

## IUS PUNIENDI DESDE LA PERSPECTIVA DEL CONSTITUCIONALISMO.

### RAMIRO PINZON ASELA

El diseño de sociedad denominado ESTADO SOCIAL DE DERECHO, descansa sobre tres dimensiones: dignidad humana, solidaridad social y democracia participativa, en interés general; de donde surge la necesidad de llevar a cabo un profundo replanteamiento en el seno del discurso Jurídico -Penal, desde el ángulo de la Dogmática Jurídica, entendida como una metodología para explicar las conductas humanas consideradas punibles.

Debemos partir como la antítesis al absolutismo, generada en el siglo XVIII, por el movimiento de los Enciclopedistas, como Voltaire, Diderot, Rousseau, Beccaria, quienes con su pensamiento, conceptos y escritos, rechazaron la arbitrariedad y autoritarismo del Monarca, para emprender el movimiento de la Ilustración o iluminismo, fundamento para transformar una nueva sociedad, en el denominado Pensamiento Liberal, cuyos aportes fueron recogidos por la Revolución Francesa en el 1789, bajo los principios de legalidad, libertad, igualdad y fraternidad.

Beccaria en el libro Los Delitos y Las Penas, consigna dentro de los principios el de LEGALIDAD DEL DELITO Y LA PENA, fundamento de estudio del Derecho Penal como limitación a la arbitrariedad y autoritarismo del Monarca en los delitos de LESA MAJESTAD, originando con ello, el surgimiento del Derecho Penal, en las denominadas Escuela Clásica y Positiva en el siglo XIX, con Francesco Carrara, Enrico Ferri, Rafael Garofalo y César Lombroso: tomando como punto de partida el Principio de LEGALIDAD, consagrado en las Constituciones Políticas del llamado Estado de Derecho.

Por ello, surge la necesidad de realizar una reflexión en la actualidad, del IUS PUNIENDI entendido como la facultad de castigar, desde la perspectiva del Constitucionalismo, en el diseño de sociedad, ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

En la formulación del art. 1 de la Carta Política de 1991, se infiere necesariamente, que la ley penal solo puede describir y castigar comportamientos humanos, con lo cual la noción de CONDUCTA expresamente utilizada en el art. 90 inc. 2, se califica de dolosa o culposa como piedra angular de toda la Construcción del Hecho Punible, con lo que además se asume el principio del Acto del Hecho.

En efecto, un Estado “social” cuyo cometido es la configuración de la vida en colectividad, solo puede concebir comportamientos con relevancia general, para asegurar la protección de los bienes jurídicos en sentido general y abstracto garante de la convivencia social. De esta manera, la socialidad se erige en una de las categorías llamadas a integrar el concepto señalado. (Subrayado es Nuestro)

De la Organización Política, Democrática, Participativa y Pluralista del ordenamiento jurídico, se desprende; que la ley penal solo puede describir conductas externas,

dotado de racionalidad, guiado por una voluntad hacia una determinada finalidad, acorde con el manejo de su conocimiento causal.

De lo anterior se infiere un **concepto de conducta**: el contenido de la voluntad es su parte interna - finalidad, mientras la causalidad alude a la parte externa; un concepto que, por erigirse en torno a la idea de socialidad, tiene un innegable contenido material que ha de inspirar todas las categorías restantes de la conducta punible, fundamentado en el respeto a la dignidad humana como categoría esencial del Ordenamiento Jurídico, como lo son las leyes penales.(art. 5,12,16 C. Política).

Por ello, debe precisar conceptos: Poder Jurídico dimanado de la constitución, Ley Penal, Derecho Penal y Poder Punitivo. la Contención del Poder Punitivo por el Poder Jurídico, tiene como núcleo respetar la dignidad humana; los Derechos Humanos, con base en la formulación: todo ser humano es persona y debe ser respetado y tratado como tal. Por ende, la contención al poder punitivo por el poder jurídico se impone atendiendo un mandato de las normas máximas del derecho positivo.

El derecho penal, siguiendo al Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni es, un discurso que se ofrece a los juristas para regular el ejercicio de su poder jurídico, o sea, un proyecto técnico-político de funcionamiento del semáforo judicial de contención del tránsito del poder punitivo. Y Poder Punitivo que no es más que coerción directa administrativa, fuera de los esquemas reparador y administrativo de solución de conflictos, todo el resto del poder es punitivo.

