumirse inconstitucional, según jurisprudencia de la Corte, particularmente cuando el ámbito de expresión al que se dirige la limitación es el de la expresión política.

Ahora bien, en cuanto al tipo penal acusado, la ciudadana Kuhfeldt Salazar sostiene que la medida que sanciona con multa el ultraje a los símbolos patrios debe ser sometida a un test estricto de razonabilidad, dado que configura una intromisión intensa del legislador en el ámbito de ejercicio de la libertad de expresión. En esta dinámica, la interviniente señala que no es claro que el ultraje a los símbolos patrios atente contra la existencia y seguridad del Estado, dado que no es equiparable a los delitos de traición a la patria o a la instigación a la guerra, que sí constituyen afrentas graves contra la integridad de la unidad nacional. Esta falta de claridad reside en que aunque los símbolos patrios sirvan para promover la unidad nacional, lo cual autoriza promover su protección, el ultraje a los mismos no tiene la potencialidad material de atentar contra ese bien jurídico. En ese

sentido, la medida no es eficaz para suministrar esa protección.

Adicionalmente, considera que la medida no resulta necesaria, porque la protección de los símbolos patrios podría sancionarse como una medida policiva en tanto conducta vulneratoria del orden público. Por demás, el tipo penal tampoco resulta proporcional frente a la libertad sacrificada, pues la libertad de expresión, valor triunfante de la revolución liberal, no puede limitarse en sentidos específicos de su ejercicio, sino que debe garantizarse en su más amplia concepción.

Concluye la interviniente que la norma demandada resulta inconstitucional, porque sanciona manifestaciones contrarias a la exaltación de los símbolos patrios. De allí que no exista compensación de la sanción con el bien jurídicamente tutelado. Y aunque el derecho a la libertad de expresión puede limitarse según parámetros constitucionales y del derecho internacional, la penalización de la parodia, la burla, la afrenta o la simple alteración de los símbolos patrios no constituyen medidas justificativas de dicha limitación.

La representante de la Defensoría agrega que el tipo penal acusado no satisface las exigencias del principio de legalidad, pues el verbo rector no permite establecer con certeza qué conducta resulta constitutiva de ultraje a los símbolos patrios. Adicionalmente, el tipo penal no permite identificar el sujeto pasivo de la conducta, pues la Nación no es titular de un derecho subjetivo susceptible de ser injuriado. Se pregunta entonces la interviniente si el ultraje afecta a la Nación en su conjunto o a sus habitantes. Tampoco permite saber la norma si la injuria a dichos símbolos se predica de las representaciones oficiales o de las que fabriquen los ciudadanos con el fin de ejercer su libertad de expresión. Igualmente, no se explica por qué se escogieron sólo el himno, la bandera y el escudo, a sabiendas de que otros símbolos como la palma de cera o la orquídea identifican también el sentimiento nacional de muchos ciudadanos.

Argumenta adicionalmente que la palabra ultrajar implica tanto el daño material como la injuria o humillación al símbolo. En cualquiera de los casos, el tipo penal no arroja certeza sobre cuál de los ultrajes está sancionado en la norma, amén de que resultaría difícil que el tipo penal, entendido como la afrenta material a un símbolo, pudiera concretarse en el himno nacional. En cuanto a la acepción subjetiva del ultraje, referida

a la humillación y ofensa grave, dice la interviniente que resulta inaplicable a individuos que no fueran personas físicas. El honor es una cualidad predicable de las personas naturales, no jurídicas, por lo que podría pensarse que el delito acusado busca proteger el interés jurídico de las mismas. No obstante, el sujeto pasivo de la conducta no son las personas naturales que conforman la Nación, sino la Nación misma, circunstancia que pone en entredicho la vulneración del honor, del cual cada persona tiene concepción propia e individual. Así, el uso concreto de un símbolo patrio en una situación específica podría juzgarse deshonroso por algunas personas, pero irrelevante por otras.

Finalmente, sostiene que si los símbolos patrios son expresiones políticas, resulta inviable cercenar la manifestación pública disidente que los aprovecha como medio de expresión. En resumen, la representante de la Defensoría del Pueblo considera que la tipificación del ultraje a los símbolos patrios es una norma abierta a la subjetividad e indeterminación del intérprete, situación que pugna con los principios de legalidad y debido proceso. En ausencia de elementos definitorios, es improbable que el sujeto activo de la conducta tenga plena conciencia de la ilicitud de la misma. Por ello solicita a la Corte la declaración de inexecutable del artículo acusado.

La Defensoría solicita también declarar la inexecutable del artículo 5º de la Ley 12 de 1984 que invita a las autoridades a establecer las normas penales destinadas a sancionar el ultraje a los símbolos patrios.

4. Intervención de la ciudadana Julia Betancourt Gutiérrez en representación del Ministerio de Educación Nacional.

En representación del Ministerio de la referencia intervino la ciudadana Julia Betancourt Gutiérrez para solicitar a la Corte un fallo inhibitorio debido a que la demanda no presentaba cargos claros precisos contra la disposición acusada.

Mediante Concepto No.4751, radicado el trece (13) de abril de 2009, el Procurador General de la Nación solicitó a la Corte Constitucional declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo en relación con los cargos formulados por el actor por la presunta vulneración por el artículo 461 del Código penal de los artículos 20 y 93 constitucionales y declarar executable la disposición acusada por la presunta vulneración del artículo 1º de la Constitución Política.

En primer lugar, el Ministerio Público sostiene que la demanda de la referencia no cumple con el requisito de la certeza argumentativa de los cargos fundados en la supuesta vulneración del derecho a la libertad de expresión porque el artículo 461 del Código Penal “en nada compromete el derecho a expresarse sobre los símbolos patrios o a difundir la idea particular que sobre los símbolos patrios tenga o una persona o grupo de ellas. Por el contrario, el verbo rector que utiliza el tipo penal es ultrajar, término que significa demérito, agravio y en ningún caso es equiparable a la opinión o difusión libre de las ideas en el marco del respeto con que los ciudadanos participan en el debate de las ideas ya sea en escenarios públicos o privados”.

En esa medida considera que el precepto atacado no sanciona comportamientos exentos del desprecio o agravio contra los símbolos de la nacionalidad, por lo tanto la violación del artículo 20 constitucional, que consagra la libertad de expresión, sólo resulta de la apreciación subjetiva de los demandantes.

Ahora bien, el Procurador considera que el concepto de Estado Nación involucra elementos homogéneos de tipo personal, territorial y cultural. El hecho de que el himno nacional consigne expresiones anacrónicas no le hace perder valor simbólico como representación de la unidad nacional. Además, la defensa de la integridad del Estado conlleva la exigencia de respeto a sus símbolos, pues estos son parte de su patrimonio cultural. Al efecto, el Procurador cita algunas disposiciones legales y providencias de la Corte Constitucional que destacan la obligación estatal de protección del patrimonio cultural, dentro del cual están incluidos los símbolos patrios.

De lo anterior concluye que los símbolos patrios deben ser protegidos por el ordenamiento jurídico, por lo tanto “el mero sentimiento de algunas personas que consideran que los símbolos que actualmente se usan no reflejan su ideal de patria no puede constituirse en presupuesto fáctico capaz de relevar del ordenamiento jurídico la protección que en materia penal debe el estado al patrimonio cultural de la Nación colombiana. Contrario sensu, la integridad del Estado conlleva el respeto por los símbolos de la nacionalidad, cuya protección se haya consagrada por el artículo 72 de la Carta Política para cuyo efecto el legislador puede estatuir los distintos tipos penales encaminados a tutelar tales valores”.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

Por dirigirse la demanda contra una disposición que hace parte de una Ley de la República, la Corte Constitucional es competente para decidir sobre su constitucionalidad, tal y como lo prescribe el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política.

2. El asunto bajo revisión

Plantean los demandantes que el artículo 461 del Código Penal vulnera los artículos 1, 20 y 93 de la Constitución Política. En primer lugar afirman que la tipificación de la conducta de ultraje a los símbolos patrios desconoce el principio del pluralismo reconocido en la Constitución Política de 1991 porque impone un modelo de patriotismo que se remonta a la anterior ordenamiento constitucional, el cual tiene un carácter excluyente respecto de las minorías étnicas y adicionalmente desconoce el carácter antropocéntrico de la nueva Carta Política. En segundo lugar consideran que la disposición demandada restringe de manera desproporcionada la libertad de expresión, porque si bien aparentemente persigue una finalidad legítima -tutelar el bien jurídico de la existencia y seguridad del Estado- no es idónea ni necesaria para conseguir tal propósito además de restringir ciertas expresiones artísticas de otra índole cobijadas por el derecho contemplado en el artículo 20 constitucional y por tratados internacionales de derechos humanos. Finalmente, sostienen que el artículo 461 demandado desconoce el principio de legalidad en materia penal pues el verbo rector no es claro y por lo tanto no existe certeza sobre el tipo de conductas que pueden ser penalizadas en virtud de este precepto. Los anteriores cargos son respaldados por la representante de la Defensoría del Pueblo, mientras que los restantes intervinientes defienden la constitucionalidad de la disposición acusada. Los últimos coinciden en sostener que los símbolos patrios hacen parte del patrimonio cultural de la Nación y por lo tanto pueden ser protegidos mediante medidas de carácter penal. La representante del Ministerio de Educación y el Procurador en su concepto piden un fallo inhibitorio respecto a la supuesta vulneración de la libertad de expresión porque consideran que los cargos de los demandantes carecen de certeza y tienen origen exclusivamente en sus

apreciaciones subjetivas, afirma igualmente la Vista Fiscal que la disposición acusada no vulnera el principio de pluralismo.

Planteado en los anteriores términos el debate de constitucionalidad corresponde a esta Corporación inicialmente determinar si la demanda es inepta y por lo tanto hay lugar a un fallo inhibitorio. Una vez resuelta esta cuestión inicial se deberá examinar si el artículo 461 del Código Penal vulnera el principio de pluralismo, la libertad de expresión y el principio de legalidad en materia penal. Para resolver estos problemas en esta decisión se seguiría el siguiente orden expositivo: (i) en primer lugar se hará una breve exposición sobre el alcance de la libertad de expresión; (ii) acto seguido se abordará la libertad de configuración del legislador en materia penal; (iii) para posteriormente recalar en el examen de la proporcionalidad de la disposición legal demandada y, finalmente, (iv) abordar el examen de constitucionalidad de la disposición acusada a la luz del principio de legalidad estricta en materia penal.

