



**Vulneración del principio de legalidad a raíz de las sentencias de declaratoria  
de inexequibilidad parcial de los tipos penales**

**Estudiante**

**José Mateo Hoyos García**

**Director**

**Enán Arrieta Burgos**

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de  
abogado**

**Pregrado en Derecho**

**Escuela de Derecho y Ciencias Políticas**

**Universidad Pontificia Bolivariana**

**Medellín**

**2021**

## Declaración de originalidad

**Fecha: 16 de mayo de 2021**

**Nombre del estudiante: José Mateo Hoyos García.**

“Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad”.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'José Mateo Hoyos García', written in a cursive style. The signature is positioned above a horizontal line.

---

**Firma del estudiante**

## **Vulneración del principio de legalidad a raíz de las sentencias de declaratoria de inexecutable parcial de los tipos penales**

**Sumario:** Introducción - 1. Las garantías fundamentales asociadas al principio de legalidad - 2. Eventos y efectos de la declaratoria de inexecutable parcial de los tipos penales - 3. Críticas al proceder de la Corte Constitucional en las declaratorias de inexecutable parcial de los tipos penales. Conclusiones. Referencias.

### **Resumen**

En el presente escrito se aborda la problemática en torno a la vulneración de las garantías que pretenden ser aseguradas por el principio de legalidad, con ocasión de las sentencias de declaratoria de inexecutable parcial de los tipos penales. Así, se vislumbra cómo el proceder de la Corte Constitucional en materia penal, con los tipos penales, quebranta el principio baluarte del Estado de Derecho, cuyo ámbito de punibilidad solo debe ser fijado por la Ley. Por tanto, se busca identificar la incidencia de dichas declaratorias en la ampliación de los ámbitos de punibilidad de los tipos penales y en la disminución de las garantías fundamentales. Con esta finalidad, se define el contenido de las garantías que emanan del principio de legalidad, se estudian los eventos y efectos de la declaratoria de inexecutable parcial en los tipos penales y se esboza una lectura crítica de dichas declaratorias.

**Palabras clave:** principio de legalidad, tipicidad, ámbitos de punibilidad, declaratoria de inexecutable parcial, Corte Constitucional.

### **Introducción**

La Corte Constitucional, órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, es el garante de la integridad y supremacía de la Constitución. Para tal efecto, tiene a su cargo distintos controles, por vía de los cuales declara inexecutable las normas contenidas en enunciados normativos de inferior jerarquía e incompatibles con la

Constitución, con miras, como se anotó, a garantizar su supremacía. Así pues, específicamente, por vía de las inexecutableidades parciales, para el caso, de los tipos penales, el Tribunal Constitucional ha dado pie a que se amplíe el ámbito de punibilidad de los mismos. Ello, en abierta contradicción con el principio baluarte del derecho penal y del Estado de Derecho que es el principio de legalidad y demás garantías fundamentales. Lo anterior, usurpando, por tanto, las esferas de competencias legislativas, pues, sería la Corte Constitucional y no ya el legislador, quien termine por definir los tipos penales y su ámbito de aplicación.

Es así como, en apariencia, se vislumbra un fenómeno incontrolable en un abismo sin asomo de solución jurídica. Dicho proceder representa un reto jurídico para hacerle frente a dichas atribuciones en las que el juez obra como un legislador, en un vaivén constante entre una forma de colaboración armónica o una intromisión indebida en las tareas legislativas; entre una reivindicación de un derecho penal mínimo o una contribución en pro de un expansionismo penal. Por ello, se realizará un estudio con miras a establecer la viabilidad de dicho proceder y dar un asomo de solución jurídica.

Por lo anterior, la presente investigación busca ampliar el espectro de las declaratorias de inexecutableidades parciales que la Corte Constitucional hace de los tipos penales y los impactos que de allí se derivan con la pretensión de nutrir el conocimiento existente sobre la materia. Además, del estudio uniforme que se hace de los distintos tipos penales que han sido objeto de dicha declaratoria, se busca cimentar, con explicaciones de tipo dogmático y legal, los peligros que lleva consigo dicha competencia para las garantías fundamentales. Del mismo modo, se busca establecer las bases, a través del ofrecimiento de herramientas y criterios, a nuevas soluciones jurídicas que permitan hacerle frente a los retos que suponen en la actualidad las competencias atribuidas al órgano de cierre.

Ahora bien, por el panorama propuesto, conviene preguntarse: ¿cómo inciden las declaratorias de inexecutable parcial de los tipos penales en la ampliación de los ámbitos de punibilidad y en la disminución de las libertades y las garantías fundamentales que pretenden ser aseguradas por el principio de legalidad?

De allí que, si se reconoce la ampliación de los ámbitos de punibilidad en la declaratoria de inexecutable parciales de los tipos penales que explican la usurpación de competencias legislativas y el desmedro en las libertades y garantías fundamentales, y si la Corte Constitucional se limitara, bien a establecer la conformidad o no de la norma contenida en el enunciado constitucionalmente prescrito y fuera el Legislador quien definiera dichos ámbitos, bien a declaratorias de inexecutable parcial sin efectos expansivos, o, si se fijaran por parte de los jueces ordinarios los ámbitos interpretativos de dichos enunciados, entonces habrá una mayor previsibilidad y seguridad jurídica en la salvaguarda del principio de legalidad y demás garantías que cimientan el Estado de Derecho.

Así pues, para responder a la pregunta de investigación se tiene como propósito el desarrollo y fundamentación de los siguientes ejes temáticos, en su orden: en primer término, la definición y el contenido de las libertades y las garantías fundamentales que pretenden ser aseguradas por el principio de legalidad; en segundo término, los eventos y efectos de las declaratorias de inexecutable parcial de los tipos penales; en tercer y último término, la crítica de las declaratorias de inexecutable parcial de los tipos penales.

Por último, conviene anotar que esta investigación asume un paradigma interpretativista, en tanto se acepta la existencia de una realidad demarcada por el derecho positivo que permite predecir y controlar los comportamientos. Hay una realidad creada por el legislador y, es en virtud de la ley, el ejercicio de atribución de los delitos y las respectivas penas aplicables. Del mismo modo, el tipo de investigación empleado es de corte cualitativo, no obstante ser un paradigma

positivista, toda vez que se parte de una análisis documental, de tipo teórico, en el estudio de la jurisprudencia, la doctrina y las leyes sobre la materia. Asimismo, el método de investigación empleado es analítico, dado el estudio de una parcela del ordenamiento jurídico, esto es, la parcela penal, con la labor interpretativa de las ambigüedades que presenta la declaratoria de inexecutable parcial de los tipos penales.