En este orden de ideas, para desarrollar el objetivo de la reflexión, cual es la replantear la relación del derecho penal con el Constitucionalismo, en razón a que la contención del poder punitivo es el soporte necesario para la vigencia de la constitución, el derecho penal, se incorpora.

Por ende, la necesidad de proyectar un discurso jurídico-penal como función contenedora y de control a las actuaciones del ejercicio punitivo de las autoridades competentes.

## **MATERIALIZACIÓN DE LA IUS PUNIENDI.**

La materialización del Derecho Penal la podemos efectivizar desde la perspectiva de la **CONTENCION Y EL CONTROL**, bajo la luz de los siguientes principios:

### **1. PRINCIPIO DE LA CONTENCION DEL EJERCICIO DEL PODER PUNITIVO**

Como fundamento material en el ejercicio del IUS PUNIENDI o Poder Punitivo desde la perspectiva del Constitucionalismo o Poder Jurídico, imperan los principios a título de barrera que impiden el mismo dentro de los cauces de la arbitrariedad, consagrados en la Carta Fundamental, en las Leyes que incorporan la Normatividad Internacional en materia de Derechos Humanos.

## **A. PRINCIPIO DE LA INTERVENCIÓN JURIDICA – NECESIDAD**

Significa que la injerencia penal del Estado solo se justifica cuando es imprescindible para el mantenimiento de su Organización Política, dentro de los linderos propios de una concepción democrática, pues todo lo que vaya más allá, sea porque el Bien Jurídico puede ser tutelado por otro mecanismo menos gravoso o porque no requiera de protección alguna, lo encauza por la vía autoritaria y termina de manera inevitable en la supresión de los Fundamentos Democráticos del Estado. Esta intervención debe ser mínima, por lo cual la consecuencia jurídica impone una Pena o Medida de Seguridad; solo puede ser también la menor de las probables. De ello se infieren dos consecuencias diferentes: el carácter de última ratio, el carácter fragmentario.

## **B. PRINCIPIO DE LA HUMANIDAD**

Traduce el deber de preservar a toda costa no solo la autonomía ética del ser humano, lo cual impide la tutela del Estado sobre el ciudadano, sino la indemnidad personal, de tal manera que los medios utilizados por el legislador no atenten contra la dignidad; Referente Constitucional.

En el preámbulo de la Carta Política encontramos como Principios y Valores: asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo; en el art. 2 inc. 2, Garantizar la efectividad de los Principios, Derechos y Deberes consagrados en la Carta Política; art. 1,5,11,12 y 16 de la Constitución; 7,8 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles; Ley 74 del 68 y 4, 5,11 de la Ley 16 de 1972.

Por ello, entonces, están prohibidas las Sanciones Penales (penas y medidas de seguridad y los tratos crueles, inhumanos y degradantes art.12), la desaparición forzada; los apremios, las coacciones y las torturas, la pena de muerte art. 11, la prisión y arresto por deudas art. 28 inc. 3, las penas y medidas de seguridad imprescriptibles art. 28-3, las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación art. 34.

El valor de la persona humana, entonces, se erige en un límite fundamental al Poder Punitivo, gracias al cual se busca impedir que el Estado pisotee al ciudadano, perdiendo su legitimidad y poniéndole al mismo nivel de las delincuencias que busca erradicar.

## **C. PRINCIPIO DE LA LESIVIDAD O DAÑOSIDAD SOCIAL O EXCLUSIVA. PROTECCIÓN DE BIENES JURIDICOS**

La protección o tutela no es normativa sino fáctica, plano en el que con frecuencia la criminalización afecta más bienes jurídicos que los que pretende proteger o tutelar. El concepto de Bien Jurídico se introdujo para prohibir la punición de cualquier acción que no lo afecte, es decir, para

dar expresión dogmática al Principio de Ofensividad o de Lesividad. Lo único que en el plano normativo se puede verificar cada vez que hay un Injusto Penal, es la existencia de un Bien Jurídico afectado por lesión o por peligro, pero nadie puede saber si con eso se lo tutela o protege, cuestión que debe averiguarse en el plano de la realidad social.

