

El paradigma del derecho en Colombia: la constitucionalización del derecho penal

The paradigm of Law in Colombia: The constitutionalization of Criminal Law

Ivanna Calvete León¹
Jorge Iván Garcés Vásquez²

Recibido: 21/05/2019. Aprobado: 12/06/2019. Publicado: 21/06/2019

Cómo citar este artículo: Calvete, I.; Garcés, J. (2019). El paradigma del derecho en Colombia: la constitucionalización del derecho penal. *Revista Nuevo Derecho* 15(24):37-54.

Resumen

El texto propone un análisis de las categorías de paradigmas del derecho que Ferrajoli en sus obras propone, para entender históricamente cómo el derecho se ha desarrollado y cuáles son las implicaciones que conllevan los cambios a través del tiempo en la manera cómo se estudian y aplican las normas jurídicas. Se explica brevemente cada uno de los paradigmas propuestos por Ferrajoli, partiendo del paradigma jurisprudencial, posteriormente el paradigma legalista y por último el paradigma constitucional, que a su vez se divide en paradigma constitucional garantista y paradigma constitucional principialista. Así mismo, una vez se expongan cada uno de los paradigmas, el texto pretende analizar Colombia, con la Constitución de 1991, a cuál paradigma aduce en su estudio y aplicación del derecho, reconociendo argumentativamente su relación con el paradigma principialista. Para finalizar se exponen algunos de los argumentos que permiten identificar la relación entre el paradigma principialista y el derecho penal. Algunos de estos argumentos son: el papel preponderante del juez constitucional dentro del marco de acción del juez de control de garantías; la vinculación de valores, derechos fundamentales y principios como marco para la comprensión y aplicación de las normas jurídico-penales; y los criterios de relevancia de las normas constitucionales frente a las reglas penales. Esto en aras de concluir con la coherencia del derecho penal con el paradigma constitucional principialista.

Palabras clave: constitucionalización, derecho penal, paradigmas, garantismo, principios.

¹ Abogada titulada de la Universidad de Medellín; Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Medellín; candidata a magister en Conflicto y Paz de la Universidad de Medellín. Docente de la Institución Universitaria de Envigado. Email: icalvete@correo.iue.edu.co

² Abogado Titulado de la Institución Universitaria de Envigado; Especialista en derecho penal y criminología de la Universidad de Medellín; Especialista en derecho probatorio penal de la Universidad de Medellín; Magister en Derecho Penal Universidad de Medellín. Docente de la Institución Universitaria de Envigado en el área penal. Email: garcesvasquez@outlook.com

Abstract

The text proposes an analysis of the categories of paradigms of law that Ferrajoli proposes in his works, to understand historically how the right has developed and what are the implications of changes over time in the way legal norms are studied and applied. Accordingly, this article briefly explains each of the paradigms proposed by Ferrajoli, starting from the jurisprudential paradigm, later the legalistic paradigm and finally the constitutional paradigm, which, in turn, is divided into a constitutional paradigm that guarantees and a principalized constitutional paradigm. Likewise, once each of the paradigms is exposed, the text intends to analyze Colombia, with the 1991 Constitution, to which paradigm it claims in its study and application of the law, argumentatively recognizing its relationship with the principalist paradigm. To conclude, we present some of the arguments that make it possible to identify the relationship between the principalist paradigm and the criminal law. Some of these arguments are: the preponderant role of the constitutional judge within the framework of action of the supervisory judge, the linking of values, fundamental rights and principles as a framework for the understanding and application of legal-penal norms, and criteria of relevance of constitutional norms to penal rules. This is in order to conclude with the consistency of criminal law with the principalist constitutional paradigm.

Keyword: Constitutionalization, criminal law, paradigms, guarantee, principles.

1. Introducción

A partir de la Constitución de 1991 existe en Colombia un nuevo paradigma que apela a la constitucionalización del derecho. Dicho paradigma implica cambios en la manera en que se crea, se aplica y, por lo tanto, en cómo se interpreta el derecho. Desde la promulgación de la Constitución se han revisado y modificado varias instituciones jurídicas en todas las subdisciplinas y especialidades del derecho. De conformidad con esto, el derecho penal debe ser analizado para determinar si existe coherencia en cada una de sus dimensiones de creación, aplicación e interpretación con el paradigma constitucional que ha sido desarrollado en el ordenamiento jurídico colombiano. Esto implica analizar entonces cuáles son las consecuencias que tiene vincular el derecho penal a este paradigma. Y, sobre todo, determinar cuál es el tipo de paradigma al que se circunscribe el derecho penal colombiano. ¿Es coherente el derecho penal colombiano con los fundamentos constitucionales desarrollados en Colombia?

Sobre la base de un desarrollo histórico, Ferrajoli (2014) ha elaborado una doctrina sobre cuáles son los paradigmas que conforman un canon dogmático para analizar la creación, aplicación e interpretación del derecho. Según él, los paradigmas del derecho han sufrido diferentes cambios desde el siglo XIX hasta la actualidad. En sus diferentes obras, Ferrajoli propone a través de un recorrido histórico tres grandes paradigmas para analizar los cambios en el derecho: (i) El paradigma jurisprudencial, (ii) el paradigma legalista y (iii) el paradigma constitucional, este a su vez se divide en constitucionalismo

garantista y constitucionalismo principialista. Esta división categórica se presenta bajo la pretensión de analizar cuáles son los contenidos que diferencian a cada uno de ellos y de entender cómo se comprende el derecho.