3. La supuesta ineptitud de la demanda.

El Procurador General de la Nación y uno de los intervinientes solicitan a la Corte declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo por ineptitud sustantiva de los cargos formulados por los demandantes. Sostienen que respecto a la supuesta vulneración por parte de la disposición demandada del artículo 20 constitucional, precepto que consagra el derecho a la libertad de expresión, el reproche de los actores resulta incierto porque el tipo penal de ultraje a los símbolos patrios claramente sanciona la conducta dirigida a producir afrenta, humillación o agravio a dichos símbolos y no, simplemente, la que aprovecha los símbolos patrios como medio expresivo de una opinión cualquiera.

Sin profundizar en el asunto de los posibles significados del término “ultrajar”, que es el verbo rector del tipo penal, pues este será tema de análisis posterior, esta Corte considera que no es procedente admitir la solicitud de fallo inhibitorio porque, por una parte el término ultrajar tiene distintas acepciones, de las cuales se pueden derivar interpretaciones de la disposición acusada que coinciden con los cargos formulados por los actores.

En efecto, el Diccionario de la Real Academia define la expresión ultrajar como la

conducta dirigida a 1. tr. Ajar o injuriar. 2. tr. Despreciar o tratar con desvío a alguien. 3. tr. El Salv. y Ven. violar (|| tener acceso carnal con alguien en contra de su voluntad). Y como sinónimo de ajar, 1. tr. Maltratar, manosear, arrugar, marchitar. 2. tr. Tratar mal de palabra a alguien para humillarle. 3. tr. Hacer que pierda su lozanía alguien o algo. U. t. c. prnl. 4. tr. Desgastar, deteriorar o deslucir algo por el tiempo o el uso. U. t. c. prnl.

El diccionario del uso corriente de María Moliner lo define como “1.(<con, en>) tr. Ofender gravemente a una persona con palabras o con obras: (Ultrajar con palabras. Ultrajar en su dignidad”. 2 Despreciar o humillar a una persona. Por su parte, la página web de wordreference.com trae las siguientes variables semánticas del término: 1) tr. Injuriar gravemente a alguien. 2) Despreciar, 3) ajar, deteriorar, estropear. El diccionario de Sinónimos y Antónimos de Planeta consigna los siguientes sinónimos del término: insultar, injuriar, insolentar, difamar, vejar, despreciar.

Las distintas definiciones del término “ultrajar” permiten evidenciar que la expresión no sólo se refiere a la conducta dirigida a causar un perjuicio moral en un sujeto, a producir humillación, injuria o daño al honor o a la dignidad de alguien, sino también al comportamiento enderezado a menoscabar físicamente un bien o una cosa.

Así las cosas, pese a que el Procurador General sostiene que la Corte debe abstenerse de emitir pronunciamiento de fondo porque el tipo acusado sólo se refiere al ultraje que se hace con el fin de injuriar o humillar a alguien o a algo, los límites del verbo, por lo menos en el terreno meramente semántico, trascienden el escenario de la afrenta moral para ingresar incluso en el del propio daño físico. Ello implica que, por lo menos en principio, no sea claro que el verbo utilizado por el artículo 461 del Código Penal excluya el daño material ocasionado al escudo, el himno o la bandera. Como esa exclusión no es palmaria, la Corte no puede descartar, sin hacer el estudio correspondiente, que también la misma caiga dentro de los límites de la conducta sancionable.

El concepto de la Procuraduría sostiene que el tipo penal acusado no incluye las conductas que son manifestación de la libertad de expresión, sino, exclusivamente, de las que llevan implícita la voluntad de dañar o injuriar los símbolos patrios. No obstante, en referencia a los cargos de la demanda, es claro que una parte importante de la

argumentación va dirigida a cuestionar la sanción a las conductas que, con móviles diversos, pueden ser tipificadas como un ultraje a los símbolos patrios, de conformidad con las distintas acepciones que este término tiene. De allí que la propuesta del Ministerio Público tenga como consecuencia evadir el verdadero problema de la demanda: la determinación de si el ultraje a los símbolos patrios, en cualquiera de sus connotaciones y por cualquiera de sus motivaciones, incluyendo las decididamente injuriosas, es contrario a la libertad de expresión.

Hecho este breve análisis, la Sala considera que existen razones que justifican un pronunciamiento de fondo sobre la demanda.

No obstante antes de iniciar el examen de constitucionalidad de la disposición demandada es preciso introducir una precisión sobre los cargos que serán objeto de estudio. Cabe señalar que respecto a la acusación formulada por los demandantes, consistente en la presunta vulneración del principio del pluralismo por parte del precepto acusado, encuentra esta Sala que está comprendida en la supuesta vulneración de la libertad de expresión. En efecto, el tipo penal demandado sería contrario al pluralismo precisamente porque sería una limitación a diferentes expresiones y concepciones de los ideales de patria y de nación amparadas por el modelo constitucional plural adoptado por el Constituyente de 1991, las cuales a su vez resultan comprendidas dentro del ámbito de conductas protegidas por la libertad de expresión, por tal razón se abordará el examen de constitucionalidad del artículo 461 del Código Penal desde la perspectiva de su supuesta infracción de la libertad de expresión, para determinar en primer lugar si se trata de una limitación proporcionada de este derecho fundamental y luego se examinará lo concerniente a si el tipo penal demandado se ajusta al principio de legalidad en materia penal.

4. El alcance de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional colombiano.

La libertad de expresión es una garantía fundamental reconocida por la Carta y protegida por los tratados internacionales de derechos humanos. La Constitución Política establece en su artículo 20 que el régimen jurídico colombiano garantiza a toda persona la potestad de “expresar y difundir su pensamiento y opiniones”, al tiempo que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que dicha libertad es manifestación directa

del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es decir, de la autonomía individual (Art. 16 C. P.) y constituye principio básico de la estructura democrática de nuestra sociedad (Arts. 1º, 3º y 40 C. P.).

Esta libertad también reconocida por numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos entre los que se cuentan el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos² y el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos³, preceptos todos que junto con el texto constitucional señalan los alcances de este derecho y el ámbito de conductas protegidas por esta garantía constitucional.

A este respecto, la Corte Constitucional resaltó en la sentencia T-391 de 2007 los componentes más importantes del derecho a la libre expresión. En su momento, indicó once manifestaciones de esta libertad, entre las que se incluyen algunas prohibiciones o modalidades de ejercicio ilegítimo de la misma.

“(…) once elementos normativos diferenciables: (a) La libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación de fronteras y a través de cualquier medio de expresión –sea oral, escrito, impreso, artístico, simbólico, electrónico u otro de elección de quien se expresa-, y el derecho a no ser molestado por ellas. Esta libertad fundamental constituye la libertad de expresión stricto sensu, y tiene una doble dimensión – la de quien se expresa, y la de los receptores del mensaje que se está expresando. (b) La libertad de buscar o investigar información sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole, que junto con la libertad de informar y la de recibir información, configura la llamada libertad de información. (c) La libertad de informar, que cubija tanto información sobre hechos como información sobre ideas y opiniones de todo tipo, a través de cualquier medio de expresión; junto con la libertad de buscar información y la libertad de recibirla, configura la llamada libertad de información. (d) La libertad y el derecho a recibir información veraz e imparcial sobre hechos, así como sobre ideas y opiniones de toda índole, por cualquier medio de expresión. Junto con los anteriores elementos, configura la libertad de información. (e) La libertad de fundar medios masivos de comunicación. (f) La libertad de prensa, o libertad de funcionamiento dichos medios masivos de comunicación, con la consiguiente responsabilidad social. (g) El derecho a la rectificación en condiciones de equidad. (h) La

prohibición de la censura, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (i) La prohibición de la propaganda de la guerra y la apología del odio, la violencia y el delito, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, (j) La prohibición de la pornografía infantil, y (k) La prohibición de la instigación pública y directa al genocidio.”

Esta Corporación también se ha pronunciado en reiteradas oportunidades acerca del alcance y aplicabilidad del mencionado derecho⁴. De la lectura de las normas legales, nacionales e internacionales, la Corte ha extraído algunas reglas interpretativas que sirven para establecer el alcance legítimo de este derecho. Así, la Corte ha señalado que (i) toda expresión se encuentra protegida por una presunción de primacía constitucional sobre la cual cabe prueba en contrario; (ii) prima facie se reconoce mayor peso abstracto a la libertad de expresión salvo que estén en juego otros principios o derechos que gocen de una protección superior⁵; (iii) se presume como una “intervención constitucionalmente sospechosa” cualquier limitación de la libertad de expresión por parte de las autoridades públicas, por lo tanto, en estos casos se debe proceder con un control constitucional estricto que corrobore la existencia de causas jurídicas concretas para la limitación del mismo.

Como consecuencia del principio de presunción de primacía de la libertad de expresión, la Corte ha dicho que la censura se encuentra completamente prohibida, y que en este caso no se admite prueba en contrario, pues el acto de censura constituye una violación del derecho a la libertad de expresión ipso jure.

En su dimensión individual, el derecho de la libertad de expresión se manifiesta como “(...) el derecho formal a expresarse como tal sin interferencias arbitrarias, sino el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el propio pensamiento (...) Esta libertad también abarca el derecho a escoger la forma y el tono que se prefieran para expresar las ideas, pensamientos, opiniones e informaciones propias”⁶ De igual manera, el contexto colectivo de este derecho determina la posibilidad de recibir los pensamientos e ideas de provenientes de terceros.