Es importante precisar que el Bien Jurídico afectado por el delito en concreto no puede ser tutelado, porque siempre el poder punitivo llega cuando la víctima ya ha sufrido la lesión. Por ende, debería entenderse por bien jurídico, no el del sujeto pasivo del delito, sino un general y abstracto Bien Jurídico, No sería la vida del muerto, que ya no existe, sino la vida en general, lo que pasa ser un interés del Estado; por ello desde el preámbulo de la Constitución están los Principios y Valores a tutelar o proteger entre ellos el de la vida.

En consecuencia, la tutela jurídica es precisamente lo que hace de cualquier ente un Bien Jurídico y todos los bienes llegan al Derecho Penal siendo tales, ya tutelados por el Derecho.

El Derecho Penal es sancionador y no constitutivo, vale decir que recibe Bienes Jurídicos, pero nunca los crea. Aunque prescindamos de la Ley Penal, todos los bienes que debe afectar algún delito para ser tal ya están tutelados por alguna de las otras ramas del Derecho o por la propia Constitución.

Por esta razón cuantos más Bienes Jurídicos se pretendan tutelar penalmente, como sucede actualmente con la expansión del Poder Punitivo mal llamado Derecho Penal, en el propio plano normativo, se estará confesando la incapacidad del Orden Jurídico general para tutelar sus Bienes Jurídicos.

Este paradigma supone que no existe CONDUCTA PUNIBLE alguna sin amenaza real o lesión para el Bien Jurídico Tutelado, pues el cometido del Derecho Penal no es defender morales, éticas o políticas, ni patrocinar actividades concretas, ello es producto del pensamiento liberal ilustrado, art. 2 inciso 2 y 16.

En conclusión, del catálogo de Bienes Jurídicos que prevé la Constitución se infiere, que ellos pueden ser de naturaleza individual o universal – 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 todos los Derechos Fundamentales, sociales, económicos y culturales que sean dignos de Protección Penal, hasta llegar al medio ambiente, salubridad pública, recursos naturales. Art. 78 ss. etc.

#### **D. PRINCIPIO DEL ACTO, DEL HECHO O DE LA OBJETIVIDAD MATERIAL.**

Contemplado en el art. 29-2 cuando señala que nadie podrá ser juzgado sino conforme a Leyes preexistentes al acto que se le imputa y en los art. 9 de la Ley 16 de 1972 y 15 de la Ley 74 de 1968, de conformidad con los cuales solo se pueden castigar los actos y omisiones humanos; solo por lo realizado y no por lo pensado, necesita la exterioridad del acto.

Por otro lado, se deriva otra importante consecuencia: el fenómeno criminal no puede caracterizarse a partir del modo de ser de la persona, sus hábitos, temperamento, pensamiento o afectividad; esto es, se castiga por lo que se hace y no por lo que es.

#### **E. PRINCIPIO DE LA CULPABILIDAD O DEL SUJETO RESPONSABLE-DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA.**

La culpabilidad como teoría del sujeto responsable, cumple una función garantista, conforme a este principio, el autor no puede responder mas allá de su mundo interior que se ha plasmado en el hecho cometido, esto es solo de aquello que le puede ser atribuido por dolo o culpa. Es sobre ese hecho, doloso o culposo, del cual se hará responsable; los artículos 6 y 29; 10-1 Ley 74 de 1968 y 11-1 Ley 16 de 1972. Dicho axioma se enuncia: “No hay pena sin culpabilidad, pues, la sanción criminal solo debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede ser reprochado o exigido al autor; para erradicar la responsabilidad objetiva; la culpabilidad se fundamente en el hecho o acto cometido”. La culpabilidad no es como lo afirma la corriente funcionalista como mera “fidelidad al Derecho”.

#### **F. EI PRINCIPIO DE LA IGUALDAD**

El Operador Judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto: la culpabilidad y las consecuencias jurídicas de la conducta punible de las personas que se encuentre en las situaciones descritas en el inciso final del artículo 13.

“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan” Significa que asegura la igualdad ante la Ley en sentido material no formal, de acuerdo con el art. 13 CP.

