

LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

AUTOR

RAMIRO PINZÓN ASELA.

El Estado Social de Derecho, que diseñó la Carta Política de 1991, contiene enunciados éticos y políticos de gran relevancia; desde el Preámbulo, construye la carta de navegación que debe orientar a la sociedad, señala el camino y la meta de llegada a través de principios, valores e instituciones.

De los principios y valores fundantes del Estado Social de Derecho, encontramos un postulado nuclear: el respeto a la dignidad humana, significa que el Estado se debe proclamar al servicio del ser humano, para satisfacer sus necesidades; y el cual, justamente, es un imperativo categórico al que Kant otorga el carácter de “fin en sí mismo” que tiene la persona humana, cuando señala: “trata a los demás como fines en sí mismos” “no como medios”; “no usar al otro”.

Así pues, cuando la Constitución consagra que el Estado Social de Derecho se fundamenta en el respeto a la dignidad humana, se constituye como categoría fundante de todo el ordenamiento jurídico y el de asegurar a sus integrantes, la vida, la convivencia, la justicia, la igualdad, el conocimiento, el trabajo, la libertad, la paz y la vigencia de un orden justo (Preámbulo y artículo 2).

Entonces, ante la pregunta por ¿Cómo mantener el orden establecido en la sociedad? es cuando nace el Derecho como un instrumento para imponer orientaciones políticas, entre ellas, la de trazar la política criminal, con sus herramientas: Derecho Penal, Procesal Penal y Penitenciario. Lo anterior significa que, de la Carta Política se derivan los principios y preceptos esenciales que deben respetarse en los procesos de producción de las normas integrantes del sistema penal.

Es así como, al tenor del imperativo categórico significativo de la DIGNIDAD HUMANA, se desarrolla **el principio de humanidad**, que debe preservar a toda costa la autonomía ética del ser humano, la protección personal y el libre desarrollo de la personalidad, lo cual impide la tutela del Estado sobre el ciudadano, de tal manera que los medios utilizados por el legislador no atenten contra la dignidad concreta del ser humano.

Así las cosas, ante la necesidad del ejercicio del *ius puniendi*, éste debe estar sometido a unos controles tales, que esté absolutamente prohibido cualquier atentado contra la persona en todos los órdenes, tal como se presenta en el plano constitucional, la ley y los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos¹.

Por ello, el constituyente primario, por voluntad expresa trazó al Estado, a través del Legislador, en el ejercicio de la potestad punitiva, una serie de prohibiciones, tales como: 1) establecer penas de muerte (artículo 11 de la Constitución Política); 2) someter a cualquier persona a torturas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 12 de la C. Política); 3) no podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles (art 28 inc. 4); Prisión perpetua y Destierro (art 34 del Política).

El valor de la persona humana, se erige entonces en un límite fundamental al poder punitivo, gracias al cual se busca impedir que el Estado desprecie al ciudadano, perdiendo su legitimidad y colocándose al mismo nivel de las delincuencias que busca erradicar, como sería el caso del llamado Estado Infractor o delincuencial. No es viable erigir una construcción de conducta punible que desborde estos marcos, posibilitando la reificación o cosificación del hombre, sin ningún escrúpulo a su dignidad de persona.

De lo consignado, la pregunta que surge es ¿Cómo se puede legitimar el Derecho Penal en el diseño político de sociedad denominada Estado Social de Derecho?

Autores como Winfried Hassemer, promotor de la escuela de Frankfurt sostiene que el Derecho Penal se debe entender como un Derecho Constitucional aplicado, enmarcado en un proceso de constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico, el cual ha sido denominado por la doctrina como constitucionalismo moderno o nuevo constitucionalismo.

Por su parte, Robert Alexy explica como “**los derechos fundamentales** se encuentran consagrados en la constitución en forma de principios y se caracterizan por tener el máximo rango dentro de la escala normativa que compone el ordenamiento jurídico, también por tener máxima fuerza jurídica y máxima

¹ Como es el caso de los artículos 1,5,12 y 16 de la Constitución Política; los artículos 7,8 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados por la Ley 74 de 1968; y los artículo 5 y 11 de la Ley 16 de 1972 a nuestro ordenamiento jurídico.

importancia, puesto que con ellos se decide sobre la estructura básica en la sociedad”².