Sea finalmente advertir que, este escrito, más que reivindicar el papel de Legislador y de la ley o de querer justificar lo que otrora era el “mito del legislador racional”, propone es advertir el porqué resulta inadmisibles que sea el Juez Constitucional, quien termine por definir el ámbito de punibilidad de los tipos penales que corresponde al legislador.

### **1. Las garantías fundamentales asociadas al principio de legalidad<sup>1</sup>**

El principio de legalidad surge como fundamento baluarte del Estado de Derecho, ora como una arista al sometimiento de las actuaciones de las autoridades públicas a las formas jurídicas, ora como una serie de garantías que emanan de su consagración en la ley. Así pues, según Bustos (1997), el principio de legalidad tiene antecedentes antiguos: la Carta Magna (1215), la Constitución de Maryland (1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), entre otros. No obstante lo anterior, el mantenimiento de dicho principio no ha sido pacífico en

---

<sup>1</sup> Suele creerse, equivocada y difundidamente, que la expresión “principio” siempre envuelve la connotación de mandatos de optimización. Advierte Robert Alexy que, lo que tradicionalmente se ha dado en llamar “principio de legalidad”, en su teoría, no es en estricto sentido un principio, sino una regla, esto es, un mandato de aplicación perentoria (del todo o nada), apartándose con ello del uso habitual que se le daba a la expresión “principios”. Al respecto, nos dice Alexy (1993): “La existencia de normas de alto grado de generalidad que no son principios muestra que al criterio de la generalidad le corresponde solo un derecho relativo. El enunciado normativo “un hecho puede ser penado solo si la punibilidad del acto estaba establecida por ley antes de la comisión del acto” puede presentar una serie de problemas de interpretación y detrás de él se encuentra un principio al que puede recurrirse para su interpretación, **pero formula una regla, pues lo que exige es algo que siempre puede solo ser o no ser cumplido.** Como, a menudo, esta norma es designada como “principio”, **es un ejemplo de aquellos casos en los cuales la aquí sostenida teoría de los principios se aparta del uso habitual del lenguaje**” (p. 104). (Negrillas, cursivas y subrayas extratexto).

la evolución del Estado moderno. Así, por ejemplo, la escuela positivista italiana propugnaba que las medidas de seguridad podían aplicarse sin definición previa del delito, así como en la Alemania nazi y en la antigua Unión Soviética se permitió la creación de normas penales y figuras delictivas por analogía (Roxin, 1997).

Pues bien, ese imperio de la ley en que se fundamenta el principio de legalidad encuentra su punto de partida en el positivismo jurídico. Nos dice Sanchís (2015) que, el positivismo jurídico, si bien es una corriente del pensamiento bastante antigua, alcanza un inusitado desarrollo en el siglo XIX, y ello debe explicarse en el marco de un cierto contexto cultural e institucional que, a juicio del autor español, viene definido por tres acontecimientos: el agotamiento de la Ilustración y su reemplazo por el historicismo o romanticismo, la filosofía positivista y la culminación del proceso de estatalización del derecho. Asimismo, una de las características fundamentales del positivismo jurídico consiste en haber limitado la esfera cognoscible al “derecho puesto”.

Ahora bien, si bien el positivismo jurídico alcanzó un desarrollo inusitado en el siglo XIX, ya desde antes, nos dice Fioravanti (2014), en el siglo XVII surgió la exigencia material a la que el positivismo tenía que dar respuesta: con anterioridad al siglo XVII no existía una jerarquía de fuentes del derecho, ni tampoco un ente superior destinado a imponerse sobre los demás. De este modo, nos dice el autor italiano, la soberanía ya no es solo el centro, sino que ahora es ese centro particular que se dota de una fuerza que le permite afirmar su superioridad y abrogar los derechos de otros. Se llega así al código, al monopolio legislativo del derecho; se debía atribuir al soberano una fuerza especial y, esa fuerza, vendrá de la valoración ideológica de ley del soberano, de modo que, sin un dominio de la ley, no existirá expectativa de orden (Fioravanti, 2014).

De esta manera, el positivismo jurídico tendrá vigor mientras lo tenga esa presunción de legitimidad a favor de la ley, en esa concepción primigenia. Sin

embargo, esa fuerza especial de la ley vio en el Estado de Derecho, para esta corriente del pensamiento, una forma de buscar límites y contrapesos entre los poderes y órganos del Estado (Fioravanti, 2014). En ese sentido, Bustos (1997) consagra que la función del principio de legalidad es fundamentalmente garantista. El Estado ha de especificar el contenido de su intervención a los ciudadanos, con miras a predecir dichos comportamientos y saber a qué atenerse. El principio de legalidad constituye, en definitiva, una garantía frente al arbitrio estatal.

Para nuestro caso, este principio se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991; artículo 6º de la Ley 906 de 2004; artículo 6º de la Ley 599 de 2000; artículo 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En términos generales, señala Roxin (1997), el principio alude a que *no hay delito ni pena sin ley*. Ello quiere decir que la circunstancia de que una determinada conducta sea punible, su clase de pena y su cuantía han de estar legalmente fijadas antes del hecho. Esto, por cuanto es la ley la que sirve para garantizar los derechos individuales y el principio de igualdad; es la ley la que crea la nueva sociedad de los libres y los iguales (Fioravanti, 2014); siendo las garantías fundamentales, contenidas en el principio de legalidad, sustento del derecho penal moderno.

Este principio de legalidad, en específico, reviste de un importante fundamento contractualista, en tanto es el Legislador, representante de la voluntad general, quien define los delitos y las respectivas penas aplicables (Solano, Duque, Arrieta-Burgos, Estrada y Monsalve, 2019). Dicho principio, pues, es un límite al *ius puniendi* que está en relación con todo el sistema penal en su conjunto. Cada momento de la dinámica penal, ya sea de la creación de la norma, ya sea de aplicación y de ejecución de la misma, está formalizada por medio de la ley. El Estado no puede exceder lo que está señalado taxativamente en la ley (Bustos, 1997, p. 80).



Así pues, de dicho mandato se desprenden una serie de garantías que suelen consagrarse con una fórmula que, en su origen, se debe a Feuerbach: *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, stricta, certa et praevia* (Bustos, 1997). Sin embargo, como lo señala el mismo Roxin (1997), Feuerbach no es en absoluto el creador de dicho principio, pues su formulación partía del simple aforismo “*nulla poena sine lege*”, ya que la doctrina mayoritaria distingue entre conducta punible y la pena. En cambio, Feuerbach agrupaba ambas cosas en el término “*poena*”, como también se hace actualmente con cierta frecuencia.