## **2. PRINCIPIOS DEL CONTROL AL EJERCICIO DE LA IUS PUNIENDI.**

### **A. PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LOS DELITOS Y LAS PENAS.**

Aparecen en la Carta Política en el art. 29-2 y 230 inc.1; 15 de la Ley 74 del año 1968 y 9 de la Ley 16 del año 1972, que tienen rango constitucional por aprobación de los Tratados Internacionales del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; art. 93 y 94. Se busca controlar el Poder Punitivo del Estado, confinando su aplicación dentro de fronteras excluyentes de toda arbitrariedad y exceso por parte de los detentadores del poder, de tal manera que de la mano de la tradición liberal ilustrada, el ciudadano tenga la certeza, que solo es punible lo que está expresamente señalado en la Ley; el ciudadano tiene la posibilidad real de conocer con toda claridad tanto el contenido de esos actos como su fundamento.

### **B. PRINCIPIO DE LA TAXATIVIDAD o DETERMINACIÓN**

Permite la objetividad en el proceso de concreción judicial de los tipos descriptivos del conflicto y limita las clausulas generales; art. 34 y 28 inc. 3 y 29-2 de la Constitución lo mismo que el art. 9 de la ley 16 de 1972 y el 15 del Pacto de la Ley 74 de 1968. Este axioma es producto de la exigencia del mandato de certeza, emanada del principio nulla crimen sine lege, nulla poena sine lege.

### **C. PRINCIPIO DE LA TELEOLOGÍA DE LAS SANCIONES PENALES.**

Está claramente consignado en el art. 12 de la CP. cuando se prohíben las sanciones crueles, inhumanas, y degradantes, de donde se infiere que la Sanción Penal solo puede perseguir la rehabilitación y resocialización del condenado (prevención especial positiva), pues el Sistema Penal no requiere de penas severas sino efectivas para que el castigo sea realmente operante, de tal manera que el cometido humanista inspirador de las Disposiciones Constitucionales no termine convirtiéndose en terror punitivo.

### **D. OTROS**

Principios al debido proceso, exclusión, analogía, de la cosa juzgada, prohibición de la extra-actividad de la Ley Penal.

## **CONCLUSIONES.**

- 1) La necesidad de tener una formación en Principios y Valores del: Constitucionalismo, Diseño de Sociedad, Estado Social de Derecho.
- 2) Conocer los Tratados Internacionales que integran el Bloque de Constitucionalidad.
- 3) En la aplicación de la pena, tener claridad de la prueba de razonabilidad: razonabilidad, proporcionalidad y ponderación de derechos.
- 4) Aplicar un nuevo paradigma del Derecho Penal como el Discurso Jurídico de Contención a la arbitrariedad y autoritarismo del Poder Punitivo.
- 5) Finalmente, propiciar y hacer un Derecho Penal Humano, que tenga como partida la dignidad del ser humano y el principio consagrado por la Corte Interamericana de los derechos humanos “todo ser humano es persona.”.
- 6) En consecuencia, reafirmar la permanencia y vigencia de un Derecho Penal de Garantías.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

- 1- Velásquez Velásquez Fernando: La Teoría del Hecho Punible en el Derecho Colombiano, Perspectivas. Publicación Fiscalía General de la Nación Sentido y Contenidos del Sistema Penal en la Globalización, pág. 325.
- 2- Zaffaroni Eugenio Raúl. Derecho Penal Humano en el Siglo XXI, Edit. Ibáñez, año 2017.
- 3- Pérez Pinzon Álvaro Orlando; Introducción al Derecho Penal, Edit. Temis, Séptima edición, año 2009.
- 4- Bustos Ramírez Juan J y Hormazabal Malaree Hernan; Lecciones de derecho penal volumen 1, editorial Trotta, año 1997.

## **RAMIRO PINZÓN ASELA**

**Doctor Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Libre de Colombia.**

Especialización Filosofía Política Contemporánea, Universidad de Antioquia.

Especialización Instituciones Jurídico Penales, Universidad Nacional de Colombia.

Especialización Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomas Bucaramanga.

Docente de la Universidad Industrial de Santander, UIS, Escuela de Derecho y

Ciencias Políticas, Criminología y Política Criminal.