Para dar respuesta a la formulación de la pregunta, con el antecedente planteado; en primer instancia, se debe realizar un raciocinio de hermenéutica constitucional, derivado del Estado Constitucional de Derecho que tiene como eje central los principios, valores y postulados como fuente de interpretación para aplicar la ley punitiva en el evento de vulneración a los derechos humanos o fundamentales denominados bienes jurídicos, violación que se traduce en la afectación real y efectiva o puesta en peligro del bien jurídicamente protegido, en consecuencia surge como reacción el Derecho Penal. Lo anterior teniendo en cuenta que el Estado, por razones de política criminal, tiene la potestad de castigar.

En consecuencia, sólo la protección de bienes jurídicos, seleccionados y realmente amenazados, justifica la restricción de otros derechos y libertades, cuya protección igualmente ordena la Constitución, con fundamento en los principios de la fragmentariedad y la *última ratio*.

Ahora bien, para efectos de ilustrar el catálogo de bienes jurídicos que prevé la Constitución, se infiere que ellos pueden ser de naturaleza individual, universal, los denominados derechos colectivos, empezando por la vida, la libertad, el trabajo, la paz, el orden económico social, la organización política (Preámbulo, art 1,2,11 y ss, 42 y ss de la C.P) y todos los derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales que sean dignos de protección penal, hasta llegar al medio ambiente, la salubridad pública, los recursos naturales (art. 78 y ss)

Ahora bien, es necesario plantear el cómo se debe **construir la conducta punible**. De esta manera, es preciso indicar que, inicialmente se debe observar el principio de la objetividad material, del acto o de exterioridad, consagrado en el artículo 29 - 2 de la Carta Política, en donde se señala que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa....”, y en los arts. 9 de la Ley 16 de 1972 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contenido en la Ley 74 de 1968, de conformidad con los cuales sólo se pueden castigar los “actos y omisiones” humanos. Es así como se traduce que, el suceso incriminado no está constituido por un acto interno de la psique sino por un acontecimiento en el mundo de la naturaleza referido a un actuar del ser humano; lo cual permite castigar a las personas sólo por lo verdaderamente realizado y no

² ALEXI, Robert. “Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional de Democrático,” en Neoconstitucionalismo (s) Editorial Trotta Madrid, 2005, Madrid, 2005, Citado por: COTE-BARCO, Gustavo Emilio. Constitucionalización del Derecho Penal y Proporcionalidad de la Pena, En: Universitas, ucls. Bogotá, nº 116, julio-diciembre de 2008, p.8.

lo pensado o deseado . Además, de otro lado, del axioma en examen se deriva otra importante consecuencia: el fenómeno criminal no puede caracterizarse por la condición personal, social, el modo de ser de la persona, sus hábitos, temperamento, pensamiento o afectividad; esto es, se debe castigar por lo que se hace y no por lo que se es; pues, de lo contrario, se caería en el regreso al peligrosismo.

Por su parte, en relación con la metodología para la **creación del *ius puniendi***, debe indicarse que, el poder de definición normativo radica en la Rama Legislativa, que, consecuentemente utiliza la teoría y la técnica legislativa. En ese sentido, el proceso de producción de las leyes -y de las normas en general-, como instrumentos de regulación de las relaciones sociales, debe consultar la realidad social y dar explicación de los fenómenos, para que de esa manera se le otorgue legitimidad a la norma sancionatoria creada, es su aspecto dinámico, y así evitar que dicha norma diste de la realidad.

El Legislador, en el proceso de producción normativa, debe iniciar con una evaluación teórica, que da una explicación de los fenómenos que originan el porqué de la necesidad de crear el tipo penal a nivel general, y, además, la técnica que materializa la optimización de la producción normativa, puede ser desde una perspectiva lingüística, eso es, el lenguaje como instrumento básico en la formulación de los tipos penales; de esta manera, la redacción debe contener: elementos descriptivos, normativos y de remisión, en el evento de los tipos penales en blanco.