De allí que, tradicionalmente, según Roxin (1997), se hayan establecido esas cuatro consecuencias, las cuales, las dos primeras, esto es, la prohibición de la analogía en materia penal y la prohibición del derecho consuetudinario o reserva de ley, estén dirigidas al juez; las dos siguientes, esto es, la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal y la prohibición de leyes penales y penas intermedias o principio de la taxatividad, estén dirigidas al Legislador. Caractericemos lo dicho:

### **1.1. La prohibición de analogía en materia penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*)**

La ley penal debe ser escrita. Solano *et.al* (2019) aluden a que ella solo debe aplicarse a hechos expresamente consagrados en ella. De allí que se rechace, en principio, la analogía. Sin embargo, se dice que, en principio, porque, en materia penal, se encuentra proscrita la analogía *in malam partem* (analogía desfavorable al procesado o condenado), no así la analogía *in bonam partem* (la analogía favorable al procesado o condenado) que se encuentra permitida. Bustos (1997) afirma que “esa prohibición es una afirmación del imperio de la ley y un límite a la actividad judicial: el juez no puede crear delitos” (p. 82). A ello se refiere el último inciso del artículo 6º del Código Penal colombiano, en virtud del cual, “la analogía solo se aplicará en materias permisivas”.

### **1.2. La prohibición de derecho consuetudinario o reserva de ley**

### ***(nullum crimen, nulla poena sine lege scripta)***

La norma penal debe ser escrita, de tal manera que “la punibilidad de la conducta solo pueda ser establecida por ley” (Bustos, 1997, p. 81). O, dicho en palabras de Solano *et al.* (2019), “que la norma penal deba ser escrita significa que no debe haber norma sin enunciado normativo” (p. 71). Si bien de esta consecuencia se desprende la prohibición del derecho consuetudinario en materia penal, en Colombia encuentra su excepción con el derecho penal indígena (Constitución Política de 1991, artículo 246).

#### **1.3. La prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal**

##### ***(nullum crimen, nulla poena sine lege praevia)***

La ley penal debe ser previa, esto es, debe ser preexistente al hecho que pretende gobernar. Así pues, la ley penal no puede aplicarse a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia (Solano *et al.*, 2019). Sin embargo, dicho principio se excepciona con la aplicación del principio de favorabilidad, según el cual, aun cuando sea posterior la ley permisiva o favorable, se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable, al tenor de lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 6 del Código Penal colombiano.

#### **1.4. La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas o principio de la taxatividad**

##### ***(nullum crimen, nulla poena sine lege certa)***

La ley penal debe ser cierta. Según este principio, la ley penal “debe determinar en forma clara y precisa tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica de la norma penal” (Solano *et al.*, 2019, p. 72). Esta prohibición o principio se encuentra consagrado en los artículos 6 y 10 del Código Penal y 29 de la Constitución Política de 1991.

Ahora bien, Ferrajoli (1995) distingue entre reserva de la ley y reserva absoluta de la ley. La primera, alude al sometimiento del juez a la ley: el juez no puede calificar como delitos, sino solo los que vienen designados por la ley como presupuesto de una sanción. La segunda, alude al sometimiento del juez solo a la ley: al Legislador le corresponde señalar las referencias fácticas y jurídicas de manera *exclusiva* y *exhaustiva*. De allí que, por virtud de esa diferenciación, se establezca una separación de poderes: a la reserva de ley la denomina “principio de mera legalidad” y está dirigida a los jueces, quienes prescriben la aplicación de las leyes; a la reserva absoluta de la ley la denomina “principio de estricta legalidad” y está dirigida al legislador, quien define, de forma taxativa, los ámbitos de punibilidad de los tipos penales.

De allí que, la Corte Constitucional, en el Estado de Derecho, obre como un legislador negativo y no como uno positivo, en el sentido Kelseniano de la expresión. De esta manera, brevemente, ampliemos lo dicho:

Hans Kelsen, jurista austríaco, máximo exponente del positivismo jurídico propiamente dicho, adujo que, anular el acto inconstitucional por el Tribunal Constitucional (órgano diferente al Parlamento), representa la principal garantía de la Constitución (Restrepo, 2015). Nos dice Kelsen (2011) que anular una ley equivale a crear una norma general, puesto que, tanto el acto de confección de una ley, como el de su anulación, gozan del mismo carácter de generalidad. Por ende, la anulación de una ley como función legislativa del Tribunal debe interpretarse como el reparto del poder legislativo en dos órganos, pero no como un conculcamiento a la separación de poderes (Kelsen, 2011). Es así como el Tribunal Constitucional hace las veces de legislador negativo absolutamente determinado por la Constitución (Restrepo, 2015); “el Tribunal Constitucional no puede dictar leyes, pero sí excluirlas del ordenamiento jurídico” (Hernández, 2011, p. 15).

En suma, como nos señala Roxin (1997) “el Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal” (p. 137). Nosotros diremos, para el efecto, además, que, el Estado de Derecho debe proteger al individuo, no solo *mediante* el aparato judicial, sino también *del* aparato judicial. La consagración del principio de legalidad nos lleva a concluir, según Solano *et al.* (2019), que “las normas penales deben tener como fuente de producción normativa al Congreso; como fuente formal, a la legislación; y como fuente de manifestación, a la ley” (p. 73). En últimas, el principio de legalidad se presenta como una barrera frente a la jurisprudencia como fuente de manifestación en la ampliación de los ámbitos de punibilidad de los tipos penales.

## **2. Eventos y efectos de la declaratoria de inexecutable parcial de los tipos penales**

Como dijimos, la Corte Constitucional, como garante de la integridad y supremacía de la Constitución, tiene a su cargo la potestad de declarar inexecutable los enunciados normativos de inferior jerarquía e incompatibles con la Constitución. Pues bien, antes de entrar a estudiar cada evento y efecto, es necesario precisar dos términos, a saber: lo que, en rigor, se entiende por inexecutable y el tipo penal. Veamos.

Nos dice Guastini (1999) que la constitucionalidad es un caso particular de validez (validez como género). Así, afirmar que una norma es constitucional significa que esa norma se corresponde formal y materialmente con las normas formal y materialmente constitucionales (Solano, 2016). En últimas, la inconstitucionalidad es la invalidez que se deriva de la no-conformidad de una norma con la Constitución (Guastini, 1999). De allí que no se deba confundir entre inconstitucionalidad e inexecutable (o constitucionalidad con executable). Por ello, indica el Consejo

de Estado<sup>2</sup> que la inexecutable es el efecto jurídico como consecuencia necesaria de la inconstitucionalidad de una norma. La inexecutable, pues, es una forma de pérdida o limitación de vigencia de una norma por ser esta inválida formal o materialmente, de conformidad con las normas formal o materialmente constitucionales, declarada por el Tribunal Constitucional (Solano, 2016).