Partiendo de esta división se analiza en Colombia, a partir de la Constitución de 1991, cuál paradigma se ha estipulado en el ordenamiento jurídico colombiano, revisando algunos de los parámetros y directrices que el mismo ordenamiento jurídico ha pronunciado en aras de entender su propia configuración, permitiéndonos establecer cuáles son las características que el derecho en Colombia tiene y a cuál de las categorías que describen los paradigmas del derecho se puede adecuar.

Esta adecuación a la obra de Ferrajoli nos permite desprender un análisis de las consecuencias que dicha estipulación tiene frente al derecho penal, es decir, conforme a las características que tiene el paradigma reconocido, cuáles son las implicaciones que ejerce sobre el derecho penal, entendiendo la configuración de este último como *ultima ratio*.

En atención a lo interior, este texto se desarrollará de la siguiente manera: en primer lugar, examinar cada uno de los tres paradigmas presentados en las obras de Ferrajoli e identificar las características principales de cada uno de ellos. Esto en aras de poder identificar los cambios que se han efectuado en la interpretación y análisis del derecho según la obra de este autor. Posteriormente proponemos identificar, a partir de la Constitución de 1991, cuál es el paradigma que aduce el ordenamiento jurídico colombiano. Esto para establecer una relación con los paradigmas propuestos por Ferrajoli y así lograr comprender los alcances del paradigma dentro de la constitución de las normas en Colombia y cómo se han desarrollado. Finalmente, una vez configurado el establecimiento de este paradigma en Colombia, se analizará cuáles son las implicaciones que tiene en el derecho penal y por tanto cómo debe interpretarse o qué debe hacerse.

2. Paradigmas del derecho

Los paradigmas o los modelos del derecho resultan de un estudio histórico de cómo el derecho en Occidente se ha expresado a través del tiempo. Cada una de estas estipulaciones que se configuran en la historia conllevan un sinnúmero de características que le hace identificable con otras que proponen formas de analizar el mismo objeto pero desde otras perspectivas. Esto quiere decir que se generan formas diferentes y variadas frente a los fundamentos de análisis e interpretación de un objeto de estudio. Así mismo es lo que plantea Ferrajoli frente a los paradigmas del derecho. Conlleva esto a identificar cuáles son los postulados que cada paradigma propone y utiliza, para acercarse al objeto de estudio que en este caso específico es el derecho.

Se trae a colación la propuesta de Ferrajoli, debido a la trascendencia que dicho autor tiene en el derecho. Ferrajoli es un jurista italiano cuya teoría comienza a desarrollarse a finales del siglo XX y que logra desde su análisis sobre la filosofía del derecho, la teoría del derecho y el derecho penal establecerse como uno de los doctrinarios más importante de los últimos tiempos. Por tanto, es de vital relevancia

para el estudio del derecho, y más del estudio del derecho penal, tener presente las reflexiones propuestas por el autor como base para la generación de nuevas deliberaciones alrededor de estos temas.

Es así que Ferrajoli partiendo del reconocimiento de la existencia de paradigmas del derecho, ha logrado identificar y exponer la existencia de tres diferentes columnas principales que han determinado la manera en cómo se analiza, se crea y, por tanto, cómo se interpreta el derecho. De conformidad con ello, procedemos a reconstruir los paradigmas propuestos por Ferrajoli para el entendimiento del derecho, a continuación:

2.1. Paradigma jurisprudencial

El paradigma jurisprudencial, según Ferrajoli (2014), se ubica dentro de una etapa premoderna donde la relevancia por el contenido de las directrices del derecho tiene un papel fundamental. Este paradigma del derecho estipula una producción legal que se desarrolla de conformidad con la cultura y las prácticas ajustadas a la tradición, en tanto su enfoque principal giraba alrededor de la búsqueda por la justicia; entendida por justicia el cumplimiento de los mandatos divinos.

En este sentido, el contenido expuesto en cada una de las normas adquiere una importancia altamente considerable, pues determinaba la voluntad de quien estaba en el poder. Frente al paradigma jurisprudencial, Ferrajoli no hace hincapié en su explicación, exponiéndolo en una breve síntesis como:

El primer modelo es el del derecho *jurisprudencial* premoderno. Según este, que refleja la experiencia histórica del derecho tomado y del derecho común hasta la época de las codificaciones, el derecho, al no existir un monopolio incontestado de la producción normativa ejercitado por fuentes predeterminadas, consiste principalmente en un patrimonio de máximas, categorías, principios y precedentes judiciales transmitidos por la cultura y la práctica jurisprudencial y doctrinal (Ferrajoli, 2014, p. 18).

A esto cabe mencionar que, en tanto norma direccionada a la búsqueda de lo justo, su condición de existencia o validez gira exclusivamente a la relación que la norma tenga con el contenido específico y establecido en el ordenamiento jurídico en cuestión.

2.2. Paradigma legalista o páleo-positivista

El paradigma legalista se ubica dentro del reconocimiento del Estado moderno como respuesta a la institucionalización del absolutismo. Este paradigma busca establecerse como un mecanismo para limitar el poder absoluto a través de las leyes, estipulando márgenes de actuación al poder como límite frente a la libertad de los sujetos (Ferrajoli, 2014).

Así mismo, el paradigma legalista plantea el monopolio de la producción legislativa en cabeza del Estado, a su vez determinando un criterio de existencia de las normas al estipular la fuente única de creación de ellas. Esto quiere decir que, permite al sujeto reconocer cuando una norma es existente, en otras palabras, el sujeto logra identificar cuando una norma es aplicable o no a su comportamiento al reconocer que quien la ha emitido es la autoridad que fue establecida para el cumplimiento de la tarea de creación de normas. De conformidad con ello, este paradigma determina que el único criterio de existencia de las normas es su fuente de creación.