La libertad de expresión en sentido estricto tiene las siguientes características

constitucionales: (i) titularidad universal que impide la discriminación y que puede involucrar intereses públicos y colectivos; (ii) en virtud de los tratados internacionales hay ciertas opiniones que no pueden ser expresadas como las xenofóbicas, la pornografía infantil y las que promueven la violencia, entre otras; (iii) existen niveles de protección al interior del derecho de la libre expresión y esto es considerado en el momento en que se lleve a cabo la aplicabilidad de este derecho; (iv) es importante resaltar que la Corte menciona como un elemento esencial de este derecho “la expresión protegida por esta libertad puede ser tanto la del lenguaje convencional, como la manifestada a través de conducta simbólica o expresiva convencional o no convencional”⁷; (v) la protección constitucional a este derecho se manifiesta tanto en el contenido como en la expresión del mismo y su tono, se debe resaltar que el derecho de la libertad de expresión es protegido aun cuando las ideas y la forma de expresar las mismas sea chocante para la mayoría de la sociedad; (vi) el derecho a la libre expresión no solamente implica obligaciones y responsabilidades vinculantes para quien ejerce dicho derecho, sino también para el Estado y las autoridades públicas.

También ha reconocido que el derecho a la libertad de expresión tiene protección jurídica en virtud de su estrecha relación con la dignificación y autorrealización del individuo. Siendo así, el ejercicio de este derecho cubre otros tantos derechos de índole constitucional como lo son el de la libertad religiosa, la participación política o el libre desarrollo de la personalidad⁸.

Finalmente, en relación con las limitantes al ejercicio de esta libertad, la Corte ha reconocido que el orden interno, así como el derecho internacional, dan preponderancia al derecho a la libertad de expresión dado su realce en la formación de la sociedad democrática. En este sentido, las limitantes al ejercicio libre de ese derecho han sido examinadas bajo ópticas de extrema severidad, con el fin de evitar que los estados coarten innecesariamente la libre manifestación de las opiniones personales⁹.

Además del contexto normativo previamente citado, esta Corte puede señalar que el derecho a la libertad de expresión constituye un elemento fundamental en el fortalecimiento de la estructura democrática, pues permite que los individuos manifiesten públicamente y sin coerciones sus opiniones, con lo cual se abre una puerta a la autorreflexión colectiva que indudablemente incrementa los niveles de conciencia social. Se

ha dicho a este respecto que la libertad de expresión es la “condición indispensable” para el ejercicio de los derechos de participación ciudadana y en ese sentido puede ser catalogada como la libertad que permite que el individuo sea visible en el proceso de construcción social. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su “Declaración de principios sobre libertad de expresión” asegura al respecto que la “libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática”.

Coincidente con esta opinión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en su opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 que la “libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada no es plenamente libre.”

Se trata entonces de una garantía central en todo debate público, que debe ser protegida de manera reforzada, razón por la cual, como lo indica la CADH, las restricciones deben reducirse al mínimo en interés del orden público democrático¹⁰.

Ahora bien, dado que en Colombia se garantiza la libre expresión, como reconocimiento de los preceptos anteriormente citados, es previsible que la sanción al ultraje de los símbolos patrios pueda considerarse en ciertos casos como un límite al ejercicio de dicha libertad. Lo anterior porque la agresión a un símbolo patrio participa del contenido simbólico del bien afrentado y es posible, en ese escenario, suponer innumerables hipótesis en que una agresión de esta naturaleza es manifestación de una intención comunicativa legítima, que encuadra en el ámbito de protección del derecho a la libre expresión.

Ciertamente, tal como se hizo mención anteriormente la expresión “ultraje” incluye contenidos semánticos diversos. En el catálogo de sinónimos que puede asociarse a la expresión ultraje se incluyen acciones como dañar, estropear, deteriorar, deslucir, ofender, humillar, manosear, arrugar, marchitar, tratar mal, insultar, injuriar, insolentar, difamar, vejar, despreciar. Ciertos comportamientos vinculados con el verbo

“ultrajar” suponen la agresión física, el deterioro material del bien objeto de ultraje. Otras acciones suponen la intención de humillar, de vilipendiar el bien ultrajado. En el espectro de acciones marcado por dichos límites, la Corte puede incluir conductas ultrajantes que pueden constituir manifestación legítima del derecho a la libertad de expresión.

Es posible imaginar que la agresión a la bandera por parte de un individuo puede constituir el recurso simbólico mediante el cual aquél manifiesta su inconformidad con un gobierno determinado. Igualmente, puede entenderse que detrás de la agresión al escudo o al himno, un individuo puede manifestar su inconformidad con una política pública excluyente o discriminatoria. Del mismo modo, es fácil suponer que detrás de la destrucción de un ejemplar de la bandera o del escudo o la modificación del himno se esconde una voz de protesta, de descontento, de desconfianza, de frustración o de ira. Incluso, una intención artística puede representarse mediante la destrucción de la bandera, la transformación del himno o la modificación del escudo de manera que los mismos sufran desmedro en su forma original. En suma, no es difícil imaginar múltiples circunstancias en que los símbolos patrios sirven de instrumento de protesta social, cuando no se los usa como medio comunicativo para manifestar posiciones personales sobre temas que atañen a la vida en comunidad.

A juicio de la Corte, muchas conductas que externamente implican la agresión, la destrucción o la modificación a un símbolo de la patria pueden ser consideradas como formas legítimas de expresión política, de oposición a un estatus fijado no necesariamente por los valores sociales imperantes, sino por decisiones coyunturales de tipo gubernamental o por adopción de políticas que no son unánimemente compartidas. La Corte Constitucional ha dicho a este respecto que la libertad de expresión ampara la manifestación pública de la opinión individual cuando la misma no coincide con la opinión mayoritaria, o, incluso, cuando resulta repulsiva o antipática a los cánones sociales común y ampliamente aceptados. En este punto la jurisprudencia rescata la importancia de la libre expresión en el marco de una verdadera pluralidad, no excluyente de contenidos, sino abierta a cualquier manifestación de la opinión personal. De allí que la Corte haya dicho:

“La libertad de expresión pretende proteger, como lo ha vigorosamente destacado la

doctrina de las instancias internacionales de derechos humanos, no sólo la divulgación de informaciones u opiniones consideradas inofensivas o indiferentes por el Estado y por la mayoría de la población, sino también la difusión de ideas o datos que no son acogidos favorablemente por las mayorías sociales, que pueden juzgarlas inquietantes o peligrosas. El pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuáles no existe verdaderamente un sociedad democrática, exigen que esas opiniones e informaciones disidentes sean también protegidas.”¹¹

Dos antecedentes de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos resultan altamente pertinentes para ilustrar esta discusión. La Corte Suprema de Justicia señaló, en el más renombrado de ellos, 1989 (Texas vs. Johnson) que prender fuego a la bandera nacional constituye manifestación legítima de la expresión individual, directamente protegida por la primera enmienda de la Constitución americana.

En el citado caso la Corte norteamericana se enfrentó a la sanción penal de una opinión personal, manifestada mediante el acto físico de la quema de la bandera, cuyo fin era el de transmitir un sentimiento de insatisfacción respecto de las políticas estatales. La Corte Suprema reconoció que el objeto del acto ultrajante era el de causar una ofensa seria, pero admitió que si la intención del mismo no hubiera sido tal, sino, quizá, la de exaltar los valores patrios, la libertad de expresión sólo sería susceptible de protección en una dirección, cuando el contenido de lo expresado coincidiera con los valores mayoritarios, lo cual, en última instancia, anularía el ámbito de libertad de ese derecho. Igualmente señaló que no corresponde a las autoridades de un régimen democrático determinar el sentido y la orientación de las expresiones de los ciudadanos, por lo que el ámbito de protección de la libertad expresiva debe incluir todos los contenidos posibles. Concluyó que en una sociedad liberal al Estado no le corresponde determinar qué es ortodoxo, es decir, no le corresponde señalar que la quema de la bandera sólo es legítima cuando no pone en entredicho los sentimientos de nacionalidad que la misma lleva implícitos.

Y en uno de los apartes más notables del fallo se afirmó que ningún humano podría poner en entredicho los valores encarnados en el símbolo. Por el contrario, la decisión de impedir el castigo de la conducta agresiva sólo refrendaba los valores de tolerancia,

pluralidad y libertad que dicho símbolo representaba. A juicio de la Corte, la importancia simbólica de la bandera no se protege con acciones sancionatorias, sino mediante la educación en los valores sociales. Y si es la discusión sobre la vigencia de esos valores la forma de contener el discurso agresivo, entonces la solución debe ser el incremento del discurso, antes que la fuerza que acalle la voz disidente.

Y precisamente porque es nuestra bandera la que está involucrada, la respuesta que uno debe dar a quien le prende fuego prefigura la oportunidad perfecta para explotar su poder persuasivo. No podemos imaginar una respuesta más apropiada para quien quema la bandera que ondear la nuestra, una mejor forma de responder al que lo hace que reverenciando la bandera que arde en llamas, ningún gesto que asegure más su dignidad que, como ocurrió con un testigo en este caso, enterrar respetuosamente sus restos.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos reiteró su postura en el caso U.S. v. Eichman, de 1990¹². En este caso se cuestionaba la constitucionalidad de una ley federal del año de 1989 que convertía en delito la destrucción de la misma. La Corte consideró nuevamente que la sanción a la conducta constituía una limitante ilegítima a la libertad de expresión y falló a favor de la protesta.

Estos precedentes en derecho comparado son relevantes para establecer como ciertas conductas que suponen una agresión a los símbolos patrios pueden ser entendidas como manifestaciones de la libertad de expresión. De donde resulta que la conducta tipificada en el artículo 461 del Código Penal significa una limitación de un derecho fundamental, razón por la cual es necesario hacer referencia a la libertad de configuración del Legislador en materia penal.

5. La libertad de configuración del Legislador en materia penal.

En relación con el poder punitivo del Estado, esta Corporación ha considerado de manera reiterada¹³, que el legislador cuenta con una amplia libertad de configuración para determinar cuales conductas han de ser consideradas punibles así como para fijar las penas correspondientes a tales comportamiento, también puede incluir agravantes o atenuantes de la sanción, puede delimitar el ámbito de responsabilidad del sujeto o establecer causales de exclusión de antijuridicidad o de irresponsabilidad, puede definir los procedimientos exigibles para la imposición de las

penas y puede determinar las formas de redención de la misma, entre muchos otros aspectos.

La libertad de configuración en materia penal autoriza al legislador para regular, en suma, todos los temas relacionados con el delito, desde la conducta que lo estructura hasta los mecanismos y procedimientos necesarios para reprimirlo. Esta potestad es consecuencia directa de la cláusula general de competencia que la Constitución consigna en los artículos 114 y 150-1.

La Corte Constitucional se pronunció así a este respecto:

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, 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 materias¹⁴.

Con todo, el ordenamiento jurídico colombiano está fundado, entre otros, en el principio de proscripción de la arbitrariedad, que compromete a las autoridades públicas con la satisfacción de los intereses sociales y la realización del orden justo mediante la expedición de actos legítimos, razonables y proporcionales. En el terreno penal, implica que la libre potestad de configuración sólo se ejerce legítimamente cuando las disposiciones encaminadas a sancionar el delito son proporcionales y se enmarcan en el respeto de los derechos y garantías consagrados en la Carta Política.

En esa medida si bien la Constitución es el origen de la libertad de configuración del legislador en materia penal, a su vez obra como un límite a esa misma potestad. El siguiente extracto jurisprudencial ilustra con detalle la tensión de estos dos conceptos:

“En principio, por virtud de la cláusula general de competencia legislativa que le atribuyen los artículos 114 y 150 de la Carta, el Congreso cuenta con la potestad genérica de desarrollar la Constitución a través de la creación de normas legales; ello incluye, por

supuesto, la facultad de legislar sobre cuestiones penales y penitenciarias. No obstante, como lo ha reconocido ampliamente esta Corporación, dicha libertad de configuración del legislador encuentra ciertos límites indiscutibles en la Constitución, la cual no le permite actuar arbitrariamente, sino de conformidad con los parámetros que ella misma establece. Es decir, se trata de una potestad suficientemente amplia, pero no por ello ilimitada; y en materia penal y penitenciaria, estos límites son particularmente claros, por estar de por medio derechos fundamentales muy caros para la persona humana, como lo son la libertad personal y el debido proceso, así como valores sociales tan importantes como la represión del delito o la resocialización efectiva de sus autores”¹⁵.

La Corte ha dicho en suma que en la constitucionalización del derecho penal el legislador tiene competencia de configuración que de cualquier manera está limitada por los derechos fundamentales y la estructura constitucional del Estado. Además, el poder punitivo del Estado debe tener un fin y es hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. En ejercicio de esa potestad, el Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas, por ello la Corte ha dicho que en esta materia el Estado está sujeto a la limitante de respeto a los derechos fundamentales y a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad¹⁶, estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible.

“5. Respecto del poder punitivo ordinario del Estado, la Corte Constitucional ha reiterado que el legislador goza de amplia competencia (libertad de configuración legislativa) para definir cuales conductas han de ser consideradas punibles y fijar las penas correspondientes a tales comportamientos. Así mismo, ha indicado que frente al ejercicio de dicha libertad de configuración, la Constitución opera como un mecanismo de “control de límites de competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos”.

“En esta perspectiva, la Corte ha señalado que “ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las

personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius 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". Así, la Corte ha entendido que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal. Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible.

"5.1 Deber de observar la estricta legalidad. En punto a este deber, la Corte ha señalado (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: "*nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa*". De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca.

"5.2 Deber de respetar los derechos constitucionales. En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales, así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia y, en general, el bloque de constitucionalidad.

"5.3 Deber de respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad¹⁷ del tipo, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional...

“(…)

“6. En suma, al igual que ocurre con el resto de competencias estatales, el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones. Estas restricciones, como se indicó antes, operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva.”

De lo anterior resulta que el principio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad se erigen en los principales límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal, y los tipos penales que no estén ajustados a estos principios son contrarios al ordenamiento constitucional.

En el caso sometido a estudio, los demandantes advierten que la tipificación del delito de ultraje a los símbolos patrios no respeta esos principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad y, por tanto, aseguran que la medida es inconstitucional porque entra en contradicción con libertades y principios consagrados en la Carta Fundamental, concretamente con la libertad de expresión. Adicionalmente alegan que la disposición atacada desconoce el principio de legalidad porque el verbo rector del tipo penal de ultraje a los símbolos patrios es ambivalente y susceptible de múltiples interpretaciones. En otras palabras, la demanda sostiene que la tipificación del delito de ultraje a los símbolos patrios constituye ejercicio ilegítimo de la potestad de configuración del legislador, porque afecta de manera desproporcionada la libertad de expresión y contraría el principio de legalidad, cargos que serán examinados a continuación.

6. El juicio de proporcionalidad del artículo 461 del Código Penal.

El juicio de proporcionalidad es una herramienta argumentativa que incorpora exigencias básicas de racionalidad medios - fines, así como una exigencia de justificación de la actividad estatal cuando esta restringe los derechos fundamentales de las personas. Como lo ha señalado esta Corporación, “(l)a proporcionalidad (...) es un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de

realización de los derechos y libertades individuales”¹⁸.

Según el principio de proporcionalidad, una restricción de los derechos fundamentales podrá considerarse constitucionalmente aceptable siempre y cuando no vulnere una garantía constitucional específica (como por ejemplo la prohibición de la pena de muerte o el derecho a una defensa técnica en materia penal) y supere el test o juicio de proporcionalidad. Este juicio quedará superado cuando: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada. Estas etapas coinciden con los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en los cuales la doctrina nacional y extranjera ha descompuesto el juicio de proporcionalidad¹⁹.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha distinguido entre distintos niveles de intensidad del juicio de proporcionalidad de acuerdo a la materia regulada por la norma demandada y a la naturaleza de los derechos en juego en el caso concreto. En aplicación de esta metodología la Corte Constitucional ha establecido tres modalidades de test de proporcionalidad: test leves²⁰, test intermedios²¹ y test estrictos²²

, la modalidad del test adoptado incide en el rigor de las distintas etapas del juicio de proporcionalidad.

Como antes se dijo, los demandantes plantean que el tipo penal de ultraje a los símbolos patrios -artículo 461 del Código Penal- configura una restricción desproporcionada de ciertas conductas que pueden entenderse amparadas por la libertad de expresión, por tal razón en este caso se debe aplicar a la medida legislativa objeto de examen un test estricto de constitucionalidad, por estar en juego principios fundantes del Estado colombiano y derechos fundamentales. De conformidad con lo consignado en la nota de pie de página 22, el test estricto de proporcionalidad implica un mayor rigor en las diversas etapas del examen de constitucionalidad de la medida legislativa, corresponde por lo tanto verificar al juez constitucional que la finalidad

perseguida por la medida sea no sólo legítima e importante, sino también imperiosa, que el medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se debe aplicar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto mediante el cual se verifique que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y derechos constitucionales afectados por la misma. Hechas estas precisiones se abordará el examen de constitucionalidad de la disposición acusada.

6.1. La finalidad del artículo 461 del Código Penal.

El delito de ultraje a los símbolos patrios hace parte del Título XVII del Código Penal, relativo a los delitos contra la existencia y seguridad del Estado y, concretamente, del capítulo segundo, referente a los delitos de traición a la patria. Junto con el delito de ultraje a los símbolos patrios, hacen parte del mismo capítulo los delitos de menoscabo de la integridad nacional (artículo 455), hostilidad militar (artículo 456), traición diplomática (artículo 457), instigación a la guerra (artículo 458), atentados contra hitos fronterizos (artículo 459), actos contrarios a la defensa de la Nación (artículo 460) y aceptación indebida de honores (artículo 462).

De acuerdo con la titulación del Código, el interés jurídico protegido por la norma es la existencia y seguridad del Estado, este último es, entonces, el sujeto pasivo de la conducta. El sujeto activo no es cualificado, por lo que cualquier persona podría incurrir en el ilícito. De la descripción del tipo se desprende que el objeto material real de la conducta puede ser el himno, el escudo o la bandera, ello implica, en principio, que el fin de la medida, por lo menos en lo que respecta a su configuración penal es la protección de la estabilidad de las instituciones, de la existencia misma del Estado, circunstancia que será analizada con mayor detalle más adelante.

Ahora bien, el primer interrogante que se plantea es si el tipo penal bajo estudio realmente es idóneo para la finalidad de proteger la existencia y seguridad del Estado pues en principio podría objetarse que la conducta descrita en el artículo 461 del Código Penal no tiene la entidad suficiente para afectar el bien jurídico protegido.

Ante esta objeción cabe recordar que un símbolo es una representación sensorial que

se asocia a una realidad convencionalmente aceptada, por lo que, en el caso del derecho penal, la vulneración del símbolo no implica tanto la afectación de la realidad fenoménica como de los valores y convenciones por ella representados.

En Sentencia C-469 de 1997 la Corte Constitucional describió la función semiótica de los símbolos patrios al advertir que los mismos están dispuestos para reflejar valores comunes de la Nación ordenada en forma de Estado.

“Los símbolos patrios -la bandera, el escudo y el himno- son la representación material de toda una serie de valores comunes a una Nación constituida como Estado. Por ello, estos símbolos se han considerado siempre como objeto del respeto y la veneración de los pueblos que simbolizan. Y por ello, también, la mayoría de las legislaciones del mundo los protegen, y sancionan su irrespeto como falta grave, a veces como delito. Así ocurre en Colombia, por ejemplo, donde el Código Penal (Art. 117) consagra como delito su ultraje público y lo sanciona con prisión de seis meses a dos años. No puede ser de otro modo, si se tiene en cuenta que la ofensa infligida a uno de estos símbolos se entiende como hecha al honor y al sentimiento de todo un pueblo que ve en ellos encarnado su ideal de patria.