Por su parte, el tipo penal es la descripción legal de una conducta con miras a ordenarla o prohibirla; la descripción de un ámbito situacional de comunicación social comisivo u omisivo (Bustos, 1997). De esa manera, por regla general<sup>3</sup>, a mayor número de elementos tenga el tipo penal, más individualizada estará la conducta en él descrita y, por ende, mayor será el número de conductas que queden por fuera del ámbito de prohibición. Por el contrario, a menor número de elementos que tenga el tipo penal, menor individualizada estará la conducta en él descrita y, por ende, menor será el número de conductas que queden por fuera del ámbito de prohibición (Solano *et al.*, 2019). Así pues, específicamente, por vía de las inexecutable parciales de los tipos penales, se ha dado pie a que sea menor el número de elementos que contenga el tipo penal, se amplíe el ámbito de punibilidad de los mismos y, por tanto, sean cada vez menos el número de conductas por fuera de la prohibición.

Hechas las anteriores anotaciones y, para una mayor claridad, se sistematizarán los eventos de declaratoria de inexecutable parcial de los tipos penales y sus efectos, en tres grupos de sentencias, en su orden: un primer grupo alude a la exigencia de los tipos penales que determinadas personas o grupos actúen dentro del marco o al margen de la ley; un segundo grupo se refiere a la exigencia del tipo de una

---

<sup>2</sup> Sentencia del 23 de agosto de 2012 (Sección Primera, expediente 2007-00030). En ese mismo sentido, se estableció que la inconstitucionalidad motiva la declaratoria de inexecutable. Así, mientras la inconstitucionalidad se refiere a la incompatibilidad de los preceptos demandados frente a la Constitución, la inexecutable consiste en la expulsión de las normas inconstitucionales del ordenamiento jurídico.

<sup>3</sup> La excepción sería aquellos tipos penales que contienen mayor número de elementos, pero estos son “vagos” y no permiten individualizar la conducta en él descrita.

determinada edad para su comisión; un tercer grupo versa sobre los tipos penales objeto de declaratoria de inexecutable parcial dentro del Título II del Código Penal. Por último y, en adición, tenemos la inexecutable parcial del tipo de inasistencia alimentaria por afectar garantías de igualdad y no discriminación. Miremos cada grupo con sus eventos y efectos:

El primer grupo de sentencias alude, a la exigencia de los tipos penales para su punición, que determinadas personas o grupos actúen, bien “dentro del marco de la ley”, o bien “al margen de la ley”. Establezcamos cada evento:

Bajo el primer criterio, esto es, que determinados grupos “actúen dentro del marco de la ley”, tenemos el tipo de genocidio contenido en el artículo 101 del Código Penal colombiano. Así, se prohíbe la conducta de aquel que, con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político “que actúe dentro del marco de la ley”, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros. Para la Corte Constitucional, en Sentencia C-177 de 2001<sup>4</sup>, dicho apartado<sup>5</sup> no protegía de manera efectiva los derechos fundamentales, en tanto que quedó por fuera de la criminalización punitiva “aquellos grupos que actúen al margen de la ley”. De allí que bastaría con que alguno de esos grupos no actuaran dentro del marco de la ley, para que no fueran objeto de protección respecto del tipo de genocidio. Por ello, la Corte lo declaró inexecutable y, por tanto, provocó la apertura del tipo penal para que fuera objeto de criminalización el tipo de genocidio respecto de aquellos grupos “que actúen al margen de la ley”, inicialmente no consagrado.

---

<sup>4</sup> Providencia confirmada en sentencias C-330 de 2001, C-551 de 2000 y C-675 de 2001.

<sup>5</sup> En rigor, lo que se declara inexecutable no es el artículo, no es el enunciado normativo, sino la norma contenida en el enunciado en ese abanico de posibilidades normativas que admiten las disposiciones normativas. De allí que, cuando se esté haciendo referencia a la inexecutable de una apartado entre comillas, en rigor, alude es a la inexecutable de dicha posibilidad normativa.

Bajo el segundo criterio, esto es, la exigencia de que el particular “pertenezca a un grupo armado al margen de la ley”, tenemos el tipo de desaparición forzada contenido en el artículo 165 *ibídem*, así: castiga la conducta del servidor público o particular que “perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley” someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley.

Para el caso en cuestión, la Corte Constitucional, en Sentencia C-317 de 2002, adujo que el sujeto activo allí determinado excluye a otros que, potencialmente, también pueden realizar el ámbito situacional criminalizado en el tipo penal, a saber: el particular que no pertenezca a ningún grupo, es decir, quien realiza el hecho punible individualmente o *motu proprio*; el particular que pertenezca a un grupo, pero que este no sea armado y el particular que pertenezca a un grupo armado, pero que no se encuentre al margen de la ley. Al dejar por fuera estos supuestos, dice la Corte, se desconoce el artículo 12 Superior -que no distinguió el sujeto activo que pudiera cometer la conducta-, y que, por tanto, debe cubrir a cualquier particular sin calificación alguna, esto es, sin importar si pertenecen o no a un grupo al margen de la ley. En últimas, al consagrar la Corte la inexequibilidad de dicha expresión que condiciona la punición del particular a la pertenencia a un grupo al margen de la ley, el Tribunal Constitucional estaría introduciendo los tres supuestos dichos no contemplados por el legislador penal.

Ubicados en este punto, tenemos un segundo grupo de sentencias que aluden a la exigencia del tipo de una determinada edad para su comisión. Veamos:

En primer término, tenemos el tipo de aborto sin consentimiento consagrado en el artículo 123 del Código Penal. Así, se criminaliza la conducta de aquel que causare el aborto sin consentimiento de la mujer “o en mujer menor de catorce años”. En esta ocasión, la Corte Constitucional, en Sentencia C-355 de 2006, adujo que la

norma, inicialmente, establece una presunción según la cual la mujer menor de catorce años carece de capacidad para consentir el aborto. En esa medida, su consentimiento no reviste de relevancia para la sanción penal. Así pues, resulta inadmisibles para la Corte que, criterios meramente objetivos como la edad, sean los únicos determinantes para establecer el alcance de sus derechos.