Dicha determinación deja de lado el problema frente al contenido de las normas, dado que, si se reconoce que el único criterio de existencia de la norma depende de evidenciar su origen, lo que allí se estipule sea cual sea su contenido no tiene relevancia para determinar su existencia. Este reconocimiento de existencia meramente formal adquiere relevancia en coherencia con una postura positivista del derecho al determinar la separación entre derecho y moral. Ferrajoli (2006) aclara, frente a la separación necesaria entre derecho y moral, que dicha separación no excluye que las normas jurídicas en cualquier momento puedan tener una coherencia con las directrices morales, lo que reivindica el autor frente a esta idea, que, si bien en la historia pueden coincidir, no hay una correlación entre las normas jurídicas y las normas morales.

Con base en esto, Ferrajoli (2012) menciona que dentro de los fines del paradigma legalista no está la consecución de la justicia, sino que se opta por limitar directamente el poder arbitrario, previniendo la configuración de un estado absoluto. En palabras de Ferrajoli (2014):

Si la existencia de las normas depende únicamente de su positividad, pueden muy bien darse normas positivas injustas y sin embargo existentes, y normas justas, pero no positivas, y por eso inexistentes. La posible injusticia de las normas es el precio pagado a los valores de la certeza del derecho, igualdad ante la ley, la libertad frente al arbitrio y la sujeción de los jueces al derecho, que asegura este modelo (p. 19).

En este sentido, teniendo claro el fundamento de existencia de las normas, este paradigma plantea también un fundamento para identificar la validez de estas, para ello, propone el autor Herbert Hart la regla de reconocimiento. Esta última se entiende como forma de identificación de validez de una norma existente, en términos del autor:

La existencia de esta forma simple de regla de reconocimiento se manifestará en la en la práctica general de los funcionarios o de los particulares de identificar las reglas mediante ese criterio. En un sistema jurídico moderno donde hay una variedad de 'fuentes' de derecho, la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja: los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una constitución escrita, la sanción por la legislatura, y los precedentes judiciales. En la mayor parte de los casos se adoptan provisiones para posibles conflictos, clasificando estos criterios en un orden de subordinación y primacías relativas (Hart, 1968, p. 126).

Esta regla de reconocimiento propuesta por Hart (1968) da seguridad a quienes la ejecutan y por tanto están sujetas a ellas. Como norma de reconocimiento dentro de este paradigma se expone el principio de legalidad (mera legalidad), el cual se reconoce de la siguiente manera: “*Principio de mera legalidad o legalidad formal*, en virtud del cual la jurisdicción y las demás actividades infralegales están subordinadas a la ley, sea cual fuere” (Ferrajoli, 2014, p. 44).

El principio de legalidad en este sentido lo que reconoce es que una norma es existente cuando cumple las condiciones de validez formal, en tanto se hubiese creado mediante el procedimiento adecuado, por el órgano competente y de conformidad con la relación jerárquica que le corresponde dentro del ordenamiento jurídico.

Podemos concluir que estas características previamente trabajadas componen el paradigma legalista, acudiendo a un modelo de pensamiento relacionado con el derecho que propone la anulación del contenido por la preponderancia de lo *formal*. Este modelo ha tenido severas críticas respecto a los planteamientos que propone alrededor de los contenidos de las normas, dado que, con ocasión de la Segunda Guerra Mundial, se visibilizó la importancia y la relevancia de los derechos humanos como parte incluida de contenido de la norma jurídica. De allí que se diese a lugar el modelo o paradigma constitucional, del cual se hace referencia a continuación.

2.3. Paradigma constitucional

Este paradigma tiene lugar con relación a los hechos originados dentro de la Segunda Guerra Mundial. Debido a la tragedia, consecuencia de la guerra, la implementación de los contenidos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1948) propuso unas directrices guiadas al cumplimiento de los principios básicos de derechos humanos, y que cobrarían espacio dentro de los ordenamientos jurídicos en aras de prevenir situaciones de vulneración del ser humano similares a las presentadas dentro de la guerra. Aunque si bien, la Declaración no se adoptó como un documento de carácter vinculante, si dictaminó el lineamiento para la construcción de tratados, convenciones y normas internas dentro de los estados que giraban alrededor de estos contenidos bajo la finalidad de establecer mecanismos de protección a las personas. Ferrajoli parte de esta prerrogativa de los derechos humanos incluidos en los ordenamientos jurídicos estatales para hacer mención del paradigma constitucional.

A su vez, este paradigma se caracteriza por la importancia que aduce de la existencia de un texto fundamental y jerárquicamente superior que contiene las directrices y los funcionamientos del estado como marcos de desarrollo de las otras normas jurídicas: la Constitución. Pese a que en el paradigma legalista no se excluye la posibilidad de la existencia de una norma principal que exponga directrices de jerarquización, en el paradigma constitucional, adquiere un papel relevante como norma jerárquicamente superior del ordenamiento jurídico y de la cual se desprenden cánones de existencia y validez de las otras normas.

Ferrajoli (2012) en su tesis plantea una bifurcación teórica dentro del modelo al mencionar que existen dos posturas que componen el paradigma constitucional. Por un lado, el autor propone hablar de (i) un paradigma constitucional garantista, y, por otro lado, propone (ii) un paradigma constitucional principialista. Cada uno de ellos los expondremos a continuación.