Como se detalla, en un sistema fundamentado por principios constitucionales, el legislador, al momento de la producción normativa debe buscar estrategias que logren un control de las conductas punitivas con garantías a la tutela judicial y a un debido proceso con la expresa consagración de la presunción de inocencia, para ello, utiliza método de valoración categorías dogmáticas estructurales del delito, como a continuación se puntualiza:

- 1) El principio de estricta **legalidad** (tipicidad); fundamentado en el artículo 29 y 230 inc.1 de la Carta Política, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocido por la Ley 74 de 1968; el artículo 9 de la Ley 16 de 1972 que tienen rango constitucional en concordancia con los artículos 93 y 94 del llamado bloque de constitucionalidad. De esta manera, las leyes que se creen tienen que ser claras, precisas, para no generar indeterminación alguna que ponga en peligro la seguridad jurídica, sea que trate de describir las

conductas punibles o las consecuencias jurídicas imponibles, como lo consignan los artículos 28 y 34 de la C. Política. Además, en la creación de la norma penal, no sólo debe acogerse el principio de legalidad, entendida como tipicidad objetiva, sino que las conductas reputadas como punibles deben poseer relación directa con el bien jurídico tutelado.

- 2) El principio del **Derecho Penal de acto o de la exterioridad del acto**; esto es, objetividad material, consagrado en el artículo 29-2 de la Constitución; cuando reza que “ nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa...”; y en los artículos 9 de la Ley 16 de 1972 y 15 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos. Infiere que el el derecho penal solo puede castigar conductas humanas modalidades que expresamente utiliza el articulo 90 Inc 2 calificándola de dolosa o culposa

- 3) El principio **de la antijuridicidad**. En el texto constitucional ésta categoría debe partir desde el Preámbulo y el Títulos I y II, en donde se indican los valores fundamentales diseñados por la organización política y social denominada Estado Social de Derecho, cuyo fin es el de garantizar la efectividad de los derechos entre ellos los DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES. Ahora bien, en el evento en que una conducta humana produzca una afectación real o efectiva, o se ponga en peligro el bien jurídico que tutela, surge el **principio de lesividad**, de dañosidad social, de antijuridicidad material; el cual es un fundamento constitucional que se extrae de lo previsto en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución cuando expresa que las “autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades” (...) y en el artículo 16, en armonía con las consagraciones referentes al principio de la dignidad del ser humano, que consagra el principio del libre desarrollo de la personalidad al disponer que “todas las personas tiene derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”, lo cual se erige como principio nuclear para la elaboración de la teoría del bien jurídico, puesto que se constituye en una garantía a la autonomía personal verdadera fortificación a la arbitrariedad y el voluntarismo jurídico.

Como se observa, de la Antijuridicidad surgen dos principios: el de la protección y el de la vulneración: el primero, relacionado con proteger un bien jurídico, y el segundo con mencionar la afectación real y efectiva o puesta en peligro; antijuridicidad material, puesto que no basta la mera contradicción entre el comportamiento y el bien-norma o antijuridicidad formal, toda vez que debe existir la vulneración, bien sea por lesión o por peligro referible a la acción o la omisión; que son exigencias de carácter constitucional, en virtud de los artículos 2º, 86 y 228 de la Carta.

- 4) El principio de **Culpabilidad o de la responsabilidad subjetiva**, previsto en el artículo 6 y 29-3 de la C.P; el artículo 10-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contenidos en la Ley 74 de 1968, y 11-1 de la Ley 16 de 1972; parte del enunciado que no hay pena sin culpabilidad, por lo cual la sanción penal sólo debe fundarse en la seguridad de que la conducta puede ser reprochada. Ello quiere decir que, “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable” (...); y en el evento de ser condenado la aplicación de la pena consagrada en la ley debe hacerse de acuerdo con el grado de culpabilidad del sujeto.

Al respecto se ha referido la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando interpreta el postulado constitucional del artículo 29 de la siguiente manera:

“El principio de culpabilidad, derivado de artículo 29 de la Carta Política y que en nuestro ordenamiento tiene las siguientes consecuencias: (i) El Derecho penal de acto, por el cual “sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente. (ii) El principio según el cual no hay acción sin voluntad, que exige la configuración del elemento subjetivo del delito. De acuerdo al mismo, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción, sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. (iii) El grado de culpabilidad es uno de los criterios básicos de imposición de la pena es, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad.”³

³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 365 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Es así como, con la definición del carácter político del Estado como Social de Derecho y del postulado del respeto a la dignidad de la persona humana, el análisis hermenéutico constitucional del Derecho Penal supone la adopción del principio de culpabilidad, que se fundamenta en la voluntad del individuo que controla y domina el comportamiento externo que se le imputa, en virtud de lo cual sólo puede llamarse acto al hecho. (C-239 de 1997); estudio que debe trasladarse al escenario judicial para poder valorar la “exigibilidad de otra conducta” mediante un juicio de culpabilidad por el hecho realizado por el sujeto; el cual es un principio garantista fundamental que informa al Derecho Penal moderno.

- 5) **El principio de la punibilidad:** Para la formulación de la punibilidad, se debe partir de la consumación (lesión) o puesta en peligro (tentativa) y la relevancia del bien jurídico que se tutela, fundamentado en el test de razonabilidad que dimana del principio de igualdad constitucional (artículo 13), así como en el principio de proporcionalidad, de relación de medios y fines, con sus tres sub principios: **idoneidad, necesidad y proporcionalidad** en sentido estricto; para así poder establecer el mínimo y el máximo de la pena.

Al consagrar una pena, esta tiene su propia racionalidad o coherencia, debe obedecer a los sub principios de idoneidad, solo puede explicarse una medida a la luz de determinado fin si ésta en efecto contribuye a su consecución, pero no si resulta indiferente o incluso contraproducente al fin propuesto, el de la necesidad, se quiere poner dogal a la tendencia a emplear los medios más contundentes, mas invasivos, para alcanzar los objetivos legislativos de un modo pretendidamente más eficaz y finalmente, el de la proporcionalidad en sentido estricto, al exigir que la libertad que se protege con la intervención no resulte inferior a la que se sacrifica, representa una clara concreción del principio de utilidad.

La metodología utilizada para el estudio del Derecho Penal desde la perspectiva del Estado Constitucional de Derecho y la hermenéutica constitucional, dimana, de los principios y valores con el fin de proteger los derechos humanos o fundamentales considerados como los bienes jurídicos.

En este punto, es el momento para realizar una anotación en relación con el funcionalismo sistémico que parte de la teoría de los roles, de la desobjetivización del ser humano para convertirlo en portador de funciones asignadas en la sociedad, considerando de mayor trascendencia los **deberes normativos**, siendo entonces un razonamiento que puede dar lugar a estructurar un Derecho Penal disciplinario.

Expresamente, Gunther Jacobs opina “no cabe considerar que el núcleo de todos los delitos sea la lesión de un bien jurídico. Tal conclusión se ha modificado en el sentido de que el núcleo de todos los delitos sólo se hallaría en el incumplimiento de un deber”⁴. A su vez, cuando estudia las Instituciones Dogmáticas agrega “...ya no debería intentarse construir el delito tan solo en base a datos naturalistas-causalidad; por el contrario, es esencial que concorra el quebrantamiento de un rol. Por lo tanto, ya no basta la mera equiparación de delito y lesión de un bien jurídico”⁵

Frente a esta afirmación de la corriente funcionalista, la doctrina reacciona “dado que del ser no se deriva el deber ser, después de admitir que son posibles o legítimos los delitos sin bien jurídico o sea sin fin protectorio, para sustituirlo por el deber jurídico de modo que en el fondo el Derecho Penal de los funcionalistas no protege los bienes del ciudadano sino los intereses del Estado autoritario o paternalista en la obediencia de los ciudadanos. Esto resulta axiológicamente dudoso y constitucionalmente problemático, pues da lugar, entre otras cosas, a una antijuridicidad como pura anti normatividad subjetiva (contrariedad de la voluntad al mandato de la norma)”⁶.

Desde la perspectiva normativa y valoración Constitucional del artículo 2 sobre los fines del Estado, la existencia de delitos sin bien jurídico no resulta compatible la teoría funcionalista con los principios garantistas del Estado Social de Derecho.

⁴ GUNTHER JAKOS, Derecho penal-Parte General, Madrid, Edit. Marcial Pons, 1995, p. 53.

⁵ *Ibidem*.

⁶ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho penal liberal de hoy, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, p. 161 y 162.

CONCLUSIONES

En atención a las reflexiones realizadas, la legitimidad del Derecho Penal, está sustentada en la constitucionalización del Derecho Penal, porque, tanto en el ámbito sustantivo como en el procedimental, la Carta Política colombiana incorpora preceptos y enuncia valores y postulados particularmente en el campo de los derechos humanos y fundamentales, que inciden de manera significativa en el Derecho Penal y a la vez informa, orienta y determina su alcance.

De esta manera, es posible afirmar que la política criminal del Estado tiene un límite trascendental: no puede desconocer la dignidad de las personas. Entonces, en consonancia con lo anterior, el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, puesto que se deben respetar los derechos constitucionales de las personas, que se configuran en el fundamento y límite del poder punitivo del Estado.

Por consiguiente, si el modelo de Estado debe determinar una concepción de Derecho Penal, ésta ha de ofrecer el soporte de sus dos componentes básicos: la pena y el delito; de lo cual se desprende que el Estado, el Derecho penal, la pena y el delito se hallan en una estricta relación de dependencia.

Por lo anterior, NO es posible entender la culpabilidad como lo exigen las corrientes funcionalistas, como mera fidelidad al Derecho, pues tal idea tiene que girar en torno a la posibilidad de exigirle al individuo un actuar conforme a referentes normativos, acorde con unas exigencias sociales concretas que en todo caso, deben encontrarse plasmadas en la Constitución.

Asimismo, cabe resaltar que el fundamento del *ius puniendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. La conducta punible que se elabore de cara a la Carta Política vigente tiene que tener como necesario punto de partida **el concepto de bien jurídico**, por lo cual no tienen asidero constitucional las corrientes que colocan **la infracción al deber**, como lo han señalado autores como G. JAKOBS. Así, la teoría funcionalista resulta incompatible con los principios del Estado Social de Derecho.

Por último, y no menos relevante, resulta puntualizar que el concepto de Estado Social de Derecho obliga a un cambio de mentalidad en la interpretación de la normatividad punitiva, puesto que, de la Carta Política se derivan sus fuentes: en los principios, valores, reglas y postulados, se otorga legitimidad a la norma penal, cuya valoración debe dar lugar a las nuevas tendencias del Derecho Penal.

BIBLOGRAFÍA

ALEXI, ROBERT. Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional de Democrático, en: Neoconstitucionalismo (s) Madrid: Editorial Trotta, 2005.

ARROYO ZAPATERO, Luis. Programa Penal de la Constitución, Sentido y Contenidos del Sistema Penal en la Globalización, Ediciones Gustavo Ibáñez, 2000.

COTE-BARCO, Gustavo Emilio,, Contitucionalización del Derecho Penal y proporcionalidad de la Pena, Universitas, ucls. Bogotá, No 116:119-151,julio – diciembre de 2008

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho penal liberal de hoy, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

GUNTHER, Jakobs. Imputación objetiva en el Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia, 1998.

VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando; La Teoría del Hecho punible en el Derecho Colombiano. Texto Perspectivas Sentido y Contenidos del Sistema Penal en la Globalización, Memorias del Simposio Internacional, Santa Fe de Bogotá, 29,30,31 de marzo de 2000. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, pp. 325- 345.

JURISPRUDENCIA.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 239 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 365 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.