Asimismo, sostiene el Tribunal Constitucional que dicha medida no resulta adecuada para los fines que se propone, en tanto que, en aquellos casos en los cuales se requiera practicar un aborto en menor de catorce años para garantizar la vida o salud de la menor embarazada, dada la presunción establecida; cualquier persona ostentaría la calidad de autor del tipo objeto de análisis, aun cuando sea necesaria para proteger la vida y salud de la menor y aun cuando sea consentida por ella. De allí que, con dicha declaratoria de inexecutable parcial, la Corte Constitucional, obrando como un legislador, le reconoce “capacidad de consentir” a las mujeres menores de catorce años y, por tanto, si el aborto se causa sin su consentimiento, se criminalizaría la conducta. Sin embargo, de consentir la menor sobre el aborto, ya no estaríamos en sede de este supuesto (de artículo 123) -como inicialmente se concebía-, sino que frente a dicho supuesto estaríamos en sede del artículo 122 que tipifica el aborto con el consentimiento de la mujer.

En segundo término, tenemos el tipo penal de abandono consagrado en el artículo 127 del Código Penal. Por virtud de su regulación se criminaliza la conducta de aquel que abandone a un menor “de doce (12) años” o a persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma, teniendo deber legal de velar por ellos. En esta oportunidad, en Sentencia C-468 de 2009, el Tribunal Constitucional sostuvo que la protección especial de que son titulares los niños y niñas se entiende referida, sin duda alguna, a todos los menores de 18 años. Así, la distinción entre niños y adolescentes no se extiende en cuanto al régimen de protección, en tanto los unos como los otros detentan la condición de menores de edad. En ese sentido, al



declarar inexecutable la expresión “de doce (12) años”, extiende el marco de punibilidad a toda persona que no ha cumplido los 18 años de edad.

En tercer y último término, tenemos el tipo de omisión de denuncia de particular consagrado en el artículo 441 *ibídem*. Para el caso en cuestión, el tipo penal sanciona penalmente al particular que omita sin justa causa informar inmediatamente a la autoridad sobre la comisión de cualquiera de las conductas contempladas en el Capítulo IV del Título IV, “De la explotación sexual”, en las que el sujeto pasivo sea un menor “de doce (12) años” y de las que tuviere conocimiento. Es así como el Tribunal Constitucional, en Sentencia C-853 de 2009, emitió un análisis muy similar al realizado respecto del tipo de abandono. Sostiene la Corte que se establece una protección limitada solo a los “menores de doce (12) años”, pues, no sería sancionado penalmente omitir la denuncia, cuando en los delitos de explotación sexual la víctima sea un mayor de 12 años y menor de 18 años. Por ello, al declararse dicha inexecutable, se extiende el ámbito de punibilidad a los adolescentes excluidos, esto es, a aquellos mayores de 12 años y menores de 18.

En un tercer grupo de sentencias, tenemos los tipos penales objeto de declaratoria de inexecutable parcial dentro del Título II del Código Penal que aluden a “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”. Veamos:

En un primer momento, tenemos el tipo de tortura y el tipo de tortura en persona protegida regulados en los artículos 137 y 178 de la Ley 599 de 2000. En ambos tipos penales se castiga la conducta de aquel que inflija dolores o sufrimientos “graves”, físicos o psíquicos, para determinados fines. Así pues, para la Corte Constitucional en Sentencia C-148 de 2005, la expresión “graves” es contraria a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (aprobada por la Ley 490 de 1997). En dicha Convención se excluye la expresión “graves” para efectos de la definición de tortura, pues esta se ocasiona aunque no causen dolor

físico o angustia psíquica (incluso, el artículo 12 Constitucional no establece distinción alguna en cuanto a la prohibición de la tortura). Con ello, el tipo no solo regulará aquellos sufrimientos “graves”, sino cualquier acto que, en los términos y fines de la Convención, atente contra la autonomía personal, incluso si el mismo no causa sufrimiento o dolor.

Acto seguido, tenemos el tipo de toma de rehenes contenido en el artículo 148 del Código Penal. Allí se castiga la conducta de aquel que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive a una persona de su libertad condicionando esta o su seguridad a la satisfacción de exigencias formuladas “a la otra parte”, o la utilice como defensa. Por la expresión subrayada se adujo que las exigencias de liberación solo se dirigen a la otra parte en el conflicto armado y no a otro tercero como tal. Por ello, la Corte Constitucional, en Sentencia C-291 de 2007, estableció que las disposiciones del bloque de constitucionalidad que tipifican dicha conducta -la toma de rehenes, establecida en el DIH, normas de *ius cogens*, consuetudinarias y vinculantes- no incluyen tal requisito, de manera que la legislación nacional reduce el ámbito de protección del tipo penal internacional en cuestión, puesto que deja desprotegidos a los rehenes cuyos captores han formulado exigencias, no a la otra parte en el conflicto armado, sino a sujetos distintos a dicha parte.

De allí que la Corte estableciera que el delito de toma de rehenes no requiere, en nuestro orden jurídico, que las exigencias formuladas para la liberación o preservación de la seguridad del rehén se dirijan a la contraparte del conflicto armado, sino que tales exigencias podrán ser dirigidas (se da apertura al tipo penal) a un tercero, que puede ser un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas (como lo enuncian los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional). En esos supuestos se debe, de igual manera, recibir protección del DIH y no se justifica reducir el grado de protección previsto por la tipificación del crimen de guerra en cuestión.

Por último, dentro de este grupo de sentencias, tenemos la expresión “debidamente señalados con los signos convencionales” declarada inexecutable en los artículos 156 y 157 del Código Penal, que tipifican, respectivamente, los delitos de destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto y de ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas. Es así como el Tribunal Constitucional, en Sentencia C-291 de 2007, en un análisis muy similar al anterior caso, adujo que estos requisitos de señalización no están incluidos dentro de las normas convencionales y consuetudinarias del DIH incorporadas en el Bloque de Constitucionalidad. Por ello, la introducción del requisito de señalización restringe el alcance de salvaguarda internacional, toda vez que (se abre el tipo) estaría excluyendo del ámbito de protección de estos tipos a los bienes culturales y religiosos y a las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas que no se encuentren señalizados.

