

CONSEJO DE ESTADO  
SECRETARÍA DE JUSTICIA

IVÁN OROZCO ABAD  
JUAN GABRIEL GÓMEZ ALBARELLO

# LOS PELIGROS DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO EN MATERIA CRIMINAL

*Segunda edición,  
actualizada*



EDITORIAL TEMIS S. A.  
UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA  
Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales  
Santa Fe de Bogotá - Colombia  
1999

# ÍNDICE GENERAL

## INTRODUCCIÓN

### CAPÍTULO I

#### EL MARCO HISTÓRICO Y TEÓRICO-METODOLÓGICO PARA LA REFLEXIÓN

	PÁG.
1. La política criminal en el contexto de las políticas públicas: una aproximación histórica comparada a su definición .....	11
A) Política criminal y dogmática jurídica .....	11
B) La política criminal: entre la política de seguridad y la política social..	17
2. Una breve observación metodológica .....	22
3. Las grandes hipótesis de peligro en el ámbito de la política criminal dentro del marco de la Constitución colombiana .....	25

### CAPÍTULO II

#### LA TENSIÓN ENTRE EFICIENTISMO Y GARANTISMO COMO TENSIÓN ENTRE SOBERANÍA Y ESTADO DE DERECHO

1. La paz: el gran presupuesto. Una breve aproximación histórica .....	31
2. El eficientismo: total déficit de soberanía interior y negación del Estado de derecho .....	38
3. La consolidación moderna del eficientismo: el aporte del Estado social y la jurisprudencia de principios .....	43
4. El eficientismo penal: una proyección de la idea de soberanía y una vía de acceso hacia el derecho penal de enemigo .....	46
5. El derecho penal liberal: en la tensión entre soberanía y Estado de derecho	48
6. El garantismo: una cristalización central de la idea del Estado de derecho ..	50
7. El eficientismo en Alemania y en Colombia: una breve comparación .....	54
A) La gran diferencia: el modelo bélico-punitivo colombiano .....	54
B) El eficientismo y los estados de excepción .....	62

## CAPÍTULO III

**LA POLÍTICA CRIMINAL Y EL DERECHO PENAL:  
EN LA ENCRUCIJADA ENTRE EL ESTADO LIBERAL  
Y EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

	PÁG.
1. Derechos-libertades y derechos de prestación .....	67
2. Los derechos fundamentales: ¿Derechos-libertades o principios objetivos de regulación? En el camino hacia el Estado social autoritario .....	71
3. El giro social-autoritario .....	73
4. Implicaciones de un modelo límite de sustitución de los derechos-libertades por los derechos objetivos como valores, principios e instituciones en el ámbito de la política criminal y el derecho penal .....	74
5. La hegemonía del Estado social y la crisis de la capacidad vinculante de la ley .....	78
6. El largo camino hacia el Estado de prevención .....	84
A) Las explicaciones .....	84
B) La caracterización .....	86
C) Prevención y sistema penal .....	88
D) Las manifestaciones jurisprudenciales en el ámbito del derecho constitucional penal .....	90
7. Otra vez los presupuestos. ....	92
8. El Estado social al servicio del derecho penal de enemigo: un peligro todavía incipiente. ....	94

## CAPÍTULO IV

**ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE EL TEMA DE LA  
DEMOCRACIA DEFENSABLE Y SOBRE SUS  
IMPLICACIONES PARA EL TRATAMIENTO  
DE LA DESVIACIÓN POLÍTICA**

1. El marco de la discusión .....	102
2. Consenso y desviación .....	104
3. El contenido mínimo de la democracia defensible .....	105
4. El balance .....	108

## CAPÍTULO V

**LA RELEVANCIA DE LA POLÉMICA  
“CONSTITUCIONALISMO-LEGALISMO” PARA LA POLÍTICA  
CRIMINAL: UN EXAMEN DE LA JURISPRUDENCIA  
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

1. Una reconstrucción del nuevo “constitucionalismo” .....	116
2. La autorrepresentación de la Corte Constitucional como guardián de la Constitución .....	124
3. La polémica constitucionalismo-legalismo como pantalla de los desarrollos posibles de la política criminal .....	135

A) Deber de penalización, delitos de deber y derecho constitucional de enemigo .....	136
B) Derechos individuales versus bienes colectivos .....	145
C) La irradiación de la Constitución sobre el derecho penal .....	151
D) ¿Hacia una disolución tópica de la fuerza normativa de la Constitución?	154

## CAPÍTULO VI

**LA TENSIÓN ENTRE EFICIENTISMO Y GARANTISMO  
EN LA LEGISLACIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA  
DE EXCEPCIÓN**

1. Una reflexión previa: el régimen del estado de conmoción interior en la Constitución de 1991 .....	161
2. El gobierno y el congreso en los estados de excepción .....	165
3. El balance entre eficientismo y garantismo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (1): el control de las declaratorias de los estados de excepción .	174
A) El nuevo constitucionalismo y los estados de excepción .....	174
B) La Corte frente a las declaratorias del estado de conmoción interior por vencimiento de los plazos legales de la detención preventiva .....	182
C) La Corte frente a las declaratorias del estado de conmoción interior por la “anormalidad normal” de la situación de orden público .....	187
D) Las críticas internas al control material ejercido por la Corte respecto de las declaratorias del estado de conmoción interior .....	195
E) Breve juicio crítico sobre la jurisprudencia constitucional sobre el control material de las declaratorias de los estados de excepción .....	198
4. El balance entre eficientismo y garantismo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (2): el control sobre la legislación penal de emergencia .....	199
A) Los límites al escalamiento punitivo en el estado de conmoción interior	200
B) El régimen de negociación de penas y el respeto de las garantías .....	202
C) La concesión de facultades de policía judicial a las fuerzas militares ...	205
5. Quién es quién en la Corte Constitucional en materia de estados de excepción	207
A) Decisiones sobre derecho de familia .....	211
B) Decisiones sobre pluralismo y libertad religiosa .....	212
C) Decisiones sobre derecho penal .....	212
D) Decisiones sobre derecho procesal penal .....	213
E) Decisiones sobre las tres últimas declaratorias del estado de conmoción interior .....	215

## CAPÍTULO VII

**MARCO CONSTITUCIONAL, POLÍTICA Y  
POLÍTICA CRIMINAL: QUIÉNES HACEN  
POLÍTICA CRIMINAL EN COLOMBIA**

1. Estado liberal y política criminal .....	223
---	-----

2. Las transformaciones de la política y del derecho en el estado social y su impacto en la política criminal .....	225
3. La crisis del Estado colombiano y de la política criminal de emergencia ....	227
4. El nuevo marco constitucional de definición de la política criminal .....	229
5. Transformaciones y distorsiones del proceso de definición de la política criminal .....	232
6. Horizontes y marcos posibles para la política criminal .....	240

## CAPITULO VIII

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. El punto de partida .....	243
2. La coyuntura externa .....	243
3. La coyuntura interna .....	248
4. Paz negociada y derechos humanos .....	250
5. Derecho internacional humanitario y derechos humanos .....	252
A) Consecuencias bilaterales. ....	252
B) Consecuencias unilaterales para el Estado .....	253
C) DIH y democracia .....	254
D) DIH y justicia .....	257
6. Impunidad y derechos humanos .....	260
7. Política exterior y derechos humanos .....	261
8. Sociedad civil y derechos humanos. ....	262
9. Crimen organizado y derechos humanos. ....	263
10. Corrupción y derechos humanos. ....	266
11. Consideraciones últimas .....	268