“No considera necesario la Corte entrar en esta Sentencia a explicar lo que han representado los símbolos patrios para los distintos pueblos desde la más remota antigüedad. Baste recordar que su historia se remonta a las tribus de Israel, pasa por los pueblos del Asia Menor, la antigua Grecia y Roma, se prolonga a través en la Edad Media y el Renacimiento y adquiere particular relevancia en todos los Estados modernos, al formalizar, por así decirlo, la adopción de esos símbolos como representación distintiva de cada Estado. Esta tradición inmemorial se mantiene, pues, y no hay Estado del mundo que no ostente hoy sus propios símbolos, y que no los consagre como representación del ser nacional.”

Si bien esta decisión no puede ser considerada un precedente sobre la constitucionalidad de la tipificación de la conducta de ultraje a los símbolos patrios, porque en ese caso concreto eran objeto de examen las disposiciones legales mediante las cuales se adoptaba el himno nacional²³

, si arroja algunas luces sobre la importancia que revisten los símbolos patrios desde la

perspectiva constitucional al reflejar valores con los cuales los individuos que hacen parte de una comunidad nacional se sienten identificados. En otras palabras, los símbolos patrios representan una comunidad que comparte una historia, unos valores y unos lazos afectivos, que se perpetúan en el tiempo y trascienden a las familias, a las personas y a las acciones mismas para convertirse en un patrimonio socialmente compartido.

Una breve reseña histórica de los símbolos patrios permite precisar estas ideas iniciales. La bandera fue creada en 1807 por el precursor de la independencia Francisco Miranda, que la diseñó a partir de tres franjas horizontales: una amarilla, otra azul y otra roja. En el año de 1834, después de la secesión de Venezuela y Ecuador, la bandera sufrió su primer cambio, pues Francisco de Paula Santander dispuso que las franjas no fueran horizontales sino verticales. En el año de 1861, el entonces presidente Tomás Cipriano de Mosquera dispuso que se colocaran, en la franja azul, ocho estrellas que representaran las ocho provincias que conformaban los Estados Unidos de Colombia; además, que la franja amarilla estuviese en la mitad, así como que las franjas fueran de nuevo horizontales. En 1924, Pedro Nel Ospina, mediante el Decreto 861, establece que la bandera debe ser como lo había dispuesto Miranda en 1807. El color amarillo simboliza las grandes riquezas naturales de Colombia, la mies del trigo, principal alimento del hombre durante una larga etapa de la humanidad. También, el oro de nuestras minas y el sol que nos ilumina. El azul simboliza el cielo y los mares, y el rojo la sangre que a lo largo de la gesta de independencia derramaron los héroes de la patria.

En cuanto al escudo puede decirse que el primero que tuvo la nación fue establecido por Carlos V en el año de 1548. Ese escudo es el que identifica hoy en día a Bogotá. El escudo de Colombia fue diseñado por el General Santander en el año de 1834. Desde ese año no ha sufrido modificaciones. El escudo nacional está dividido en tres fajas horizontales: la primera, de color azul con una granada (La granada recuerda el nombre inicial del país: Nueva Granada), tallos y hojas de oro; a cada lado hay una cornucopia (las cornucopias representan las riquezas de nuestras minas y la fertilidad de nuestras tierras) de la cual salen monedas de la parte derecha y frutos de la zona tórrida del izquierdo (las monedas significan la riqueza de la República y la fertilidad de las tierras). En la segunda faja hay un gorro frigio clavado en una lanza (que significa la libertad del país) y un metal precioso, en este caso el platino. En la última faja, está el istmo de Panamá y los dos mares ondeados en plata, acompañados de un navío a vela, simbolizando

la importancia del istmo que hace (hacia) parte de la República. En la parte superior hay un cóndor con las alas abiertas que sostiene en su pico una cinta con la leyenda "Libertad y orden".

Finalmente, el himno de Colombia es la composición poética musical que narra la gesta libertadora. Su letra fue compuesta por Rafael Nuñez, Presidente de la República, la música es de Oreste Síndici. Se estrenó el 11 de Noviembre de 1887 en honor a Cartagena de Indias, en el día de su independencia, y en 1890 se dio a conocer en Roma, Ciudad de México, Caracas y otras ciudades. Sus estrofas narran la historia libertadora, la gesta de los próceres y recuerda las glorias y sufrimientos de la patria.

De esta breve referencia es posible entender que el significado que subyace a los símbolos patrios comprende la idea del origen común de la Nación colombiana, marcada por sus vicisitudes históricas. La exaltación de este origen es indicativa del sentimiento de dignidad y amor propio que comporta la condición de colombiano, y que compromete a todos en la empresa de impedir que los valores fundantes de la patria desaparezcan. Los símbolos patrios representan, además, la riqueza de la tierra que nos sirve de asiento y la bienaventuranza que anhelamos como resultado del trabajo colectivo. En fin, el mensaje de dicha simbología realza la gesta de un pueblo que luchó por su independencia, logró la libertad y busca la prosperidad de sus hijos en el mismo territorio de sus ancestros.

Una aproximación inicial podría sugerir que el fin del tipo penal demandado es la protección de los símbolos patrios considerados en su propia materialidad. En ese supuesto, el propósito de la medida sería la sanción del ultraje a la realidad fenoménica en que vienen plasmados el himno, la bandera o el escudo, y, por tanto, la decisión de sancionar la conducta resultaría, desde una interpretación elemental, claramente necesaria. No obstante, dicha hipótesis resulta rápidamente desechable si se repara en que la protección jurídica que suministra el tipo penal se encamina a la defensa de un símbolo, y un símbolo es algo que representa una realidad adicional, independiente de sí mismo. Además, el objeto del derecho penal es la protección de las cosas, no en cuanto a su propia materialidad, sino en tanto representación de los intereses de la sociedad y los individuos. De allí que no pueda considerarse que el fin de la medida sea la protección de los bienes materiales en sí mismos considerados.

Sobre la base de lo que representan, es posible afirmar entonces que el tipo penal acusado persigue proteger la existencia y seguridad del Estado mediante la protección de los símbolos que lo encarnan, se trata por lo tanto de una medida de protección de los valores morales representados en la bandera, el escudo y el himno de Colombia.

Ahora bien, diversas disposiciones constitucionales guardan estrecha relación con los valores morales protegidos por los símbolos patrios. Así el artículo 95 de la Constitución reconoce que la calidad de colombiano “enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional”, al punto que “todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla”, con lo cual admite que los valores ínsitos a la condición de colombiano, entre los que con toda claridad figuran los símbolos que ensalzan dicha condición, deben ser objeto de respeto. En el mismo sentido, el numeral 8º del citado artículo 95 advierte que es un deber de la persona y del ciudadano “proteger los recursos culturales del país”, dentro de los que figuran los símbolos representativos de la condición de colombiano. Se trata de una finalidad no sólo constitucionalmente legítima sino incluso imperiosa precisamente a la luz de los deberes establecidos en el artículo 95 constitucional.

Ya que las conductas que afectan los símbolos patrios pueden ser consideradas como una afrenta a lo que éstos representan, es decir, la calidad de colombiano y el sentido de pertenencia a la comunidad nacional, esta Sala puede concluir que la disposición legal que tipifica el ultraje a los símbolos patrios no es en principio contraria a la Carta. Por lo menos en esta etapa preliminar del análisis, es legítimo que el legislador proteja la integridad de dichos símbolos recurriendo incluso a sanciones de índole penal.

6.2. Examen de la idoneidad del tipo penal de ultraje a los símbolos patrios.

En esta etapa del test de proporcionalidad se debe verificar si la medida enjuiciada resulta útil y adecuada para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima que persigue, ello ocurre si contribuye de manera efectiva a la consecución del fin propuesto, es decir, a la satisfacción de los principios y valores constitucionales para cuya protección se implementa. Este requerimiento resulta más exigente cuando se adelanta un juicio estricto de constitucionalidad, como en el presente caso, pues debe verificarse si la medida legislativa examinada resulta efectivamente conducente para el logro de la finalidad perseguida. En consecuencia, no basta con afirmar que en el caso concreto no

se ha demostrado que la implementación de la medida resulta ineficaz o indiferente en relación con la finalidad perseguida pues “se invierte la carga de la argumentación para exigir que se acredite de manera fehaciente la existencia de una relación de causalidad positiva entre la adopción de la medida enjuiciada y la satisfacción del fin propuesto”²⁴.

Ahora bien, en el acápite anterior de esta providencia se sostuvo que el delito de ultraje a los símbolos patrios desde la perspectiva del Código Penal iba dirigido a proteger la existencia y la seguridad del Estado, pero que también buscaba preservar otros valores constitucionales relacionados con estos símbolos. Por lo tanto debe la Corte definir si la tipificación penal del ultraje a los símbolos patrios es un medio idóneo para proteger la existencia y seguridad del Estado por un lado, pero también para preservar otros valores constitucionales representados en la bandera, el escudo y el himno de Colombia, tales como los deberes constitucionales relacionados con engrandecer y dignificar la calidad de nacional colombiano, así como para preservar los recursos culturales encarnados en el himno nacional, el escudo y la bandera.

Al respecto una primera apreciación se impone: la tipificación penal de la conducta descrita en el artículo 461 del Código Penal en principio no parece una medida idónea para la protección de la existencia y seguridad del Estado. Esta impresión surge de una mera comparación del delito objeto de examen en la presente decisión con los restantes tipos penales codificados en el mismo acápite, entre los cuales se cuentan el menoscabo a la integridad nacional (artículo 455), la hostilidad militar (artículo 456), la traición diplomática (artículo 457), la instigación a la guerra (artículo 458), los atentados contra hitos fronterizos (artículo 459), los actos contrarios a la defensa de la Nación (artículo 460) y la aceptación indebida de honores (artículo 462).

De este cotejo resulta que los tipos penales que configuran el capítulo en mención describen conductas dirigidas a quebrantar la integridad del Estado Colombiano y la existencia de sus instituciones de un modo que podría considerarse directo, es decir, claramente encaminado a poner en riesgo o a afectar su materialidad, mientras que la conducta tipificada en el artículo 461 tiene un carácter eminentemente representativo.

La Corte estima que cuando un símbolo patrio es agredido, ese acto tiene esencialmente un contenido simbólico, por lo cual no es posible afirmar que desde el punto de vista fáctico ese acto agresor ponga en riesgo los intereses penalmente protegidos. Lo anterior se ve reforzado por el hecho de que el tipo penal bajo estudio es doloso -no admite la modalidad culposa- lo que hace suponer que detrás de la agresión al símbolo sólo es penalmente relevante la intención directamente y positivamente encaminada a ultrajarlo.

En este punto la Corte percibe que la magnitud de la afrenta que por la concreción de la conducta ultrajante tiene lugar no se compara en manera alguna con comportamientos de la naturaleza de la hostilidad militar o la agresión a hitos fronterizos, en los que de forma palpable se percibe el posible riesgo a la seguridad de la Nación. De este primer análisis resulta que el tipo penal de ultraje a los símbolos patrios no es idóneo para proteger la existencia y seguridad del estado porque la conducta en él tipificada no tiene la virtualidad de constituir una amenaza respecto de este bien jurídico.

Queda por analizar si el artículo 461 del Código Penal si es adecuado para la protección de los valores constitucionales a los cuales están ligados los símbolos patrios. A este respecto una primera apreciación se impone: la tipificación penal de una conducta con la amenaza de sanción que lleva aparejada sin duda tiene efectos preventivos²⁵ y disuasorios importantes frente a la colectividad, pues como señala la doctrina el “derecho penal opera suministrando a los individuos razones prudenciales para abstenerse de realizar las conductas que previamente se han definido como delitos”²⁶. Esto desde una perspectiva negativa, es decir, tomando como punto de partida el efecto intimidatorio que tendría la pena sobre la colectividad, pero también desde una perspectiva positiva puede argumentarse que tiene los mismos efectos, mediante el estímulo de la fidelidad y la confianza en el derecho por parte de los asociados, quienes por esta razón igualmente se abstendrían de infringir el ordenamiento penal.

En esa medida el artículo 461 del Código Penal constituye un medio idóneo para evitar que se atente contra los símbolos patrios y de contera para proteger los valores constitucionales que estos representan a los cuales previamente se hizo alusión, pues la tipificación de esta conducta como penalmente sancionable tendrá efectos

disuasorios, intimidatorios y preventivos sobre los individuos quienes ante la amenaza de una sanción penal se abstendrán de atentar contra éstos. Se trata por lo tanto de una medida efectivamente conducente para conseguir la finalidad constitucional perseguida.

Ahora bien, como ha señalado la doctrina el juicio de idoneidad de las normas penales sancionadoras se enfrenta a importantes problemas de índole práctica derivados de las dificultades para verificar mediante investigación empírica la verdadera eficacia preventiva que despliegan este tipo de prescripciones jurídicas, se trata en estos casos de una presunción basada en indicios²⁷.

6.3. Examen de la necesidad del tipo penal de ultraje a los símbolos patrios.

Una vez determinada que el tipo penal de ultraje a los símbolos patrios persigue una finalidad constitucionalmente legítima y es adecuado para conseguir tal finalidad, es preciso determinar si el mismo propósito puede alcanzarse por medio de medidas que sean menos gravosas de los restantes principios, valores y derechos en juego.

Para dilucidar este extremo esta Corporación considera necesario reiterar algunas apreciaciones vertidas en éste y en anteriores pronunciamientos sobre los límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal, que tienen origen en un modelo de Estado en el cual las intervenciones sobre la libertad personal de los miembros de la colectividad deben ser constitucionalmente adecuadas.

En efecto, como previamente se consignó, esta Corporación ha señalado que el Legislador puede configurar libremente los límites y alcances del derecho penal, en desarrollo de la facultad que le confiere el hecho de ser el principal promotor de la política criminal, también puede definir libremente qué conductas y en qué condiciones deben ser consideradas como delictivas. No obstante, como se predica de cualquier competencia instituida, la Corte ha recalcado que la potestad de criminalización de conductas, esto es, la potestad de definir cuáles comportamientos deben considerarse como delitos, responde a una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad y no, simplemente, al arbitrio del legislador.

En definitiva, el diseño de la política criminal supone el cumplimiento de los fines del Estado, por lo que no resulta legítimo que el legislador tipifique conductas que no guarden

relación con bienes jurídicos de relevancia constitucional²⁸. De allí que la Corte afirme que la criminalización de una conducta, es decir, la conversión de una conducta en tipo penal, es la ultima ratio del catálogo de opciones a que el Estado puede acudir para proteger sus intereses y los de los asociados²⁹

Se ha entendido entonces que el derecho penal se activa cuando el Estado enfrenta la necesidad de sancionar, con medidas especialmente gravosas, las conductas que pueden resultar lesivas de los intereses de la comunidad. Si dicha necesidad no es evidente, no es clara o no es proporcional al riesgo social, es claro que el Estado abusa de su poder punitivo al erigir una conducta antisocial en delito.

La Corte Constitucional resalta que, como el principio de libertad de configuración está sujeto al principio de proporcionalidad, estatuido como barrera para el ejercicio arbitrario de la potestad punitiva, el legislador sólo actúa legítimamente cuando las conductas que tipifica son verdaderamente lesivas del interés público. Esta consideración impone entender que la penalización de conductas superfluas, que no entrañan riesgo social, constituye vulneración de ese principio de proscripción de la arbitrariedad. Por eso la Corte ha dicho:

“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 derecho penal para amparar bienes jurídicos de menor jerarquía que la libertad autonomía personales. Y es que el derecho penal en un Estado social de derecho tiene el carácter de última ratio, por lo que, resultan inconstitucionales aquellas penalizaciones que sean innecesarias. Así lo reiteró 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.” Por consiguiente, como consecuencia ineluctable de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es claro que existen

comportamientos, que por no afectar ningún bien jurídico de importancia, se encuentran excluidos del poder punitivo del Estado. Como se explicó en aparte anterior, 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.”³⁰

También desde la doctrina se ha señalado, por una parte, que la eficacia disuasoria para prevenir ciertas conductas no es privativa de la sanción penal sino también de otro tipo de medidas coercitivas de carácter civil o administrativo y, en general de todas las consecuencias reprobadoras asociadas al incumplimiento de ciertas normas de conducta, por lo cual aunque pueda afirmarse que, la tipificación penal representa un medio idóneo, es igualmente cierto que éste no es el único, ni acaso el más idóneo de los medios posibles para prevenir conductas lesivas de bienes jurídicos.

La remisión al derecho penal como estatuto sancionatorio debe operar únicamente cuando las medidas incorporadas para controlar los fenómenos antisociales han sido puestas en marcha sin éxito o cuando éstas son insuficientes para someterlos. El derecho penal está enmarcado en el principio de mínima intervención, lo que supone que el ejercicio del poder de punición tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el Estado para controlar desmanes transgresores de la vida en comunidad. Esta limitante implica que al tiempo que el legislador no está obligado a criminalizar todas las conductas que suponen un daño para la sociedad, tampoco le está permitido hacerlo con las que no ofrecen verdadero riesgo para ella³¹.

En aplicación de este criterio de control, la Corte Constitucional ha declarado la inexecutable de conductas cuya penalización ha encontrado desproporcionada, precisamente por estimar innecesario que el Estado recurriera al sistema penal para castigar conductas que podían castigarse con mayor eficacia por la vía de la potestad sancionatoria de la administración. Así, por ejemplo, la Corte declaró la inexecutable del artículo 12 de la Ley 890 de 2004, que imponía la pena fijada para el fraude a resolución judicial “al asistente en audiencia ante el juez que ejerza la función de control de garantías, ante el juez de conocimiento, ante el tribunal o la Corte Suprema de Justicia, que se niegue deliberadamente a cumplir las órdenes del juez o magistrado”. La Corporación indicó que no existía razón suficiente para convertir dicha

conducta en delito, porque el Estado contaba con mecanismos distintos, de menor rigor en términos del sacrificio a los derechos del individuo, para imponer la sanción correspondiente³².

De todo lo dicho puede concluirse que la decisión de criminalizar una conducta sólo puede reputarse legítima cuando responde a la necesidad de sancionar comportamientos atentatorios de los derechos y libertades individuales y colectivos, y en razón de la imposibilidad de reprender el ilícito con mecanismos menos invasivos de los derechos fundamentales, pues la incursión del derecho penal en la regulación del comportamiento humano debe considerarse como el último recurso posible para enderezarlo o reprenderlo³³.

Corresponde entonces determinar si la finalidad constitucionalmente legítima de defender los valores constitucionales protegidos por el tipo penal de ultraje a los símbolos patrios puede alcanzarse, con un grado de eficacia similar, mediante otras medidas diferentes a la sanción penal.

Por un lado son pertinentes algunas reflexiones consignadas en el acápite anterior de esta decisión acerca de la falta de idoneidad del tipo penal examinado para proteger la existencia y seguridad del Estado. En efecto, dado que la conducta descrita en el artículo 461 del Código Penal no representa una amenaza a la existencia y seguridad del Estado tampoco resulta necesario tipificarla penalmente para proscribirla o sancionarla, precisamente porque existen otras más idóneas para preservar este bien jurídico como son, por ejemplo, los distintos ilícitos tipificados en el mismo capítulo del Código Penal.

Pero desde la perspectiva estricta del subprincipio de necesidad es preciso concentrarse en dos extremos, por un lado si se requiere proteger los símbolos patrios entendidos como la representación de los valores fundantes que promueven la cohesión social de los colombianos y en segundo lugar si dicha protección no puede ser alcanzada por medidas alternativas al derecho penal.

En cuanto al primer asunto se trata sin duda de un juicio sobre la importancia del bien jurídico protegido mediante el tipo penal en el cual el Legislador tiene un ámbito de apreciación en el cual en principio no debe interferir el juez constitucional. Sin embargo, ese margen de apreciación está limitado por la Constitución, como se ha sostenido a lo largo

de esta decisión, y por lo tanto no es proporcionado –por innecesario- tipificar penalmente conductas que carecen de relevancia social o que no afectan principios, valores o derechos constitucionales.

Ahora bien, si como se ha sostenido hasta ahora, la tipificación de ultraje a los símbolos patrios tiene la finalidad constitucionalmente legítima de preservar los valores constitucionales a ellos, precisamente por el carácter representativo del cual son portadores, no resulta constitucionalmente reprochable que sean protegidos por el ordenamiento jurídico mediante la sanción de las conductas que los afecten, queda por dilucidar si esta protección es posible alcanzarla mediante previsiones alternativas al derecho penal, por ejemplo medidas de carácter policivo o administrativo, las cuales ya han sido previstas en el ordenamiento jurídico colombiano.

En efecto, existen disposiciones que permiten la misma finalidad y que son de naturaleza administrativa, que no llevan aparejadas las consecuencias negativas de la condena penal³⁴ aún cuando la sanción impuesta sea la misma.

Así, por ejemplo, el artículo 210 del Código de Policía Nacional señala:

ARTICULO 210. Compete a los Alcaldes o a quienes hagan sus veces, imponer multa de cincuenta a cien pesos:

1. Al que no use la bandera nacional en lugar visible al público en los días indicados por el reglamento o resolución de autoridad;

Por su parte el artículo 13 del Decreto 522 de 1971 establece entre las contravenciones especiales de policía:

ARTICULO 13.- El que use indebidamente la bandera o el escudo de Colombia o cualquiera otro emblema patrio, incurrirá en multa de cincuenta a cinco mil pesos.

Estas disposiciones, las cuales no son objeto de control de constitucionalidad en la presente decisión, protegen los mismos valores constitucionales que busca preservar el artículo 461 del Código Penal y en principio puede considerarse que son efectivamente adecuadas para conseguir este propósito, pues el procedimiento policivo si bien se rige por el derecho al debido proceso y en esa medida respeta las garantías constitucionales, en

todo caso tiene menores ritualidades que el proceso penal. Adicionalmente resultan menos gravosas que una sanción penal, pues no aparejan la desaprobación social que conlleva una condena penal, no pueden ser convertidas en arrestos progresivos y en esa medida no se configuran en una amenaza potencial a la libertad personal del infractor, no conllevan penas accesorias y, finalmente, sus montos son inferiores a los establecidos en el Código Penal.

Desde esta perspectiva, la disposición atacada resulta inconstitucional porque es innecesaria para la protección de los valores constitucionales asociados a los símbolos patrios, debido a que existen medidas alternativas de carácter no penal que cumplen con la misma finalidad y resultan menos gravosas para los otros derechos constitucionales en juego. Ahora bien una vez establecida la inconstitucionalidad de la disposición acusada no es necesario seguir adelantando las etapas subsiguientes del juicio de proporcionalidad, no obstante, en virtud del principio de suficiencia argumentativa esta Corporación consignará algunas consideraciones adicionales sobre la conformidad del tipo penal de ultraje a los símbolos patrios con el principio de legalidad estricta en materia penal.

7. El principio de legalidad en sentido estricto en materia penal y la constitucionalidad del tipo penal de ultraje a los símbolos patrios.

Como antes se dijo uno de los límites a la libertad de configuración del Legislador en materia penal es el deber de observar la estricta legalidad. En punto a este deber, la Corte ha señalado “(i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa”. De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca” (subrayas añadidas)³⁵.

Ciertamente, tal como se hizo mención anteriormente, la expresión “ultrajar” incluye contenidos semánticos diversos.

En efecto, el Diccionario de la Real Academia define la expresión ultrajar como la

conducta dirigida a 1. tr. Ajar o injuriar. 2. tr. Despreciar o tratar con desvío a alguien. 3. tr. El Salv. y Ven. violar (tener acceso carnal con alguien en contra de su voluntad). Y como sinónimo de ajar, 1. tr. Maltratar, manosear, arrugar, marchitar. 2. tr. Tratar mal de palabra a alguien para humillarle. 3. tr. Hacer que pierda su lozanía alguien o algo. U. t. c. prnl. 4. tr. Desgastar, deteriorar o deslucir algo por el tiempo o el uso. U. t. c. prnl.

El diccionario del uso corriente de María Moliner lo define como “1.(<con, en>) tr. Ofender gravemente a una persona con palabras o con obras: (Ultrajar con palabras. Ultrajar en su dignidad”. 2 Despreciar o humillar a una persona. Por su parte, la página web de wordreference.com trae las siguientes variables semánticas del término: 1) tr. Injuriar gravemente a alguien. 2) Despreciar, 3) ajar, deteriorar, estropear. El diccionario de Sinónimos y Antónimos de Editorial Planeta consigna los siguientes sinónimos del término: insultar, injuriar, insolentar, difamar, vejar, despreciar.

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

Por lo tanto la conducta tipificada en el artículo 461 del Código Penal dista de cumplir con la exigencia de claridad y precisión exigida por el principio de legalidad en materia

penal, razón adicional para declarar su inconstitucionalidad.

VII. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. Declárese INEXEQUIBLE el artículo 461 de la Ley 599 de 2000“por la cual se expide el Código Penal”.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

NILSON PINILLA PINILLA

Presidente

Salvamento de voto.

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Salvamento de voto.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Salvamento de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Salvamento de voto.

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C- 575 DE 2009

NORMA CONSTITUCIONAL-Interpretación sistemática (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN TIPO PENAL DE ULTRAJE A SIMBOLOS PATRIOS-No vulneración (Salvamento de voto)

RAZONABILIDAD EN TIPO PENAL DE ULTRAJE A SIMBOLOS PATRIOS-Cumplimiento (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente D-7584

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 461 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”.

Demandantes: Carlos Humberto García Guzmán y Jorge Eliecer Peña Pinilla

Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto

Con todo respeto, expongo los motivos que me llevan a discrepar de la presente Sentencia.

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

Así entendida la disposición atacada mal podría afirmarse que era un tipo penal ambiguo y en consecuencia no violentaba el principio de legalidad, sino por el contrario era muestra del desarrollo de la libertad de configuración legislativa en cabeza del Congreso de la República. En múltiples ocasiones, los jueces de la República, realizando un análisis sistemático de la norma estudiada, han desentrañado el contenido del concepto que describe la norma penal. De allí, que la labor del juez constitucional en el presente caso era tomar en consideración los elementos del tipo penal y señalar el grado de proporcionalidad de la ofensa que vulneraría el bien jurídico protegido. Análisis que se han efectuado en casos como los delitos de injuria y calumnia³⁶.

2. Ahora bien, la norma cumplía con la exigencia de razonabilidad, por cuanto buscaba cumplir un fin constitucionalmente válido como es enaltecer la dignidad de la Nación. En efecto, el artículo 95 constitucional - de los deberes y obligaciones - señala que la calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Seguidamente se indica que todos están en el deber constitucional de engrandecerla y dignificarla.

Por ende, la norma acusada era el desarrollo legislativo ante incumplimiento del deber constitucional; aún más cuando el mismo artículo 95 determina que el ejercicio de los derechos y libertades del colombiano genera una serie de responsabilidades, como en

este caso sería el respeto por los símbolos patrios.

En los términos anteriores se deja expresadas las razones de mi discrepancia.

Fecha ut supra

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

1 Según cuyo tenor: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

2 Esta disposición tiene múltiples contenidos normativos literalmente señala:

“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

3 El artículo 13 de la CADH consagra la libertad de pensamiento y expresión con el siguiente tenor:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

4 Ver entre otras las sentencias C-010 de 2000, C-650 de 2003, SU-1721 de 2000, SU-1723 de 2000, SU-056 de 1995, T-104 de 1996, T-505 de 2000, T-637 de 2001, T-235A de 2002, T-1319 de 2001.

5 Ver por ejemplo la sentencia C-442 de 2009 en la cual se pondera el alcance de la libertad de expresión frente a los derechos de los niños y niñas y el carácter prevalente

del interés superior del menor.

6 Sentencia T-391 de 2007.

7 Ibidem.

8 En esta misma línea se observa en el “Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión” del año 2008: “la jurisprudencia interamericana ha explicado que la libertad de expresión es una herramienta clave para el ejercicio de los demás derechos fundamentales. En efecto, se trata de un mecanismo esencial para el ejercicio del derecho a la participación, a la libertad religiosa, a la educación, a la identidad étnica o cultural y, por supuesto, a la igualdad no sólo entendida como el derecho a la no discriminación, sino como el derecho al goce de ciertos derechos sociales básicos” (p. 22).

9 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el párrafo 46 de la Opinión Consultiva 05 del 13 de noviembre de 1985, señaló la importancia de un entendimiento restrictivo de las limitantes de este derecho: “Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que “necesarias”, sin ser sinónimo de “indispensables”, implica la “existencia de una “necesidad social imperiosa” y que para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente demostrar que sea “útil”, “razonable” u “oportuna”. (Eur. Court H. R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse

estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (The Sunday Times case, supra, párr. no. 62, pág. 38; ver también Eur. Court H. R., Barthold judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, párr. no. 59, pág. 26)”.

10 Pueden consultarse, entre otras, las siguientes decisiones: Caso Palamara Iribarne, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C no. 135. Caso Eduardo Kimel, sentencia de 2 de mayo de 2008, serie C no. 177. Caso López Alvarez, sentencia de 1 de febrero de 2006.

11 Sentencia C-010 de 2000.

13 Sobre el particular, se pueden revisar las sentencias C-587 de 1992, C-504 de 1993, C-038 de 1995, C-345 de 1995, C-070 de 1996, C-113 de 1996, C-125 de 1996, C-394 de 1996, C-013 de 1997, C-239 de 1997, C-297 de 1997, C-456 de 1997, C-472 de 1997, C-659 de 1997, C-404 de 1998, C-083 de 1999, C-996 de 2000, C-1164 de 2000, C-173 de 2001, C-177 de 2001, C-916 de 2002, C-239 de 2002, C-205 de 2003, C-857 de 2005 entre otras.

14 Sentencia C-226 de 2002.

15 Sentencia C-1404 de 2000.

16 Sobre el particular, se pueden revisar las sentencias C-587 de 1992, C-504 de 1993, C-038 de 1995, C-345 de 1995, C-070 de 1996, C-113 de 1996, C-125 de 1996, C-394 de 1996, C-013 de 1997, C-239 de 1997, C-297 de 1997, C-456 de 1997, C-472 de 1997, C-659 de 1997, C-404 de 1998, C-083 de 1999, C-996 de 2000, C-1164 de 2000, C-173 de 2001, C-177 de 2001, entre otras.

17 En realidad, el juicio estricto de igualdad comporta el juicio de estricta proporcionalidad. Ver sentencia C-125 de 1996.

18 Sentencia C-799 de 2003.

19 Por todos Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

20 De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte este es el estándar que, en principio, se debe aplicar por regla general para analizar la constitucionalidad de las medidas adoptadas por el legislador, en aplicación del principio democrático. También se ha señalado que esta modalidad de test debe aplicarse cuando se enjuician medidas que versan exclusivamente sobre materias 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional, sin que ello signifique que el contenido de una norma conduzca inevitablemente a un test leve; 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional; 5) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente; y 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión. El test leve se limita a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limita cuando el test es leve, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto.

21 En la sentencia C-673 de 2001 se refiere que el test intermedio ha sido empleado por la Corte para analizar la proporcionalidad de una medida legislativa, en especial 1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia. El test intermedio involucra elementos más exigentes de análisis que el test leve. Primero, se requiere que el fin no sólo sea legítimo sino también constitucionalmente importante, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Carta o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver. Segundo, se exige que el medio, no solo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial.

22 Con respecto al test estricto de proporcionalidad los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de

proporcionalidad en sentido estricto es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida. Este modalidad de test se aplica 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida prima facie afecta el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio.

23 Se examinaba la constitucionalidad de los artículos 1º de la Ley 33 de 1920 y 4º de la Ley 12 de 1984 mediante los cuales se adoptaba como Himno Nacional de Colombia el que compuso Oreste Sindici con letra de Rafael Núñez.

24 Sentencia C-720 de 2007.

25 Como es sabido las teorías de la prevención le asignan a la pena la función de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales: se trata de una función utilitaria que no se funda en postulados religiosos o morales, sino en la consideración que la pena es necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales. Los efectos preventivos de la pena se distinguen según se proyecten sobre todo los miembros de la sociedad para disuadirles de la comisión de hechos punibles (prevención general) o sólo sobre el individuo que ha delinquido para evitar que en el futuro cometa nuevos delitos (prevención especial). Cfr. Santiago Mir Puig. Derecho Penal, Parte General. 5ª Edición. Barcelona, 2002.

26 Gloria Patricia Lopera Mesa. Principio de proporcionalidad y ley penal. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 317.

27 Ibidem p. 421. A pesar de las dificultades para verificar la eficacia preventiva de la pena, especialmente desde su vertiente negativa o intimidatoria, algunos estudios constataron la correlación entre la intensidad en la persecución del delito y el descenso en los índices de criminalidad, así como una disminución de la frecuencia de realización de una conducta tras la entrada en vigencia de la ley punitiva. No obstante, tampoco

despejan las dudas existentes sobre la materia, pues se ha cuestionado tanto la fiabilidad de los métodos empleados como la posibilidad de atribuir validez general a sus resultados, debido a que no es posible aislar los diversos factores concurrentes en la disminución del delito y determinar el peso específico que entre ellos corresponde a la amenaza de la pena.

28 En la sentencia C-762 de 2002, la Corte afirmó: “Ciertamente, en virtud de la cláusula general de competencia consagrada en los numerales 1° y 2° del artículo 150 de la Constitución Política, al Congreso se le asigna la función específica de expedir códigos en todos los ramos de la legislación y de regular en su totalidad los tramites judiciales, de manera que, en ejercicio de tal atribución, éste goza de un cierto margen de autonomía o configuración política, tanto para definir cuáles son los comportamientos humanos que merecen reproche penal -señalando la respectiva sanción e intensidad de la misma-, como para diseñar los procedimientos que conduzcan a establecer la veracidad de los hechos y la responsabilidad penal de quienes resulten involucrados en la comisión de una determinada conducta delictiva. Todo ello, cuando se llegue al convencimiento de que es imprescindible apelar al derecho penal como última ratio para defender determinados intereses jurídicos” (subrayas añadidas).

29 Así, la Corte ha dicho: “En principio, no existe, de manera expresa, un imperativo constitucional según el cual determinados bienes jurídicos deban, necesariamente, protegerse a través del ordenamiento penal. Por el contrario dentro de una concepción conforme a la cual sólo debe acudir al derecho penal, con su efecto limitativo de las libertades individuales, cuando no exista otro medio de protección de los bienes jurídicos que resulte menos invasivo, la criminalización de una conducta solo puede operar como ultima ratio” (subrayas añadidas) Sentencia C-489 de 2002.

30 Sentencia C-939 de 2002.

31 Este extremo también ha sido abordado por la jurisprudencia constitucional la cual al respecto ha señalado: “6. Por otra parte, esta Corporación ha manifestado que, en virtud del principio de intervención mínima, el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado debe ser el último de los recursos, y, así mismo, debe ser lo menos gravoso posible para los derechos individuales, así:

‘La Corte considera oportuno en primer lugar advertir que no es cierto lo que plantea el actor en el sentido de que todas las actividades deben penalizarse, ya que en virtud del principio de intervención mínima la actuación punitiva del Estado, que restringe el campo de la libertad y que mediante la pena priva de derechos fundamentales o condiciona su ejercicio, por una parte, debe ser el último de los recursos (ultima ratio) de los que el mismo tiene a su disposición para tutelar los bienes jurídicos y, por otra parte, debe ser lo menos gravoso posible para los derechos individuales, mientras resulte adecuado para alcanzar los fines de protección que se persiguen. Ello significa que:

‘i) El Derecho Penal sólo es aplicable cuando para la protección de los bienes jurídicos se han puesto en práctica otras medidas no represivas, que pueden ser, por ejemplo, de carácter laboral, administrativo o mercantil, y ellas han resultado insuficientes; por tanto, sería desproporcionado e inadecuado comenzar con una protección a través del Derecho Penal.

‘ii) El Estado debe graduar la intervención sancionadora administrativa y penal, de modo que siempre que sea posible alcanzar el amparo del bien jurídico mediante el recurso a la potestad sancionadora de la Administración, debe preferir ésta a la penal, por ser menos gravosa, al menos para las conductas menos dañosas o menos peligrosas.

Ello permite señalar el carácter subsidiario del Derecho Penal frente a los demás instrumentos del ordenamiento jurídico y, así mismo, su carácter fragmentario, en cuanto no tutela todos los ataques a los bienes jurídicos relevantes sino únicamente los más graves o más peligrosos” sentencia C-804 de 2003.

32 Sentencia C-897 de 2005. En esta decisión se sostuvo textualmente lo siguiente:

“24. Como ya se ha indicado, en el presente caso se observa que para la conducta descrita por la norma acusada existe otro tipo de sanciones distintas a la penal, que son menos drásticas en lo que se refiere a la afectación de los derechos del asistente a la audiencia que no acate una orden judicial, y tienen eficacia semejante para alcanzar los fines anteriormente mencionados. Pues bien, a pesar de la existencia de las normas correccionales para sancionar la conducta indicada en la norma, el legislador decidió consagrar también la posibilidad de sancionarla penalmente. Sin embargo, en ninguna de las instancias de debate sobre la norma –es decir, ni en el trámite legislativo ni

durante este proceso de constitucionalidad – surgió el más leve fundamento o razón para explicar por qué conductas de baja lesividad social debían ser elevadas a la categoría de delitos y sancionadas de manera tan drástica como lo dispone la norma acusada.

La situación descrita es censurable desde la perspectiva constitucional, puesto que de ninguna manera es evidente la gravedad del daño que genera la conducta sancionada por la norma. Como ya se señaló, dentro del concepto de órdenes no caben ni las sentencias ni los autos, ni las instrucciones dirigidas a evitar la perturbación de la audiencia. Ello significa que, en principio, las órdenes cuya desatención podría generar la sanción penal estipulada pueden ser consideradas como no fundamentales para el desarrollo del proceso penal y la misma majestad de la justicia. Es por eso que la agravación de su tratamiento requeriría de una fundamentación suficiente, para ajustarse al principio que establece que el derecho penal es la última ratio.

Los anteriores argumentos conducen a la conclusión de que la norma acusada vulnera el principio de necesidad. Como se ha mencionado, no existe ningún argumento que justifique de alguna manera la consagración como delito de la conducta analizada y que indique que las sanciones correccionales eran insuficientes para asegurar la obediencia de las órdenes accesorias que dicten los jueces dentro de las audiencias. De esta forma, se introdujeron recias condenas penales para situaciones que hasta ahora venían siendo tratadas a través de medidas correccionales, sin que por ninguna parte apareciera alguna razón que justificara la necesidad de adoptar esta decisión punitiva.³² Lo anterior constituye una vulneración flagrante del principio de necesidad de la pena, que amerita que la norma también sea declarada inconstitucional por esta causa.

Sobre este punto cabe precisar que el respeto al amplio margen de configuración normativa que tiene el legislador en materia penal impone que solamente de manera excepcional se pueda declarar la inconstitucionalidad de una norma penal con base exclusiva en la violación del principio de la última ratio. Ello puede ocurrir en situaciones extremas como la presente, donde hay certeza de que existen en la propia legislación vigente medios alternativos menos lesivos y de eficacia semejante para lograr los objetivos perseguidos por la norma establecida en el artículo 12 acusado” (subrayas añadidas).

33 Estas apreciaciones guardan estrecha relación con el así denominado principio de fragmentariedad en el derecho penal, según el cual por una parte, no todos los bienes jurídicos deben ser tutelados por el derecho penal y, por a otra, no todas las modalidades de agresión aun bien jurídico son penalmente relevantes. Este principio constituye “una de las señas de identidad del pensamiento penal garantista, que ha de limitarse a calificar como delitos las modalidades de ataque más graves contra los bienes jurídicos más importantes” Lopera Mesa, ob. cit., p. 451.

34 Entre ellas la conversión de la multa en arrestos progresivos o la posibilidad de que se impongan penas accesorias.

35 Sentencia C-939 de 2002.