Finalmente y, en adición, se establece la inexecutable parcial del tipo de inasistencia alimentaria por afectar garantías de igualdad y no discriminación. Miremos:

Tenemos el tipo de inasistencia alimentaria regulado en el artículo 233 del Código Penal. Para el efecto, se establece la consecuencia penal para el incumplimiento de la obligación alimentaria, entre otros, del compañero o compañera permanente que integran una unión marital de hecho, esto es, “únicamente” un hombre y una mujer. De allí que se señalara la reducción de la protección alimentaria a parejas heterosexuales, vulnerando el derecho a la igualdad y no discriminación de las parejas del mismo sexo. Por ello, el Tribunal Constitucional, en Sentencia C-798 de 2008, estableció la existencia de la obligación alimentaria entre compañeros permanentes, con independencia de su orientación sexual. Esto, porque dicha expresión subrayada representó un déficit de protección al miembro débil de la relación de pareja del mismo sexo. Con ello, se dio apertura al tipo penal, pues,

compañero y compañera permanente no son únicamente los conformados por parejas heterosexuales, sino que comprenden también las parejas del mismo sexo.

En suma, se puede apreciar cómo, en todos estos eventos descritos, el efecto que produce la declaratoria de inexequibilidad parcial de los tipos penales es que se excluyan algunos de sus elementos y, por tanto, se provoque la apertura del tipo penal. Dicha apertura, pues, hace que se incorporen en él conductas que, inicialmente, no estaban penalizadas. Ello, con el agravante que, con dicho proceder, la Corte Constitucional ha terminado por legislar en materia penal, creando nuevas figuras delictivas y desdibujando, por ende, el principio de legalidad (Solano *et al.*, 2019).

### **3. Críticas al proceder de la Corte Constitucional en las declaratorias de inexequibilidad parcial de los tipos penales.**

En este punto, hemos abordado ya el estudio del principio de legalidad y las garantías que de él emanan como forma de contención del poder punitivo del Estado frente a las libertades ciudadanas. Asimismo, se estableció cada evento de inexequibilidad parcial y sus efectos de apertura del tipo penal que ocasionan la incorporación de nuevas figuras delictivas y, por tanto, el desdibujamiento del principio de legalidad. Por lo anterior, resta por esbozar algunas críticas frente a dicho proceder de la Corte Constitucional. Veamos:

Sea lo primero señalar, como lo indica Zaffaroni (2006), que el sistema penal opera ejerciendo un poder punitivo en forma de criminalización primaria y secundaria. Es así como el *ius puniendi* se compone de tres fases o momentos: la primera fase, conocida como “criminalización primaria”, alude al momento de creación de las normas penales generales y abstractas llevada a cabo por el legislador (Solano, *et al.*, 2019). La segunda fase alude a la imposición de las penas o medidas de seguridad desplegadas por el juez de conocimiento (Bustos, 1997). Por último, la

tercera fase alude a la ejecución administrativa de las penas. Tanto la segunda como la tercera fase hacen parte de la llamada “criminalización secundaria” (Zaffaroni, 2006). Pues bien, para estos efectos y coherentes con nuestro discurso, nos centraremos en la fase de criminalización primaria, esto es, el momento de creación de las normas penales generales y abstractas.

Así las cosas, es en esta fase en que el legislador empieza a construir la política criminal a través de la creación de los tipos penales (Ruiz, 2020). Es en este nivel que se genera el soporte normativo del sistema, en tanto se crean normas penales sustantivas, procesales y para la ejecución de penas o medidas de seguridad. Sin embargo, eso de tener como fuente de producción normativa al Congreso de la República; como fuente formal a la legislación; y como fuente de manifestación a la ley (Solano, 2019), se pone en entredicho con el papel del Tribunal Constitucional. De allí que, contrario a lo que suele creerse, esta fase o momento no se reduce solo a la labor del Legislador, sino que también el Tribunal Constitucional cumple un rol decisivo en la definición de las políticas criminales en dicha fase de criminalización, en virtud de las declaratorias de exequibilidad o inexecuibilidad<sup>6</sup> de las normas contenidas en enunciados normativos penales.

Pues bien, la Corte Constitucional en este rol de participar en la criminalización primaria en virtud de las declaratorias de inexecuibilidad ha venido ampliando el ámbito de intervención del derecho penal, situación contradictoria en comparación

---

<sup>6</sup> Fue objeto de la presente investigación el rol del Tribunal Constitucional respecto de las inexecuibilidades parciales. Sin embargo, un mismo análisis podría hacerse respecto de las inexecuibilidades totales, en tanto ocurre que la inexecuibilidad total no implica la eliminación de la conducta punible, sino que queda absorbida en otro tipo penal. Así sucedió, por ejemplo, respecto del tipo de propagación del VIH o hepatitis B, que estaba regulado en el artículo 370 del Código Penal colombiano. Dicha declaratoria provocó que la conducta de aquel que dolosamente contagie de VIH a otra ya no esté comprendida dentro de dicho tipo penal declarado inexecuible, sino bajo otro que, en algunas legislaciones, bien le dan el tratamiento de tentativa de homicidio, bien de tentativa de lesiones personales, o bien de violación de medida sanitaria. Así pues, dicha declaratoria de inexecuibilidad total conlleva el efecto de analizar dichos casos a la luz de otros tipos penales que establecen sanciones aún más gravosas que aquella establecida para el tipo penal declarado inexecuible.

con el rol que la misma Corte ha asumido en las sentencias del “estado de cosas inconstitucional”, particularmente, en las sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015. Es así como la Corte, desde 2013, viene insistiendo en ambas sentencias de tutela que la política criminal colombiana en la fase de criminalización primaria es “reactiva, tendiente al endurecimiento punitivo, poco reflexiva frente a las especificidades del contexto nacional, sin fundamentos empíricos sólidos, sin perspectiva de derechos humanos, subordinada a la política de seguridad, volátil, débil e incoherente”. Así, por ejemplo, dice la Corte que ese endurecimiento punitivo del que padece la política criminal en la fase de criminalización primaria puede evidenciarse, entre otros, “en la creación de nuevas conductas penales”.

Así, como se estableció en el capítulo precedente, la Corte Constitucional, con las declaratorias de inexecutable, ha provocado la apertura de los tipos penales fijando la punición de conductas inicialmente no concebidas, creando, por tanto, nuevas figuras delictivas y dejando en vilo el principio de legalidad y las garantías que de allí emanan. Esto, pues, resulta contradictorio, como se anotó, con los lineamientos que la misma Corte ha dado en el “estado de cosas inconstitucional”, en tanto exige la garantía de una producción legislativa bajo un “estándar constitucional mínimo de una política criminal respetuosa de los derechos humanos” (Arrieta, 2017, p. 219) y, es el mismo Tribunal Constitucional quien, incoherente e inconsistente con este estándar, ha promovido tipificaciones que van en contravía de las garantías fundamentales al ampliar el ámbito de intervención del derecho penal, desconociendo su propia responsabilidad en dicha fase de criminalización. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en Sentencia C-247 de 2004, en la que sostuvo que:

[...] si bien para respetar el principio de los delitos y las sanciones la Corporación no puede proferir una sentencia aditiva o bien una sentencia integradora, nada impide que, para asegurar el respeto de un derecho fundamental, se declare la inexecutable parcial de una disposición determinada, así ello implique el aumento

de punibilidad del tipo penal de que se trate. Así las cosas, es claro que si se hace necesario declarar la inexecutable parcial de una disposición que tipifica determinado delito para asegurar la plena vigencia de los principios constitucionales, la Corte debe proceder a dicha declaratoria.