2.3.1. Paradigma constitucional garantista

El paradigma garantista tiene una relevancia principal en la obra de Ferrajoli, dado que es el modelo que el autor defiende dentro de su teoría como un paradigma plenamente normativo, es decir, retoma del legalismo la importancia de lo *formal* como constitutivo del derecho. En otras palabras: lo *formal* refiere a la positividad de su regulación, es decir, refiere a la estipulación formal dentro del ordenamiento jurídico y al cumplimiento de los procedimientos estipulados.

A esta postura formal del derecho, este paradigma le incluye el papel relevante de los contenidos dentro de las normas jurídicas, consecuente de las directrices expuestas por la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Esto nos permite encontrar una diferencia entre el modelo garantista con relación al modelo legalista propuesto por Ferrajoli, en tanto incluye dentro de sus perspectivas un papel trascendental del contenido en la norma.

Este contenido que retoma importancia dentro del paradigma legalista, se refiere a los derechos fundamentales y a los principios. Ferrajoli (2012) entiende como reglas tanto los derechos fundamentales como los principios, es decir, ambos son entendidos como expresiones normativas que tienen una aplicabilidad y por tanto están guiados a la configuración de garantías para su cumplimiento. De allí que se exponga a continuación la diferenciación entre cada una de ellas.

Para entender los principios desde Ferrajoli (2012), se parte de la categorización que hace de los mismos. El autor expone que hay dos tipos de principios: (i) principios directivos y (ii) principios regulativos. (i) Los principios directivos los trata como enunciados que están regulados pero que su contenido aduce a directivas de carácter político, por tanto, son normas marginales. (ii) Los principios regulativos —entendidos como reglas— refieren a enunciados regulados que expresan expectativas específicas que tienen como consecuencia la disposición de garantías para su cumplimiento. De conformidad con lo anterior, si bien se reconoce que ambos tipos de principios deben estar inscritos de manera formal dentro de las normas del ordenamiento jurídico, los primeros —principios directivos— corresponden a mandatos plenamente descriptivos que hacen posible su inobservancia, mientras que, los principios regulativos, en tanto construcción normativa acorde a las reglas debido a su disposición de garantías, exponen la obligación de su aplicabilidad. Pues refiere Ferrajoli que los principios regulativos no son más que reglas con diferente estilo de las jerárquicamente inferiores. Desde esta diferencia, retomamos el concepto de derecho fundamental para partir de su relación con los principios regulativos, dado que, según Ferrajoli, estos últimos enuncian los derechos fundamentales.

Entonces, los derechos fundamentales —tal como vimos con los principios regulativos— “se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías” (Ferrajoli, 2012, p. 17). A su vez, los derechos fundamentales direccionan los contenidos de las demás normas dado a su posición jerárquica superior.

De conformidad con lo anterior, hablar de derechos fundamentales dentro de la obra de Ferrajoli tiene una gran relevancia dado que, partiendo de la importancia por los contenidos de dichos derechos y su cumplimiento, es que se plantea la diferenciación entre el paradigma garantista y el paradigma legalista. Para el autor:

Son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas (Ferrajoli, 2001, p. 19).

Entonces partiendo del reconocimiento de la diferencia entre derechos fundamentales y principios como enunciados que se exponen dado al papel trascendental del contenido en la norma; desde allí, el paradigma garantista propone dos niveles de análisis de validez de las normas. Por un lado, retoma las condiciones de existencia del paradigma legalista con relación a las directrices formales de creación de las normas, y por otro, propone una condición de validez material que refiere a un análisis de contenido de las mismas.

A este primero se le denomina *condición de existencia o validez formal*, el cual establece que una norma puede determinarse como existente con relación a la fuente que la emana, al procedimiento establecido y a su relación jerárquica dentro del ordenamiento jurídico. Generando que los funcionarios y los particulares puedan identificar cuándo una norma es o no existente y por tanto cumpliendo el primer indicio de reconocimiento de aplicabilidad de las mismas. Estos parámetros de existencia aducen al principio de mera legalidad —anteriormente trabajado en el paradigma legalista— que vela por el cumplimiento del carácter formal de las normas.

A este principio de mera legalidad, Ferrajoli (2014) dentro del paradigma garantista también lo identifica bajo el nombre de condicionantes de *vigencia* (o existencia), concluyendo que: “Una norma está *vigente* o *existente* si no adolece de vicios formales; es decir, si ha sido creada por el sujeto competente y mediante el procedimiento jurídicamente previsto. La vigencia coincide así con la *validez formal*” (p. 26).

Por otro lado, frente a las condiciones de validez material, el constitucionalismo garantista se separa del legalista en tanto imponen un requisito adicional para reconocer una norma como válida materialmente: el contenido. Tal como se argumentaba

previamente, en el paradigma legalista el contenido no era determinante para la creación de la norma, pero dentro del modelo garantista adquiere relevancia e importancia.

En ese sentido, el principio de estricta legalidad plantea condiciones de validez que hacen referencia a la coherencia y no contradicción con el contenido estipulado dentro de las normas superiores. Este paradigma si bien hace referencia a la correspondencia jerárquica, esta no se analiza sobre la relación que tiene con su *forma* de constitución, sino con la relación que debe tener lo estipulado con las directrices de contenido que se proponen dentro del ordenamiento jurídico. Ferrajoli (2014) lo describe de la siguiente manera: “Una norma es *válida* si no adolece de vicios materiales o sustantivos; es decir, si no contradice a una norma jerárquicamente superior. La validez coincide así con la *validez material*” (p. 26).

Puede concluirse que el paradigma constitucional garantista hereda los fundamentos propuestos por el paradigma legalista (*positivismo*) para actualizarlos y reconstruirlos conforme a las necesidades sociales que se presentan con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Conforme a esto, el paradigma garantista expone una propuesta (*neopositivista*) que atiende a los reclamos presentados bajo la pretensión de la necesidad de contenido, pero sin alejarse del fundamento de la separación derecho y moral, esto quiere decir que, aduce a la importancia de la coexistencia del principio de mera legalidad y de estricta legalidad como regla de reconocimiento de las normas jurídicas.

2.3.2. Paradigma constitucional principialista

El paradigma constitucional principialista es reconocido también como neoconstitucionalismo por Ferrajoli (2012). El autor, aduce que este paradigma corresponde teóricamente a una corriente iusnaturalista, esto quiere decir que refiere a un derecho que retoma los postulados que permiten entender el derecho como contenido natural de las personas e incluyéndolo a las concepciones del derecho moderno. En este sentido, el paradigma constitucional principialista se separa del paradigma legalista y del paradigma garantista tajantemente en tanto incluye principios de justicia dentro de sus normativas estipuladas, principios de justicia (Ferrajoli, 2012). Esta afirmación irrumpe con uno de los postulados más fuertes del positivismo jurídico que habíamos visto desarrollado tanto en el legalismo como en el garantismo y es la separación derecho y moral. Ferrajoli expone como expositores de esta corriente de pensamiento jurídico a autores como: Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky y Manuel Atienza, entre otros.

De conformidad con lo anterior, la apreciación de Ferrajoli de entender el paradigma principialista como *iusnaturalista* generó entre sus exponentes un inconformismo; exponentes entre los cuales se encontraba Jürgen Habermas (2010), quien proponía entender la relación de derecho y moral, no bajo la perspectiva iusnaturalista, sino bajo otro esquema de relación.

Pero más que esta relación de complementariedad nos interesa el simultáneo *entrelazamiento* de derecho y moral. Éste se produce porque en los órdenes e instituciones del Estado de Derecho se hace uso del derecho positivo como medio para distribuir cargas de argumentación e institucionalizar vías de fundamentación y justificación, que quedan abiertas a argumentaciones morales. La moral ya no se cierne por *encima del* derecho (como sugiere todavía la construcción del derecho natural racional en forma de un conjunto suprapositivo de normas); emigra al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en derecho positivo (Habermas, 2010, p. 559).

Entonces, partiendo de la relación derecho y moral, Ferrajoli (2014) basa su crítica frente a la teoría de Robert Alexy, quien retoma la identificación de principios, derechos fundamentales y reglas, conforme a una propuesta diferente a la del garantismo.

Alexy (2017) parte de la separación entre normas deontológicas y normas axiológicas. Las primeras indican el conjunto de principios y reglas que tienen inmerso un mandato o prohibición, mientras que, las normas axiológicas corresponden a valoraciones que no exponen un mandato o deber ser, sino a una apreciación de bueno o malo.

Conforme a ello, la primera diferenciación de la que Alexy parte es la presentada entre principios y valores, que, si bien expone un marco de diferenciación, reconoce el carácter normativo de ambas. El autor adecúa a los principios dentro del campo deontológico de las normas y ubica a los valores dentro del campo axiológico; pero si bien propone una diferenciación en tanto a su vocación de mandato o no, Alexy (2017) aduce que sustancialmente los principios refieren a los mismos contenidos de los valores, de la siguiente manera: “los principios y los valores se diferencian *solo* en virtud del carácter deontológico de los primeros y del carácter axiológico de los segundos” (p. 125).

Por tanto, el autor reconoce que dentro del campo del derecho cobra relevancia como mandato los principios, pero dicha diferencia anteriormente expuesta adquiere importancia en tanto parte de contenidos morales que se apropian del marco del derecho bajo su positivización, permitiendo a los valores un papel de determinadores de los fines del derecho.

Con base en ello y partiendo de la diferenciación entre normas deontológicas y axiológicas se procede a explicar los conceptos referentes a principios, derechos fundamentales y reglas. Todos estos como normas pertenecientes al campo deontológico.

La diferencia entre principios y reglas propuesta por Alexy tiene lugar no solo desde el concepto sino también en cuanto a su forma de aplicación. Estas diferencias se explicarán a continuación.

Alexy (2017) menciona que los principios son “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y realmente existentes, por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*” (p. 67), esto último indica que son normas que generan tanto prohibiciones como permisiones o mandatos. En cuanto a su aplicación, dado que los principios dictaminan que lo ordenado debe cumplirse en el menor tiempo posible, también tiene en cuenta la relación con las

posibilidades jurídicas y fácticas que le condicionan. Esto quiere decir que cada caso tiene un análisis complejo y que puede devenir en la confrontación entre principios.

A su vez, Alexy propone entender que los derechos fundamentales y los principios tienen una relación en tanto los primeros aducen a normas que se encuentran en un nivel jerárquico superior y que se desprenden generalmente de los principios. Por tanto, para este texto se trabaja los derechos fundamentales con relación a los principios, de conformidad con lo expuesto por Alexy:

La idea de que los derechos fundamentales son principios que se aplican mediante la ponderación parte del reconocimiento de la positividad de los derechos fundamentales en toda su entidad. Los principios de derecho fundamental tienen una existencia de derecho positivo. Ellos valen como normas jurídicas bajo las condiciones de cada sistema jurídico. Las disposiciones de los derechos fundamentales son el elemento principal de la estructura de estos derechos. Ellos delimitan su contenido (citado en Bernal, 2009, p. 96).

Por otro lado, Alexy (2007) conceptualiza las reglas como “normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos *definitivos*. En su mayoría ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones” (Alexy, 2007, pp. 349-350). El autor explica que las reglas tienen un contenido de cumplimiento “*sí o no*”. A lo que intenta el autor con esta apreciación de las reglas es ubicarnos en el paradigma constitucional garantista, dado que retoma la idea de la validez desde su contenido y conforme a su forma, como condiciones de aplicabilidad de las reglas. Con base en esto, reconoce que, si bien los principios pueden estar inmersos en conflictos, las reglas también lo pueden estar. De conformidad con esto, Alexy (2017) propone que, para la solución de los conflictos entre principios se propone la *ponderación* a través de un proceso de análisis argumentativo e interpretativo, y para la solución de los conflictos entre reglas —de la mano con los paradigmas anteriores— se analiza la validez material o formal de las mismas.

Retomando a Ferrajoli (2012), quien, con base en la primera crítica que presenta frente al paradigma constitucional garantista argumentado en la relación *iusnaturalista* entre derecho y moral, que difiere de su postura *iuspositivista*, desprende otra crítica relevante para nuestro análisis. Expone Ferrajoli su incomodidad frente a la relevancia que tiene el operador jurídico³ dentro de este paradigma para determinar la aplicación de los principios. Pues el papel de la interpretación y argumentación de los jueces y de los tribunales es lo que determina la aplicabilidad de los principios, sobre todo frente a los casos de ponderación como consecuencia de presentarse un conflicto entre estos.

Por tanto, para Ferrajoli (2012) el paradigma principialista no se puede entender como teoría del derecho, primero, en tanto no es posible entender el derecho con relación a la moral; y segundo, dado que el protagonismo que adquiere el operador jurídico, según Ferrajoli, se presenta por la dependencia entre las situaciones fácticas y la aplicabilidad de los principios, lo que configura el desistimiento de los principios como normas jurí-

³ Expresión usada por Ferrajoli para referirse a los jueces o tribunales.

dicas dada su relación de validez condicionada, es decir, su aplicabilidad dependiendo de los casos específicos.

La comprensión de los paradigmas del derecho según Ferrajoli, abre las puertas al análisis de las consecuencias teóricas que conlleva identificarse dentro de cada uno de ellos. Esto adquiere relevancia, ya que permite examinar las implicaciones que tiene para los ordenamientos jurídicos reconocerse dentro de un paradigma, su relación con las características que le compone y su diferencia con otros paradigmas del derecho.

3. El paradigma del derecho en Colombia con la Constitución de 1991

Este apartado busca identificar a cuál paradigma aduce el ordenamiento jurídico colombiano y por tanto examinar las implicaciones que dicha adecuación conlleva. Para ello se trae a colación la sentencia T-406 de 1992 dada su pertinencia, debido que, mediante esta se trazan los lineamientos del Estado Social de Derecho colombiano. Mediante la sentencia T-406, la Corte Constitucional (1992) plantea como fin del Estado el cumplimiento de los principios y de los valores, a su vez que reconoce como marco límite de las acciones del Estado y directriz de interpretación, a las disposiciones contenidas en los principios y los derechos fundamentales.

En aras de comprender estas disposiciones, a continuación, se expone qué ha entendido la Corte Constitucional por valores, principios, derechos fundamentales y reglas.

Inicialmente, el concepto de valor del que parte la Corte Constitucional se entiende como la directriz del Estado mediante la cual se fundamentan las actuaciones dentro de él. Esta apreciación la desarrolla la sentencia T-406 así:

Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política (Corte Constitucional, T 406, 1992).

Así mismo, si se reconoce que los valores aducen a un conjunto de normas axiológicas, se hace alusión a las representaciones manifestadas dentro del paradigma principalista descrito en el apartado anterior. Lo que permite concluir con la apertura a marcos de interpretación que dejan de lado la separación entre derecho y moral.

Posteriormente, respecto de los principios constitucionales se entienden estos como las normas jurídicas constitucionales que tienen incluidas dentro de sí, un conjunto de contenidos que trazan la delimitación a las actuaciones de particulares y del Estado. La Corte Constitucional los define de la siguiente manera: “Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa” (Corte Constitucional, T 406, 1992). Es en este sentido que los principios constitucionales permiten la reivindicación del papel del juez en el Estado Social de Derecho colom-

biano, en tanto este último es quien tiene la labor de realizar la interpretación de los principios para delimitar las actuaciones del Estado como límite al poder.

En conclusión, tanto los valores como los principios en el ordenamiento jurídico colombiano son normas jurídicas, es decir que tienen un alcance de coercibilidad y vinculatoriedad para las personas particulares y para el Estado. Estas normas se diferencian en tanto que, por un lado, los valores son normas guiadas a establecer fines o directrices a alcanzar, y, por otro lado, los principios son normas que proporcionan deberes específicos. Por tanto, para la Corte:

La distinción entre principios y valores, sería una diferencia de grado de abstracción y de apertura normativa. Las normas que reconocen valores serían normas más abstractas y abiertas que las que consagran principios. Estas, por ser más precisas, tendrían proyección normativa, es decir aplicabilidad concreta o eficacia (Corte Constitucional, C 1887, 2001)

A su vez, la Corte Constitucional (1992) ha entendido los derechos fundamentales como un conjunto de derechos individuales que priman dentro de los otros derechos del ordenamiento jurídico, por tanto, el Estado debe velar por su cumplimiento y garantizarlo. Así mismo, para que un derecho pueda entenderse o catalogarse como derecho fundamental requiere el cumplimiento de tres elementos: una conexión directa con los principios constitucionales, eficacia directa y contenido esencial. Esta relación entre derechos fundamentales y principios es coherente con la presentada en el apartado anterior por Robert Alexy (2017), donde reconoce la vinculatoriedad entre sí, en tanto corresponden a normas jurídicas de carácter jerárquicamente superior y donde cuya conexidad es indiscutible.

Por último, la sentencia C-1287 (Corte Constitucional, 2001) también reconoce la categoría de *reglas*, exponiendo de ellas que son entendidas como normas jurídicas que exponen directamente su mandato, permisión o prohibición, estipulando con claridad sus condicionamientos y los parámetros de cumplimiento. La Corte Constitucional (C 1287, 2001) las definió de la siguiente manera:

[...] disposiciones jurídicas en las que se “define, en forma general y abstracta, un supuesto de hecho y se determina la consecuencia o consecuencias jurídicas que se derivan de la realización del mismo; una disposición, pues, derechamente construida para regular u ordenar de forma directa la vida humana, la realidad social” Es decir, virtud de esta estructura lógica, las reglas operan como silogismos.

De conformidad con cada uno de los conceptos examinados previamente de la mano con las menciones de la Corte Constitucional —valores, principios, derechos fundamentales y reglas—, el ordenamiento jurídico colombiano de conformidad con las categorías de paradigmas del derecho propuestos por Ferrajoli, se identifica con el paradigma constitucional principialista. Esta afirmación se fundamenta en las siguientes razones:

- a) Tanto el concepto de *valores* como el de *principios*, tienen una relación y coherencia con las acepciones que Alexy (2017) propone para ambos términos. Tanto la Corte Constitucional colombiana como Alexy, les reconoce como normas cuya diferenciación se dibuja desde el carácter axiológico del que los valores aducen y por otro lado del carácter deontológico que caracteriza a los principios. Esto va en contra de las posturas planteadas por Ferrajoli -expuestas previamente- tanto en el legalismo como en el garantismo, ya que, si bien parte de normas que se establecen desde un campo axiológico se desdibuja la inquebrantable línea entre el derecho y la moral, permitiendo una relación entre sí.
- b) Otra de las aproximaciones al paradigma principialista que se puede evidenciar en el ordenamiento jurídico colombiano se presenta desde el reconocimiento del papel fundamental del juez en el Estado, en tanto tiene la función de salvaguardar la Constitución, y de realizar la interpretación de los principios y demás normas constitucionales (Restrepo, 2018). Esta idea es acorde al análisis presentado por Alexy (2007) bajo la premisa que expone la relevancia de los jueces partiendo de sus decisiones e interpretaciones guiadas a analizar las normas de conformidad con las posibilidades jurídicas y fácticas para su aplicación.
- c) Según lo mencionado en este apartado, la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-406 plantea la vinculación entre derechos fundamentales y principios, reivindicando su relación como norma jurídica, como norma constitucional y a su vez como contenido constitutivo de directriz interpretativa del Estado. Esta postura se identifica dentro del concepto de derecho fundamental trabajado por Alexy, analizado en el segundo apartado de este texto.
- d) Tanto en el paradigma principialista como en las manifestaciones de la Corte Constitucional colombiana se entienden las reglas como normas jurídicas simples que tienen un contenido de cumplimiento y que exponen dentro de sí mismas la condición de su aplicación. Por tanto, con este reconocimiento difiere de la postura defendida por Ferrajoli que pretende entender a los principios como reglas. Esta pretensión de Ferrajoli es contraria a lo expuesto a través del ordenamiento jurídico colombiano dado que solamente se analiza las reglas bajo un análisis de “sí o no”, es decir, bajo un esquema de regulación directa de la vida humana.

Para concluir con este análisis, Colombia ha acogido las posturas principialistas —en términos de Ferrajoli—, lo que ha conllevado a que cada una de las apreciaciones que se logran encontrar como características del derecho dentro de este paradigma han planteado y generado consecuencias en cómo se estudian y entienden todas las áreas del derecho.

4. Implicaciones del paradigma del derecho colombiano en el derecho penal

Colombia ha acogido las posturas del paradigma constitucional principialista de conformidad con el contenido que caracteriza a cada una de las categorías presentadas por Ferrajoli. Por tanto, su adecuación dentro de este paradigma principialista y

de conformidad con las estipulaciones que tiene, conlleva implicaciones a la manera en cómo se entiende el derecho y cómo se ejecutan las normatividades en el ordenamiento jurídico. La influencia del paradigma principialista en el derecho penal no ha sido una excepción.

De antemano se hace mención de que el derecho penal en Colombia es entendido como “el brazo fuerte de la ley” (Fiss, 2013, p. 83). Esta afirmación está dada gracias a su relación con el monopolio de la fuerza en cabeza del Estado, entendiendo para estos efectos que el derecho penal es la regulación encargada de asistir con sanciones frente a los comportamientos reprochables en la sociedad que son expuestos normativamente como sancionables (Corte Constitucional, C 042, 2018).

A su vez, estas prerrogativas normativas tienen una alta relevancia dado que trazan una relación con los derechos fundamentales de los sujetos, en tanto tienen la potestad de limitar bienes jurídicos como la libertad al momento de llevar a cabo la aplicación de las sanciones impuestas en dichas regulaciones. Desde allí, se exponen las siguientes características que relacionan al derecho penal colombiano con el paradigma principialista:

En primer lugar, se parte de la posición superior de los fundamentos de la Constitución política. Planteando la subordinación de las normas a las disposiciones constitucionales y por tanto se plantea la concordancia con el principio de supremacía constitucional (Asamblea Nacional Constituyente, artículos 4 y 241, 1991; Corte Constitucional, C 415, 2012). Esta afirmación expone de primer argumento la disposición de constitucionalización del derecho que se tiene en Colombia, del cual el derecho penal también se encuentra supeditado. En términos generales la Corte Constitucional (C 415, 2012) lo expresa de la siguiente manera:

La supremacía de la Constitución Política sobre el resto de prescripciones del sistema de derecho nacional, es un principio estructurante del orden jurídico: el conjunto de prescripciones que integran el derecho positivo, se ordena en un sistema normativo, en virtud de la unidad y coherencia que le imprimen los valores, principios y reglas establecidas en la Constitución.

Este pronunciamiento de la Corte Constitucional no solamente corresponde a una aclaración que incluye la idea de superioridad constitucional, sino que abre la puerta para plantear el segundo argumento alrededor de la relación del derecho penal colombiano con el paradigma principialista: la importancia de la regulación de los valores, principios, derechos fundamentales y reglas constitucionales.

La relevancia de los valores como directrices del ordenamiento jurídico y por tanto del derecho penal permite el análisis de la inclusión de directrices axiológicas como estipulación normativa. Lo que deja abierta la relación entre derecho y moral que estipula los contenidos y directrices de las normas jurídicas. A su vez, se reconoce los principios, los derechos fundamentales y las reglas constitucionales como normas inque-

brantables que disponen la validez de las demás normas incluyendo las que regulan el derecho penal.

Otra de las características más relevantes que tiene el derecho penal con relación al paradigma constitucional principalista es la reivindicación del papel del juez. Con la implementación de la Ley 906 de 2004 adquiere relevancia el juez constitucional dentro del proceso penal encarnado en la figura del juez de control de garantías, en tanto es quien tiene la función implícita de protección de los derechos fundamentales de quien se encuentra inmerso en el proceso penal, de cara a las actuaciones de su contraparte, es decir de la parte que cumple la función de acusar (Congreso de la República, Acto legislativo 3, 2002). La Corte Constitucional lo expresa de la siguiente manera:

Al juez de control de garantías le corresponde examinar ‘si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, (i) si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si la medida es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.’ Teniendo en cuenta que la medida de aseguramiento comprende la afectación de derechos fundamentales, el papel que le corresponde cumplir al Juez de Control de Garantías dentro de tal audiencia encuentra sustento en el artículo 250 Núm. 1 constitucional y está íntimamente ligado con la verificación, entre otros requisitos, la necesidad y la finalidad de la medida, al igual que prever su adecuada sustentación y la oportunidad de ser controvertida, aún más cuando dicha medida puede comprometer la libertad del procesado (Corte Constitucional, T 293, 2013)

Esta disposición propuesta frente a la protección de los derechos fundamentales y demás normativas del derecho constitucional exponen los fundamentos para identificar la vinculatoriedad que se ha venido presentando entre el derecho penal colombiano frente al paradigma constitucional principalista, de conformidad con lo planteado por las directrices del ordenamiento jurídico.

En conclusión, se tiene que el derecho penal ha estado inmerso en un proceso de constitucionalización y que en consecuencia está supeditado y limitado a las regulaciones constitucionales descritas previamente (Corte Constitucional, C 581, 2001; C 176, 1994; C 100, 2011). La Corte lo ha expresado de la siguiente manera:

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 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 (Corte Constitucional, C 609, 1996).

En este sentido, se reconoce dentro del paradigma principialista en tanto parte del reconocimiento de la constitucionalización del derecho penal y su vez se plantea la vinculación de valores, principios, derechos fundamentales y reglas como marco para su comprensión y aplicación.

5. Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2017). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución política de Colombia*. Bogotá: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de junio de 1991.
- Colombia. Congreso de la República. (2002). *Acto Legislativo 3, Por el cual se reforma la Constitución Nacional*. Bogotá: Diario Oficial No 45.040 de 19 de diciembre de 2002.
- Colombia. Congreso de la República. (2004). *Ley 906, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Bogotá: Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004.
- Colombia. Corte Constitucional. (1992). Sentencia T-406 de 5 de junio de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-176 de 12 de abril de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero]. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-609 de 13 de noviembre de 1996. Magistrados Ponentes: Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-1287 de 5 de diciembre de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-581 de 6 de junio de 2001. Magistrado Ponente: Jaime Araujo. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-100 de 23 de febrero de 2011. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2012). Sentencia C-415 de 6 de junio de 2012. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2013). Sentencia T-293 de 21 de mayo de 2013. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2018). Sentencia C-042 de 16 de mayo de 2018. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá: Corte Constitucional.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.

- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo. Una discusión sobre el derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2012). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. En *Un debate sobre el constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y político*. Madrid: Editorial Trotta.
- Fiss, O. (2013). *Los mandatos de la justicia*. Madrid: Marcial Pons.
- Habermas, J. (2010). Derecho y moral (Tanner Lectures 1986). En *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. Madrid: Editorial Trotta.
- Hart, H. (1968). *El concepto del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París.
- Restrepo, J. (2008). *Estructura Constitucional del Estado Colombiano*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.



Esta obra se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional. Más información: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>