Así pues, la misma Corte Constitucional está reconociendo que, en las sentencias de declaratoria de inexecutable parcial, desconoce el principio de legalidad al proferir una sentencia aditiva o integradora, así ello implique el aumento de punibilidad del tipo penal. Termina por defender posiciones que refuerzan una política criminal que, en sus propias palabras, ha sido “reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad” (Arrieta, 2017, p. 219).

De igual modo, como lo reconoce la misma Corte en dicho apartado, en cada una de estas declaratorias de inexecutable parcial termina por ceder el principio de legalidad frente a las demás garantías fundamentales. Así lo hizo, por ejemplo, en la Sentencia C-177 de 2001 respecto del tipo de genocidio. Allí la Corte terminó por ponderar el principio de legalidad con el principio de la prohibición de la protección inefectiva de los derechos fundamentales, estableciendo que aquel debe ceder frente a este (Solano *et al.*, 2019). Eso representa un proceder antitécnico por parte de la Corte Constitucional. Recordemos que el principio de legalidad, en la teoría de Robert Alexy, constituye una regla y no un principio en sentido estricto. Por tanto, no son susceptibles de un ejercicio de “ponderación”, en tanto son reglas de aplicación perentoria, es decir, reglas de aplicación del todo o nada.

Así las cosas, como se advirtió en la introducción de este escrito, este aspecto parece ser un abismo sin asomo de solución jurídica. Mucho es lo que podría especularse sobre este punto y ello exigiría una investigación más a fondo (Arrieta, 2017). No se trata de esbozar críticas en cuanto al contenido de las sentencias en las contradicciones normativas que evidencia el Tribunal Constitucional. Se

cuestionan son los efectos que dichas declaratorias llevan consigo en la ampliación de los ámbitos de punibilidad y en la disminución de las garantías fundamentales tratadas. Sin embargo, podría afirmarse que la Corte puede garantizar mejor este estándar, así:

De presentarse estas situaciones de cara al futuro, lo puede hacer mediante declaratorias de inexecutable parcial que, a diferencia de lo sistematizado, esto es, lejos de ampliar el ámbito de punibilidad, lo que ocasiona es un cierre de dichos ámbitos. Así sucedió, por ejemplo, respecto de la expresión “legalmente reconocida” que se exigía como condición para una organización sindical regulado en las circunstancias de agravación punitiva de los tipos de homicidio, desaparición forzada y secuestro extorsivo. Una misma consideración amerita respecto de la declaratoria de inexecutable parcial contenida en el tipo de inhabilidades por delitos sexuales cometidos contra menores, en el tipo de lavado de activos, en el tipo de hostigamiento y en el tipo de tráfico de moneda falsificada. En cada una de estas circunstancias el Tribunal Constitucional, al excluir algunos de los elementos normativos que integran el enunciado, no provocó la apertura del tipo penal.

Ahora, si con la declaratoria de inexecutable parcial se provoca la apertura del tipo penal, la Corte Constitucional puede acudir a un exhorto<sup>7</sup> al Legislador para que tipifique de mejor manera los delitos, de conformidad con los estándares que se definen en las respectivas sentencias. Del mismo modo, lo podrá hacer en virtud de inexecutable condicionadas para que, de alguna manera, la Corte se abstenga de ampliar el ámbito de punibilidad del tipo penal a partir del entendimiento que deban dárseles a determinados elementos del tipo penal. Ahora bien, respecto de lo ya decidido y no ya en cabeza de la Corte Constitucional, sino del aparato judicial,

---

<sup>7</sup> Sin embargo, es importante advertir que dicho exhorto que se propone no es a la manera en que la Corte lo realiza en virtud de las sentencias de “inconstitucionalidad diferida”, en tanto la Corte da un término perentorio para que el legislador regule la materia, so pena de que la sentencia surta sus efectos y la situación rija de conformidad con lo establecido por el Tribunal Constitucional. En esos casos, pues, el Tribunal Constitucional estaría obrando como un legislador y es, precisamente, el problema que se denuncia.



se pueden mitigar dichos efectos en virtud de la fijación del ámbito de interpretación de los tipos penales que deben ser definidos, en esencia, por los jueces ordinarios y, particularmente, por la Corte Suprema de Justicia. Es en la fijación de dichos ámbitos de interpretación que se puede echar mano de las técnicas de interpretación existentes en el ordenamiento jurídico y, específicamente, en la parcela penal, a partir de lo siguiente.

En materia penal, debido al principio de legalidad, reviste de vital importancia la literalidad del enunciado normativo interpretado. Por virtud del principio de legalidad, la interpretación no puede traspasar el “sentido literal posible” de la disposición normativa interpretada. Del mismo modo, en materia penal no es admisible la interpretación extensiva, específicamente, aquella que agrava o no beneficia al procesado o condenado. Asimismo, resulta proscrita la analogía *in malam partem*, esto es, la analogía desfavorable al procesado o condenado. De allí que resulten admisibles, como se anotó, interpretaciones gramaticales, restrictivas y favorables al procesado o condenado, orientadas a restringir el alcance del tipo penal que ha sido ampliado por el Tribunal Constitucional vía inexecutable parciales. Con ello, así como con interpretaciones sistemáticas, teleológicas e históricas en atención al caso concreto, se pueden mitigar los efectos expansivos de las sentencias del Tribunal Constitucional.

En últimas, pues, la Corte Constitucional debe ser consciente de su rol en la etapa de criminalización primaria y actuar en coherencia con sus propios principios. No resulta admisible que, so pretexto de “asegurar la efectividad de los derechos fundamentales”, desdibuje, precisamente, las garantías fundamentales que emanan del principio de legalidad al ampliar el ámbito de intervención del derecho penal. Dicho proceder representa, como lo señala Ruiz (2020), una incoherencia normativa, una política criminal inestable, inconsistente y un comienzo negativo para la criminalización secundaria.

## **Conclusiones.**

Hasta aquí he tratado de mostrar la problemática en torno a la vulneración de garantías fundamentales que pretenden ser aseguradas por el principio de legalidad, con ocasión de las sentencias de declaratoria de inexecutable parcial de los tipos penales. Algunas consideraciones finales son convenientes.

En primer término, hay que entender que el ámbito de punibilidad de la conducta solo puede estar establecido, taxativa y exhaustivamente, por medio de la ley. Es el principio de legalidad que, en su función eminentemente garantista, permite la garantía de libertad e igualdad de los ciudadanos. El legislador ha de especificar el contenido de intervención a los ciudadanos para saber a qué atenerse. Con ello no se pretendió justificar lo que otrora era el “mito del legislador racional”, sino advertir cómo el principio de legalidad se presenta como una barrera frente a la inadmisibilidad de tener como fuente de producción normativa a la Corte Constitucional y a la jurisprudencia como fuente de formal y de manifestación en la ampliación de los ámbitos de punibilidad de los tipos penales.

En segundo término, el foco de atención se concentró en aquellas declaratorias de inexecutable parcial que producen como efecto la incorporación de conductas que, inicialmente, no estaban penalizadas. Sin embargo, hay otros eventos en los que no se produce dicho efecto de apertura, como sucede respecto de la expresión “legalmente reconocida” en las circunstancias de agravación del homicidio, la tortura y el secuestro extorsivo, así como la declaratoria de inexecutable parcial contenida en los tipos de inhabilidades por delitos sexuales cometidos contra menores, lavado de activos, hostigamiento y tráfico de moneda falsificada.

Con lo dicho, se concluye que, el presente escrito, se concentró en evaluar más la forma que el contenido. No se desconocen los efectos nocivos que acarrearán las contradicciones normativas del texto legal con el Constitucional que llevaron a la

Corte Constitucional a la declaratoria de inexecutable. Lo que se pretendió cuestionar es la forma en que se producen los efectos nocivos en la disminución de las garantías que pretenden ser aseguradas por el principio de legalidad que también acarrea dichas declaratorias.

En tercer y último término, en un intento por mitigar dichos efectos, en la eterna crítica al proceder de la Corte Constitucional, se tiene que podría garantizarse mejor el estándar de las garantías que emanan del principio de legalidad, bien a través de declaratorias de inexecutable parcial que no tengan como efecto la apertura del tipo penal; bien en virtud de exhortos al Legislador; o bien con ocasión de exequibilidades condicionadas. Ahora, desde la perspectiva de los jueces ordinarios y, particularmente, de la Corte Suprema de Justicia, bien a través de la fijación de los ámbitos interpretativos de los enunciados normativos penales a partir de los criterios hermenéuticos dichos que se ofrecen, particularmente, en materia penal.

Así pues, lejos de cerrarse y concluirse la problemática, se pretende su apertura a ulteriores investigaciones, pues, como nos diría Savater (2001) no hay que contentarnos de manera apresurada con pequeñas respuestas, sino mantener abiertas las grandes preguntas.

## Referencias

- Alexy, R. (2013). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arrieta, E. (2017). *El sistema penitenciario y carcelario en Colombia: continuidades y discontinuidades foucaultianas*. En Ruiz, A, *Michel Foucault: discurso y poder* (pp. 197-234) Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Bustos, J. (1997). *Lecciones de derecho penal*. Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Fioravanti, M. (2014). *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*. Editorial Trotta.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Hernández, C. I. (2011). La función creadora del Tribunal Constitucional. *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol 32, Nº 92, 13-33.
- Kelsen, H. (2011). La garantía jurisdiccional de la Constitución. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Nº 15, 249-300.
- Restrepo, J. F. (2015). Aproximación al pensamiento jurídico-político de Hans Kelsen. *Revista Jurídicas*, 12 (1) , pp. 43-58.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal, parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas.

Ruiz, L. (2013). *Las causas y efectos del “populismo punitivo” en la criminalización primaria en Colombia respecto en el delito de feminicidio*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Sanchís, L. P. (2015). *Apuntes de Teoría del Derecho* (Vol. 9a. ed.). Editorial Trotta.

Savater, F. (2001). *Las preguntas de la vida*. Bogotá: Ariel.

Solano, H. (2016). *Introducción al estudio del derecho*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.

Solano Vélez, H. R., Duque Pedroza, A. F., Díez Rugeles, M., Arrieta Burgos, E., Estrada García-Baylles, S., & Monsalve Marín, J. P. (2019). *Temas de derecho penal parte general. Teoría general del derecho penal*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., y Slokar, A. (2006). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

### **Referencias normativas.**

Colombia. Congreso de la República. Ley 74. (1968). Por la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos”.

Colombia. Congreso de la República. Ley 16. (1972). Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969”.

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política de Colombia.

Colombia. Congreso de la República. Ley 599. (2000). Por la cual se expide el Código Penal.

Colombia. Congreso de la República. Ley 906. (2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

### **Referencias jurisprudenciales.**

Corte Constitucional. (2001). Bogotá D.C. Sentencia C-177 de 2001. Magistrado Sustanciador: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. (2002). Bogotá D.C. Sentencia C-317 de 2002. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. (2003). Bogotá D.C. Sentencia C-622 de 2003. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. (2004). Bogotá D.C. Sentencia C-247 de 2004. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. (2005). Bogotá D.C. Sentencia C-148 de 2005. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. (2006). Bogotá D.C. Sentencia C-355 de 2006. Magistrados Ponentes: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. (2007). Bogotá D.C. Sentencia C-291 de 2007. Magistrado  
Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. (2008). Bogotá D.C. Sentencia C-798 de 2008. Magistrado  
Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. (2009). Bogotá D.C. Sentencia C-224 de 2009. Magistrado  
Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. (2009). Bogotá D.C. Sentencia C-468 de 2009. Magistrado  
Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. (2009). Bogotá D.C. Sentencia C-853 de 2009. Magistrado  
Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Consejo de Estado. (2012). Bogotá. Sentencia del 23 de agosto de 2021. Exp.  
2010432. Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso.

Corte Constitucional. (2013). Bogotá D.C. Sentencia C-472 de 2013. Magistrado  
Sustanciador: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. (2013). Bogotá D.C. Sentencia T-388 de 2013. Magistrada  
Ponente: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. (2015). Bogotá D.C. Sentencia T-762 de 2015. Magistrada  
Sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional. (2016). Bogotá D.C. Sentencia C-191 de 2016. Magistrado  
Ponente: Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional. (2017). Bogotá D.C. Sentencia C-091 de 2017. Magistrada Sustanciadora: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. (2020). Bogotá D.C. Sentencia C-407 de 2020. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas.