

Constitución Política: ¿Fuente y/o límite del Derecho Penal?*

Politic Constitution: Source and/or Limit of the Criminal Law?

Omar Huertas Díaz**

Islen Yahir Oviedo***

Luis Antonio Bayona Hernández****

Cómo citar este artículo: Huertas Díaz, O.; Oviedo, I. Y. y Bayona Hernández, L. A. (2020). Constitución Política: ¿Fuente y/o límite del Derecho Penal?. *Revista Verba Iuris*, 15 (43). pp. 175-190.

Fecha de Recepción: 5 de mayo de 2019 • Fecha de Aprobación: 6 de diciembre de 2019

- * El presente artículo es producto del proyecto de investigación “Constitución Política: ¿Fuente y/o límite del Derecho Penal?”. Dicho proyecto fue financiado entre los Grupos de Investigación “Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege UN” en su Observatorio de Femicidio, Semillero de Investigación Rafael Uribe Uribe Grupo de Investigación Red Humana UPTC.
- ** Doctor en Derecho, profesor asociado e Investigador Universidad Nacional de Colombia; magister en Derecho Penal, Universidad Libre; Magister en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica, Universidad de Alcalá y Magister en Educación Universidad Pedagógica Nacional. E-mail: ohuertasd@unal.edu.co. CvLac: http://scienti.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000656046 Número ORCID: 0000-0002-7490-2053
- *** Abogado, Magister en Derecho Penal, Doctorante en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, coinvestigador del Grupo de Investigación “Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege UN” de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor e Investigador. Universidad Nacional de Colombia, Universidad El Bosque y Universidad La Gran Colombia. E-mail: iyoviedo@unal.edu.co CvLac: http://scienti.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000818682 Número ORCID 0000-0002-4902-8149
- **** Abogado, Especialista en Derecho Penal y Maestrando en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomas, Magister en Derechos Humanos de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. E-mail: luisantonio.bayona@uptc.edu.co CvLac: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000118061 Número ORCID: 0000-0002-7490-2053

Reception Date: May 5, 2019 • Approval Date: December 6, 2019

- * This article is product of the research project “Political Constitution: Source and / or Limit of Criminal Law?”. This project was funded between the Research Groups “School of Criminal Law Nullum Crime Sine Lege UN” at its Femicide Observatory, Rafael Uribe Uribe Research Seedbed UPTC Human Network Research Group.
- ** PhD in Law, Associated Professor and Researcher Universidad Nacional de Colombia; Master in Criminal Law, Universidad Libre; Master in Human Rights, Rule of Law and Democracy in Latin America, Universidad de Alcalá and Master in Education Universidad Pedagógica Nacional. Electronic mail: ohuertasd@unal.edu.co. CvLac: http://scienti.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000656046 ORCID Number: 0000-0002-7490-2053
- *** Lawyer, Master in Criminal Law, PhD in Law from Universidad Nacional de Colombia, co-investigator of the Research Group “School of Criminal Law Nullum Crime Sine Lege UN” of Universidad Nacional de Colombia. Professor and researcher Universidad Nacional de Colombia, Universidad El Bosque and Universidad La Gran Colombia. Electronic mail: iyoviedo@unal.edu.co CvLac: http://scienti.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000818682 ORCID Number: 0000- 0002-4902-8149
- **** Lawyer, Specialist in Criminal Law and Master in Criminal Law of Universidad Santo Tomas, Master in Human Rights of Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Electronic mail: luisantonio.bayona@uptc.edu.co CvLac: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000118061 ORCID Number: 0000-0002-7490-2053

Resumen

En el presente artículo se examina la cuestión relativa al tratamiento de la Constitución Política —en tanto Carta de orientación normativa fundante del Estado moderno— como fuente y/o límite del Derecho Penal. En estricto rigor, se aborda el análisis del siempre vigente debate acerca de la relación entre el *Ius Puniendi*, en cabeza del poder estatal, y la Norma de Normas como elemento fundante —fuente— y/o como parámetro jurídico que impone un “techo” a la función punitiva del Estado. Se reflexiona en torno a la consideración de esta relación desde una visión externa del Derecho Penal, así como desde su visión interna basándose en las propuestas propias del garantismo penal, el Derecho Penal Mínimo y la principalística constitucional y penal. Se ofrecen algunas conclusiones que se han considerado “abiertas”, como quiera que el debate frente al pre comentado tema aún es profundo y, más allá de pretender cerrar el mismo, se exhorta a la reflexión académica a partir de lo aquí expuesto.

Palabras clave: Constitución, Derecho Penal, garantismo penal, Derecho Penal Constitucional.

Abstract

In this article, it is examined the question of the treatment of the Politic Constitution —Letter of normative orientation founding of the Modern State— as a source and/or limit of Criminal Law. Strictly speaking, the analysis of always ongoing debate about the relationship between the *Ius Puniendi*, headed by the State, and the Norms of Norms as founding element —source— and / or legal parameter that imposes a “ceiling” for the punitive function of the State. It ponders on the consideration of this relationship from an external view of criminal law, as well as from his inner vision based on the own proposals of penal guarantees, the criminal law and the constitutional principles. Some conclusions that have been considered “open”, because the debate about the commented issue is even deeper and beyond trying to close this same, is encouraged the academic reflection about what is exposed here.

Keywords: Constitution, Criminal Law, Criminal Guarantees, Constitutional Criminal Law.

Introducción

A continuación, se ofrece una exposición acerca de la consideración relativa al entendimiento de la Constitución Política Nacional como fuente y/o límite del Derecho Penal. Es oportuno señalar que, a través de estas páginas, se sostendrá la tesis según la cual la Carta Política —y, de entrada, decir la Carta jurídico-política— es, en definitiva, fuente y a la vez límite del Derecho Penal.

En este sentido, se procederá a explicitar los principales argumentos que sostienen esta tesis apelando a diversos autores y doctrinas, así como exhibiendo argumentos de consideración y diseño propio.

Así, pues, obsérvese que es completa e íntegramente adecuado considerar a la Constitución como fuente y límite del Derecho Penal a partir de los siguientes sustentos:

Desde la Óptica Externa del Derecho Penal: Una visión integradora

En primer término, vale la pena señalar y agrupar cierta serie de aseveraciones y fundamentos desde lo que en estas páginas se le ha de denominar “*la óptica externa al Derecho Penal*” esto es, desde todo el restante mundo jurídico que se puede apreciar en los Estados modernos aparte del Derecho Penal *stricto sensu* o en

estricto sentido (Huertas, Leyva, Lugo, Perdomo, Silvero, 2016).

Desde esta perspectiva, es preciso mencionar que se debe partir de la consideración del *Ius Puniendi* como una facultad en cabeza de una organización estatal –o, predominantemente estatal dado que a lo largo de la historia puede haber otras manifestaciones organizativas– en virtud de la cual se deja en ésta la potestad de castigar las conductas consideradas como delictivas. Evidentemente, la situación definitoria de este concepto es mucho mayor a lo que en los anteriores renglones se ha traído a colación. No obstante, lo que aquí interesa es precisamente acotar una aproximación a tal punto para poder seguir adelante con el debate que convoca este escrito.

Así, este *Ius Puniendi* tiene o encuentra su esplendor en el Derecho Penal. No obstante, es de apuntar que éste se halla circunscrito a una multiplicidad de actores y elementos jurídicos que bien puede enmarcarse dentro de una lógica sancionatoria general.

En este orden, el Derecho Disciplinario, incluso, puede contemplarse dentro de una gran rama del Derecho –más allá de una pretensión de clasificación– cual puede ser el Derecho Sancionatorio. Ahora bien, el Derecho Penal junto a este Disciplinario y, en cierta forma, todo aquello que bien insta a pensar en una lógica sancionatoria está circunscrito a esta gran rama del Derecho. Sin embargo, esta rama no es unívoca, independiente ni plenamente autónoma. Por el contrario, se trata exactamente de una rama o área más del inmenso mundo jurídico que, en palabras de Boaventura de Santos Soussa (2010), corresponde a un campo social.

De hecho, esta visión de “campo social” es precisamente una que se puede adoptar dentro de la perspectiva aquí planteada, siendo de importancia colosal señalar que el Derecho Penal es un campo dentro de ese vasto campo jurídico. De esta manera, ese Derecho Penal no puede, ni es, ajeno

a la situación y dinámica propias de otras áreas del Derecho, de otros campos. Analícese cómo esta situación puede tener su respectiva sustentación partiendo de la dinámica relacional con otras áreas del Derecho en clave de escudriñar a la constitución como fuente y límite del Derecho Penal:

La Constitución como Fuente del Derecho Penal

El campo eminentemente constitucional no puede estar gobernando o rigiendo solo asuntos de resorte exclusivamente contenido en el texto normativo de la Carta Política. Aunque, por supuesto, si así fuera solamente, estaría el mundo del Derecho abocado a reconocer que la Constitución está llamada a regular todo el ordenamiento jurídico como quiera que en ésta se consigna múltiples consideraciones sobre diversas áreas del Derecho (Familia, Civil, Agrario, etc.).

Deviene en fuente del Derecho Penal la Constitución Política como quiera que es de allí desde donde emana el contenido y sustrato mismo que da fundamento a cualquier proceder normativo –y práctico– en la ciencia jurídico-penal. Del mismo modo que la configuración de la familia a partir del artículo 42 Superior, en el ordenamiento jurídico colombiano vigente, puede constituirse como un referente claro y directo de la necesidad de reconocer un Derecho de Familia Constitucional sobre bases como la Dignidad Humana, el respeto a la diferencia, la solidaridad y la igualdad, las diversas consagraciones normativas acerca de los fundamentales derechos a la libertad, al debido proceso, Dignidad Humana, etc., son el fundamento mismo del Derecho Penal.

Huelga decir que la situación que se presenta y que se desea colocar en relieve en estas páginas es la de ver en la Constitución una fuente de la que emana el Derecho Penal para la elaboración de sus fundamentos y sus postulados.

De hecho, baste con mencionar que el Derecho Penal, por así decirlo, trabaja con el derecho

fundamental a la libertad y que, en la medida en que éste importante derecho está regulado en la normativa constitucional con un carácter de “fundamental”, de primerísimo orden y considerado por el ordenamiento internacional como “humano”, no puede haber la menor duda de la realidad de la fuente constitucional de la que bebe el Derecho Penal. Así, obsérvese cuando se afirma por parte de Landa:

Cuando la Constitución se legitima como norma jurídica suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos. En efecto, «[...] a través de [las] múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden», principio que ahora se entiende como manifestación del principio jurídico de supremacía constitucional (Landa, 2005, p. 79).

Igualmente, es de destacar que el Derecho Penal encuentra su fuente en la Constitución y, de hecho, no solo en ésta sino en todo lo que se ha denominado el “Derecho Constitucional” en tanto no solo es el texto normativo superior el que comporta todo el amplio campo jurídico-político del ámbito constitucional.

Desde el Poder Constituyente

Es allí donde se encuentra el contenido mismo del mandato general y fundacional del Estado. Es, entonces, la organización estatal la que recibe su fundamento, incluso desde la óptica contractualista, en la libertad de los asociados. Siendo de esta manera, el Derecho Penal no puede remontar su fundamento, su asiento, su fuente al Derecho Constitucional como quiera que el mismo reporta el derrotero que el seno del constituyente primario se ha dado en formular.

De hecho, la fórmula jurídico-política en la que se denomina o configura un Estado es, precisa y

exactamente, la que determina el fundamento al que se viene haciendo alusión puesto que no es otro el nivel normativo que pueda encontrarse de mayor o mejor valor y rango que éste. Incluso, es posible considerar esta opción en tanto todas las cuestiones sometidas a la luz de un ordenamiento jurídico solo pueden hallar en su máxima expresión su fuente misma.

Desde la distinción fundamental y fundacional

A partir de las definiciones de cada uno de estos términos es posible apuntar que ambos son aplicables a la lógica que se viene defendiendo y que, máxime, encuentran juntos su pleno desarrollo en la consideración de la Constitución como fuente y límite del Derecho Penal. En esta ocasión, se defiende como fuente y, más adelante, en los términos de límite. Así, apréciense el concepto clásico de fundamental: “1. Adj. Que sirve de fundamento o es lo principal en algo” (Real Academia de la Lengua Española. 2011).

Ahora bien, obsérvese el concepto clásico relativo al término “fundacional” y que dará luces sobre cómo abordar el punto aquí acotado: “1. Adj. Perteneciente o relativo a la fundación (Ibid.).

A partir de estas definiciones que trae el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es posible dilucidar el punto de la fuente constitucional para el Derecho Penal. En estricto sentido, se trata de considerar a la Constitución como fundamento del Derecho Penal toda vez que se tiene una razón primaria de ser.

Esto es, que el mundo jurídico-penal encuentra su parte principal, su fundamento, en el Derecho Constitucional puesto que es allí donde se consagra el principal derecho que aborda lo penal: La libertad.

Incluso, no solo se puede apreciar la libertad como derecho humano fundamental de rango constitucional que versa sobre el Derecho Penal

sino también aquellos que a título de Bienes Jurídicos encuentran su razón de ser y su aparición al mundo jurídico en el texto Superior.

En esta lógica, es preciso decir que de la mano de, que no se puede considerar al Derecho Penal sin un fundamento en la dinámica constitucional puesto que es ésta la que configura la fundamentación de todo el ordenamiento jurídico quedando a ella sometidas todas las áreas del Derecho como el civil, el administrativo, el familiar, el penal, etc. No se puede, pues, desconocer el gran valor que tiene la consagración propia y directa de las diversas áreas del Derecho de sus contenidos, pero jamás se puede tampoco ignorar que el Derecho Penal no tiene contenidos diversos u opuestos a lo que su superior jurídico le destina.

Ahora bien, desde la cuestión relativa a lo fundacional, es preciso decir que el Estado se configura solo a partir del poder constituyente como ya se apreció y que, así mismo, el Derecho Penal se constituye a partir de aquello que le da su fundación. En este orden, el elemento fundacional en el Derecho Penal termina siendo el mismo ordenamiento constitucional. Así, al tener la libertad, la dignidad humana, la solidaridad, la igualdad, el pluralismo entre otros principios y derechos la labor de servir como máximas fundacionales del Estado, éstos deberán pues ser considerados también fundacionales del Derecho y, en este caso, del Derecho Penal.

Desde este punto, se aprecia que la Constitución Política Nacional en la que se vierte el contenido jurídico-político de un país es la máxima norma de un ordenamiento de Derecho. Así, la Constitución ha de estar con rango de primordial, o de primacía, sobre el restante componente del campo jurídico referido, es decir, en todas las otras esferas. Esto, evidentemente abarca al Derecho Penal. Así, obsérvese lo que apunta Landa al decir:

En ese sentido, también, [...] *el Estado constitucional de Derecho eleva la Constitución desde el plano programático al mundo de*

las normas jurídicas vinculatorias y, por consiguiente, no sólo acoge el principio de la primacía de la ley in suo ordine sino que lo complementa con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y, por tanto, sobre el ordenamiento jurídico con la consiguiente anulación en la medida en que en su conjunto o en algunos de sus preceptos no se adecue a la norma constitucional (Landa, 2005, p. 76).

Desde la Fuente Constitucional como carácter básico del Derecho Penal

Al respecto, es preciso aclarar que no se puede confundir esta fuente material del Derecho Penal en tanto discusión acerca de los fundamentos de aquel con lo que puede considerarse una “dictadura” del precedente que imposibilita y anula las demandas de cambio y democracia en el contenido del Derecho Penal. Para ilustrar el punto, obsérvese lo planteado por Fernando Velásquez Velásquez que la jurisprudencia también puede fungir como fuente del Derecho Penal. Así, obsérvese:

Por eso, en tratándose de las fuentes del Derecho Penal objetivo (ius poenale) el proceso legislativo penal es su fuente formal, directa e inmediata, y no a través de cualquier ley penal sino de una estatutaria [cfr. art. 152 lit. a) de la Const. Pol.]; no es pensable, entonces, que la costumbre, la jurisprudencia o la doctrina ocupen ese lugar, aunque sí son, por supuesto, fuentes materiales de primer orden (Velásquez, 2013, p. 35).

Evidentemente, se alude aquí a una concepción de fuente como materia prima del Derecho penal y como raíz de la cual emana o emerge. En estricto sentido, se trata de un carácter, de una forma, de una serie de lineamientos. Si bien, como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia al decir que la Constitución Nacional no se inscribe en ninguna doctrina o escuela en parti-

cular, si puede afirmarse el carácter prevalecedor de la libertad, de la dignidad humana, el respeto a la diferencia, el pluralismo y la solidaridad como pilares básicos del Estado y, por consiguiente, según el derrotero argumentativo anteriormente formulado, pilar y carácter básicos del Derecho Penal.

La Constitución como *Límite* del Derecho Penal

Al respecto, es preciso decir que el Derecho Penal cuenta con unos límites que, en últimas, son el resultado necesario e ineludible de la protección debida al ciudadano frente al poder estatal. En este sentido, el ejercicio del *Ius Puniendi* supone una suerte de despliegue de poder político y jurídico que puede avocarse en una inexorable dictadura si el poder punitivo estatal no encuentra límite en alguna parte.

Igualmente, apréciase lo que describe Soler cuando alude a la necesidad de un límite del Derecho Penal con apego constitucional como quiera que alerta sobre la posible y probable dictadura punitiva que puede llevarse a cabo tras la negación del Derecho Constitucional como fuente y garantía penal.

Destruído el carácter normativo del derecho, para afirmar como tal solamente el acto concretamente cumplido por el órgano jurídico, es indudable que hemos ido a parar a una tesis autoritaria, en la cual el hecho consumado se identifica con el hecho debido (p. 235).

¿Cuál puede ser ese límite que coloque al *Ius Puniendi* con un techo que no permita la violación de los más elementales bienes del ser humano? ¿Cuál puede ser la normatividad que demande y contenga tales límites al ejercicio indiscriminado del poder de punir? ¿En dónde ha de encontrarse tales límites? No puede ser otro el lugar de su residencia sino el Derecho Constitucional, en estricto sentido, la Constitución.

En tanto límite del Derecho Penal, la Constitución Política Nacional debe servir como una garantía macro en términos de la posibilidad del ejercicio del *Ius Puniendi* y como barrera protectora del ser humano frente al poder estatal. En suma, es una garantía del ciudadano frente al Estado.

Al respecto, es importante destacar que la conculcación de derechos que supone la misma aplicación del Derecho Penal en todo su esplendor es una de aquellas que, sin lugar a dudas, puede ser catalogada como de las más altamente invasivas, limitativas y restrictivas de los derechos fundamentales protegidos, naturalmente, por el texto constitucional. Es este, por colocar un claro y notorio ejemplo, uno de los vértices más fehacientemente ilustrativos de la gran relación existente entre el Derecho Penal –clásico, tradicional y aquel que se aplica normalmente– y el Derecho Constitucional (González, 2014).

De hecho, no solo es un vértice que ejemplifica diamantinamente esta relación intrínseca, si se quiere llamarla así, sino que, adicionalmente, supone todo un entramado de situaciones reales, palpables, vividas por los diferentes ciudadanos destinatarios en un momento determinado de las sanciones establecidas en el Derecho Penal. Más aún, es un escenario preciso y propicio en virtud del cual es, del todo, necesario analizar una evidente muestra de aplicación concreta del Derecho Penal-Constitucional que, ya sea aplicado de una forma u otra, en estricto rigor comporta una experiencia viva de aplicación de esas normas en la persona misma de un ciudadano concreto, individualizado, específico y determinado. Esto es, en suma, la conculcación de derechos fundamentales que reporta e implica la aplicación concreta y directa del Derecho Penal en un ciudadano individualmente considerado es, ate todo, una muestra clara y evidente de la intrínseca relación que aquel tiene con el Derecho Constitucional que, lejos de algunas otras ramas del Derecho, está contante y frecuentemente impactando en uno de los derechos más

importantes –y humanos, de hecho- de toda persona: La libertad. Esto, consecucionalmente, lleva a pensar la Constitución Política Nacional como una ineludible y necesaria base limitativa del Derecho Penal.

Así las cosas, es imperativo traer a colación sobre este punto a Ignacio Muñagorri Lagua cuando afirma categóricamente que todo el entramado de la privación de la libertad, propia del Derecho Penal, contiene en su germen más profundo no solo una notoria violación a los derechos fundamentales, en tanto limitación de los mismos por razones obvias de afectación a la libertad –incluso solo la de locomoción, aunque atadas a ésta vengan otras– sino también unos claros vicios de aplicación que, en muchos regímenes, termina siendo paralela a la aplicación de mecanismos propios de la tortura y demás tratos inhumanos, crueles y/o degradantes frente a la persona humana. Frente a ello, obsérvese lo planteado por el pre mencionado autor cuando indica de manera sumamente descriptiva:

Por lo que se ha expuesto, las diversas manifestaciones de degradación de la libertad, la iniciativa policial, el automatismo de las decisiones negativas para los derechos del privado de libertad, tanto por la policía como por los órganos judiciales, la perversión del procedimiento transformado en momento de castigo, la incomunicación prolongada, la subjetivización, en razón de un derecho penal de autor, inquisitorial de las privaciones de derecho, la puesta en práctica de un espacio-tiempo de privación especialmente autoritario, el protagonismo instrumentalizador del castigo carcelario, la instrumentalización del privado de derechos para atender problemas de gobernabilidad política y servir al espectáculo de la política institucional, caracterizan un procedimiento inquisitorial en el que no sólo o no tanto se persiguen actos dañosos al sistema sino que se pone en discusión la propia trama lógica de la ley, su "constitución política y cultural",

ha señalado Cacciari. Todo esto puede ir unido a las más variadas garantías formales, pero queda el hecho de que la cultura jurídica, iusta propia principia, no parece poder resolver estas contradicciones. En su tejido se enredan estos remolinos que periódicamente amenazan con trastornar totalmente su estructura. Lo irrefutable es que el proceso llega a reflejar simbólicamente lo irrefutable del sistema que defiende. En estos contextos, la tortura está 'naturalmente' al acecho (Cacciari, 1982, 167) (Muñagorri, 2007, p. 79).

Con esta descripción extremadamente dicente del fenómeno del debate entre el Derecho Penal y la Constitución como norma de normas, esta vez en el contexto español, claro resulta que esa diamantina relación que se quiere aquí esbozar redundante en concretamente detallada en la vida práctica y común de un ciudadano que se ve sometido como destinatario de la ley penal en términos de la aplicación de sus institutos más relevantes como la privación de la libertad con lo cual, ineludiblemente, se coadyuva a la tesis según la cual el mundo del Derecho Constitucional debe, como requerimiento y presupuesto fundamental, ser considerado un evidente, fuerte, marcado y profundo límite a la acción del Derecho Penal en búsqueda, esta vez, de la vigencia, observancia, garantía, promoción y aplicación concreta de los derechos fundamentales de todo ser humano. Al respecto, y para mayor información sobre el documento analizado en esta parte, profundiza el autor:

En el ámbito de la investigación se analiza la normativa y la práctica de su aplicación relativa a diversos supuestos de privación de libertad: la detención preventiva, con especial atención en la detención prolongada en el tiempo y en régimen de incomunicación en la que se suprimen derechos de la persona detenida; la privación de libertad de corta duración como la "diligencia de identificación", que al no considerarse detenciones carecen de las garantías formales que acom-

pañan en principio a la detención; la llamada "prisión provisional" o prisión sin condena, que puede ejecutarse durante varios días en régimen de incomunicación y que contiene, entre los motivos que normativamente la justifican, funciones preventivas, especiales y generales, propias de la pena. De igual forma también se hace una valoración de la reclusión de menores como medida cautelar (p. 74).

Ahora bien, en este sentido, obsérvese lo que apuntan diversos autores al respecto y que, en síntesis, constituye lo que configura el derrotero argumentativo en favor de la consideración del límite constitucional al poder del Derecho Penal.

Desde Ferrajoli y su apuesta por un Derecho Penal Mínimo

Al respecto, es preciso decir que Ferrajoli hace una propuesta en el marco de un Derecho Penal que se configure en la *última ratio*, como un esfuerzo por considerar la mayor cantidad de garantías y libertades posibles para el ser humano y su restricción sea totalmente extraordinaria y mínima, así como cubierta de todo un andamiaje de garantías constitucionales.

Así, este autor formula una recurrencia al Derecho Penal enmarcada dentro de la lógica del respeto a las libertades y los derechos fundamentales. Del mismo modo, Ferrajoli afirma que lo que caracteriza al Derecho Penal mínimo y garantista es la lógica subyacente de la sujeción del Derecho al Derecho. Esto es, el Derecho sobre bases de su propia legalidad, de su sujeción interna y, ante todo, del imperativo según el cual el Derecho Penal también está circunscrito y sujeto a otra rama del Derecho: El constitucional. Así, obsérvese:

El paradigma del Estado constitucional de derecho —o sea, el modelo garantista— no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones

de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la «racionalidad formal» y la «racionalidad material» weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía Kelsen, únicamente de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una «racionalidad formal»; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una «racionalidad material» orientada a fines, como lo sería la propia del moderno Estado social" (Ferrajoli, 1999, p. 25).

Y agrega junto a este paradigma del Estado que ha denominado *Constitucional de Derecho* una cuestión de importante resorte: Los derechos fundamentales. Obsérvese:

Todos los derechos fundamentales —no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones— equivalen a vínculos sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho (p. 27).

Igualmente, es de destacar que el modelo garantista de Ferrajoli se encuentra encabezado por una fuerte carga de privilegio al Derecho sustancial en favor del respeto y primacía de las garantías fundamentales en todo el ordenamiento jurídico. Frente a este modelo garantista que descansa sobre el *ser* y el *deber ser*, señala:

Gracias a esta doble artificialidad —de su «ser» y de su «deber ser»— la legalidad posi-

tiva o formal en el Estado constitucional de derecho ha cambiado de naturaleza: no es sólo condicionante, sino que ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales. Podemos llamar «modelo» o «sistema garantista», por oposición al paleopositivista, a este sistema de legalidad, al que esa doble artificialidad le confiere un papel de garantía en relación con el derecho ilegítimo. Gracias a él, el derecho contemporáneo no programa solamente sus formas de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa (este) además de sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica (p. 20).

Añadido a lo anteriormente apuntado, refuerza esta idea el autor base de este segmento, Ferrajoli (2010), al decantar claramente tres de sus grandes premisas constitutivas de su apuesta teórica del garantismo penal o la aplicación de un Derecho Penal mínimo. Al respecto, es importante destacar de la mano del mismo Ferrajoli, cómo este autor hace especial énfasis en lo relacionado con la dinámica binominal Estado-ciudadano. Esto es, en la relación *Ius Puniendi*-persona humana, para culminar apuntando aún más en la tesis del Derecho Constitucional como límite del Derecho Penal. Así, es preciso señalar la primera de esas tres premisas pre aludidas:

En efecto, es sobre la base del derecho penal que se manifiestan y se definen, de la manera más transparente y dramática, las relaciones entre el Estado y el ciudadano, entre la autoridad y la libertad, entre la defensa social y las garantías individuales. Y es a partir del paradigma penal que los límites legales impuestos a través de las garantías penales y procesales al sistema de los poderes públicos manifiestan todo su valor garantista, más allá del ámbito de la legislación y de la jurisdic-

ción penal. Son sus corolarios no sólo la garantía de la prueba –es decir, de la imparcial y correcta comprobación de aquello que está exactamente preestablecido en la ley como delito (de la carga de la prueba que corresponde a la parte acusadora y al derecho de defensa)– sino también la estructura normativa interna del estado de derecho: el papel del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho válido y existente con base en la conformidad a la norma y a su formación; la identificación entre validez y positividad de las normas; el primado de la ley como fuente de legitimación de cualquier acto jurídico preceptivo y, por tanto, la separación de poderes y la independencia del poder judicial como poder anclado a la rígida aplicación de la ley (p. 210).

En este sentido, se puede apreciar un fuerte argumento en favor de la Constitución como paradigma del garantismo penal. Esa lógica del garantismo supone una utilización del Derecho Penal de forma mínima encontrando en el Derecho Constitucional su límite. Así, este techo o límite del Derecho Penal se da en términos de esa idea central de primar la garantía y el derecho fundamental a la libertad. De hecho, el mismo autor en comentario indica esta relevante relación cuando afirma la segunda tesis que funge como premisa de sus postulados garantistas (Quiroz, 2014). Así, pues, es menester traer a colación directamente sus palabras cuando señala categóricamente:

En segundo lugar, la reflexión sobre las garantías penales y procesales presenta una extraordinaria fecundidad de cara a la elaboración de la teoría del estado constitucional de derecho y de la democracia constitucional. El paradigma garantista elaborado a partir de tal teoría ha revelado, con el desarrollo del constitucionalismo democrático posterior a la segunda guerra mundial, una capacidad expansiva en múltiples direcciones: la garantía no sólo de los viejos derechos de libertad sino también de los derechos sociales constitucionalmente esta-

blecidos; los sistemas de límites y de vínculos impuestos no sólo a los poderes políticos públicos, sino también a los poderes económicos privados; los modelos normativos de funcionamiento de los poderes para garantizar los derechos fundamentales no sólo en el plano de los ordenamientos estatales internos, sino también del ordenamiento internacional. En esta versión ampliada, el garantismo viene a configurarse como la otra cara del constitucionalismo, dado que de él depende su efectividad: todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos requieren leyes de actuación que introduzcan las garantías relativas, es decir, las prohibiciones y las obligaciones a ellos correspondientes. Así, la democracia constitucional, en sus varias dimensiones y niveles, viene a configurarse como una construcción jurídica del todo compuesta de garantías y de instituciones de garantía (p. 210).

Igualmente, se aprecian otras garantías y derechos fundamentales que son el punto o vértice relacional entre el Derecho Penal y el Derecho Constitucional como se puede apreciar a partir de la lógica de otro autor del garantismo penal como Zaffaroni y con el cual se puede establecer cierta convergencia con Ferrajoli no solo en su unidad temática, por llamarlo así, sino por lo que este último denomina su propia tercera premisa que fundamenta definitivamente su apuesta por el garantismo penal. Obsérvese:

En tercer lugar, el estudio del garantismo penal sirve para mover a la reflexión filosófico-jurídica para cuestionarse sobre el papel de derecho en general y sobre aquello que relaciona al derecho con la democracia. La pregunta sobre cómo puede articularse la teoría del garantismo penal –sobre el “si”, el “por qué”, el “cuándo” y el “cómo” de la intervención penal– puede extenderse a toda la fenomenología jurídica y fundamentar una filosofía política del derecho y de las instituciones públicas como “instrumentos” de tutela de los derechos fundamentales y de la

paz: el derecho penal como instrumento de minimización de la violencia en la sociedad (no sólo de la violencia de los delitos, sino también de la violencia de las penas); leyes del más débil e instrumento de garantía de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, a todo el sistema jurídico de los ordenamientos dotados de constituciones democráticas rígidas. Al mismo tiempo, el análisis y la crítica de las divergencias que se suscitan en el derecho penal entre validez y efectividad, entre el deber ser y el ser de las intervenciones punitivas, entre los modelos normativos y las prácticas efectivas, son susceptibles de ser ampliadas a toda la fenomenología del derecho, confirmando a la ciencia jurídica –como alternativa al tradicional método técnico-jurídico y a la estéril oposición entre enfoque normativista y enfoque realista– un papel crítico y proyectivo de la (ilegitimidad de la) realidad efectiva y del funcionamiento concreto de los sistemas jurídicos a la luz de su contraste con los modelos normativos y garantistas diseñados de las constituciones (p. 211).

Desde Zaffaroni y el garantismo penal

Un argumento fundamental en la sustentación de la Constitución como límite del Derecho Penal –aun cuando en ese punto aquí se plantea que también es fuente- es la apuesta de Zaffaroni.

El autor promueve la utilización del Derecho Penal, en similar sentido que lo hace Ferrajoli, al describir que las conductas que en él deben estar prohibidas debe gozar de una clara y notoria taxatividad y riguroso examen en favor de la menor vulneración posible a la libertad.

En este sentido, afirma Zaffaroni que debe precisarse un momento de prescripción de las conductas punibles y otro de aplicación de esa ley de carácter penal. No obstante, y para los efectos del presente escrito, es de destacar que menciona la imperiosa necesidad de sujetar ambos momentos a una perspectiva respetuosa

de la libertad y garante de los Derechos Fundamentales y Humanos.

Al respecto, es importante destacar el texto del profesor Medina Cuenca (2007) que, precisamente, trae a colación al autor en comentario y que, a la postre, deviene en radicalmente convergente con los efectos del presente escrito. Es más, en el mismo, Zaffaroni aborda la cuestión propia de los principios básicos y fundamentales que sustentan una natural y necesaria limitación al *Ius Puniendi*, como lo indica Medina. Así, obsérvese:

La presencia de un bien jurídico merecedor de tutela penal constituye un presupuesto para legitimar la facultad del Estado de instituir delitos y penas, pero en consecuencia con el principio de subsidiariedad, se exige además que la intervención del derecho penal resulte necesaria, que se hayan agotado todas las posibilidades de buscar otras soluciones menos lesivas. “Se habla así del principio de intervención mínima, que debe entenderse en un doble sentido: se ha de castigar tan sólo aquellos hechos que necesiten ser penados, y para la sanción de tales hechos se deben preferir penas que, sin dejar de ser adecuadas y eficaces, resulten menos onerosas (p. 92).

Y puntualmente, Zaffaroni es claro en decantar uno de los principios fundamentales de su teoría en términos de asegurar la intervención que el Derecho Penal debe tener a la luz de los acontecimientos propios de la sociedad donde se aplique siendo y resultando siempre tal intervención sumamente mínima y reducida a lo que real y notoriamente afecta el núcleo central del bien jurídicamente tutelado (Humbarita, 2015) Así, pues, obsérvese:

La aplicación consecuente del principio de intervención mínima, como tendencia general ha de conducir a la reducción del sistema penal, lo que no significa que en determinadas circunstancias en que aparezcan nuevas áreas que requieran de la

intervención punitiva del Estado no se tipifiquen otras figuras delictivas o se agraven las penas previstas para determinados delitos, como ocurrió en España con la introducción de elementos de los denominados delitos informáticos¹⁶ y en Cuba con la agravación de las sanciones para los delitos relacionados con el tráfico de drogas. “De lo que se trata, en definitiva, es de garantizar la legitimidad y eficacia de la intervención punitiva, o lo que es lo mismo, que ésta se lleve a cabo cuando sea absolutamente necesaria para la protección de los ciudadanos (p. 93).

Otro argumento en favor de la consideración del Derecho Constitucional como una clara y notoria limitación al Derecho Penal es el principio de proporcionalidad de las penas, como también lo decanta Medina Cuenca, en desarrollo de estos postulados garantistas de Zaffaroni. Al respecto, nótese:

La exigencia del principio de proporcionalidad tiene entre sus antecedentes lo proclamado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, donde se señala que la ley no debe establecer más penas que las estrictamente necesarias y que éstas deben ser proporcionales al delito. En la obra cumbre de Beccaria²⁴ encontramos entre otras concepciones en relación con la proporcionalidad de las penas, la de que debe haber una proporción entre los delitos y las penas, y al respecto precisa que si se destina una pena igual a dos delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un obstáculo más fuerte para cometer el mayor cuando éste les acarree mayores ventajas; y concluye afirmando que uno de los mayores frenos del delito no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad. De las concepciones de Beccaria sobre la proporcionalidad, se aprecian dos vertientes: que la pena ha de ser necesaria, que se materializa en la idea de que la pena no ha de ir más allá de lo que es necesario para cumplir un fin, y, por otra

parte, la pena ha de ser infalible, 25 referida a la necesidad de que en la fase de ejecución hay que garantizar su cumplimiento efectivo (p. 96).

En este sentido, arguye el autor –y de la mano de Zaffaroni– que la fundamentación última del principio de proporcionalidad de las penas debe ser, dada la importancia anteriormente señalada, un principio de profunda raíz constitucional. Tal como en su texto lo explica sobre la Constitución española, es propicio señalar que ese principio en todo ordenamiento jurídico constitucional debe estar presente como un límite al Derecho penal en su expresión ya sea normativa, jurisdiccional o de cualquier otra índole. Sobre esa dimensión de aplicación del principio en mención, señala el autor que debe fundarse el mismo en la equiparación con el delito y, además, con la relevancia o trascendencia social del hecho, lo cual debe estar recogido en la Constitución Política. Así, apunta Medina Cuenca:

El principio de proporcionalidad de las penas exige, por una parte, que la pena sea proporcional al delito, y por la otra, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca con base en la importancia social del hecho, teniendo en cuenta su trascendencia para la propia sociedad que se pretende proteger con la norma (p. 97).

A título de ejemplo constitucional, el autor señala la consagración de este principio en el ordenamiento constitucional español más allá de su consagración puramente escrita en tal texto, lo cual no riñe con su vigencia constitucional. Al respecto, señala:

En la Constitución española, si bien no aparece de forma explícita reflejado el principio de proporcionalidad, mayoritariamente la doctrina le confiere rango constitucional sobre la base de lo regulado en los artículos 1.1, que proclama como valores superiores del ordenamiento jurídico español la libertad, la justicia y la igualdad; el 15, que proscribía la tortura y las penas inhumanas o

degradantes; 29 el 17.2, que precisa que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos y en el inciso cuarto del propio artículo 17, que le asigna a la prisión provisional un límite máximo de duración, establecido por la ley (p. 97).

Por último, es indispensable mencionar que en ese segmento se destaca que ambos autores, Cuenca y Ferrajoli, proponen una dinámica desde el Derecho Penal que se circunscribe a una lógica de mínima acción estatal, fuerte respeto a los derechos humanos y consideración, en último término, del constitucionalismo como límite, freno, contrapeso y, en estricto sentido, techo del accionar penal (Saidiza & Carvajal, 2016). Sin embargo, este punto es abordado en el numeral siguiente.

Desde la Óptica Interna del Derecho Penal

Desde la lógica interna del Derecho Penal hace imperativo considerar la Constitución Política Nacional como fuente y límite del Derecho Penal toda vez que se permite con ello el cumplimiento cabal de las garantías, derechos y principios que se han históricamente consagrado en favor de todas las personas procesados y no procesados. Así, obsérvese esta tesis defendida desde los siguientes argumentos:

Desde la consideración de sus dinámicas y principios propios: *El ejemplo del derecho fundamental a la defensa en el principio de contradicción probatoria*

La principalista constitucional, incluyendo aquella de corte internacional al considerar el *bloque de constitucionalidad*, da cuenta de una imperiosa necesidad de considerar la Constitución como fuente y límite del Derecho Penal. Así, se consagra desde disposiciones normativas inter-

nacionales el principio de contradicción como columna fundamental del derecho a la defensa. De esta manera, en temas penales —*stricto sensu*— también se puede evidenciar el carácter de fuente y límite que tiene la Constitución para el Derecho Penal.

En este sentido, apréciase lo dispuesto por la Convención Americana Sobre Derecho Humanos cuando refiere a este importante principio en los términos que a continuación se señalan:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas (...) f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos *presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.* (Artículo 8, Numeral 2, literal f).

Así mismo, es del todo imperativo traer a colación el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos el cual establece fehacientemente:

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas (...) e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo (Artículo 14, Numeral 3, literal e).

Igualmente, se puede apreciar lo referido por los diversos tratadistas que mencionan la suma importancia que tiene el respeto al principio de contradicción del material probatorio en el proceso penal.

Obsérvese, por ejemplo, lo mencionado desde el derecho comparado por José Cafferata (1998) cuando afirma:

El principio de contradicción tiene como base la plena igualdad de las partes en orden a sus atribuciones procesales. Exige

no solo la existencia de una imputación del hecho delictivo cuya noticia origina el proceso y la oportunidad de refutarla, sino que requiere, además reconocer al acusador, al imputado y a su defensor, la atribución de aportar pruebas de cargo y de descargo respectivamente; la de controlar activa y personalmente, y en presencia de los otros sujetos actuantes, el ingreso y recepción de ambas clases de elementos probatorios, y la de argumentar públicamente ante los jueces que las recibieron sobre su eficacia convictional (positiva o negativa) en orden a los hechos contenidos en la acusación o los afirmados por la defensa, y las consecuencias jurídico-penales de todos ellos, para tener modo la igual oportunidad de intentar lograr una decisión jurisdiccional que reconozca el interés que cada uno defiende, haciéndolo prevalecer sobre el del contrario (p. 57).

Así mismo, es importante destacar que el carácter mismo de debate que impone el principio de contradicción se puede resaltar en términos de una clara y abierta manifestación y afirmación de la imperiosa necesidad de enfrentar el aspecto probatorio como una oportunidad para exhibir evidencias y tener el derecho a oponerse a la forma y contenido de tal exhibición (Patarroyo & Benavides, 2014).

En suma, debe resaltarse que el elemento de debate, de contraposición, de enfrentamiento y, en definitiva, de Litis, se puede garantizar solo a través del cumplimiento cabal del principio en cuestión. Esto significa que este principio es uno de aquellos que resultan medulares para los intereses, fines y propósitos del Sistema Penal Acusatorio.

De nuevo desde el garantismo penal de Zaffaroni y Ferrajoli

En este sentido, se hace inexorable mencionar algunas perspectivas a partir de las cuales es posible dilucidar lo que entraña el Derecho Penal,

desde si interior, al considerar los límites y la fuente que supone el Derecho Constitucional en el planteamiento aquí expuesto. (Barragán, 2016; Guarín, 2015) Así, obsérvese:

Desde los postulados de estos autores es preciso indicar que el Derecho Penal tiene un dialogo constante consigo mismo. Una dinámica propia que demanda el esfuerzo de los operadores jurídicos, de los legisladores y, en general, del conjunto mismo jurídico. Aquí se trata de coloca en relieve prácticas del orden penal que estén en armonía con la orientación básica según la cual la Constitución es fuente y límite del Derecho Penal. Así, se encuentra una serie de principios y parámetros de este ámbito jurídico que obligan, necesariamente, a pensar y re-pensar las instituciones y los axiomas del *Ius Puniendi*. En estricto sentido, es plausible este derrotero jurídico-penal en los términos siguientes.

Parte de la propuesta de Zaffaroni, que es posible traer a colación en la búsqueda de la fundamentación constitucional del Derecho Penal, se puede sintetizar en los principios derivados del gran principio de legalidad (Forero, 2014). Esto, por supuesto, como presupuesto de un límite propio del Derecho Penal con fundamento constitucional. Adviértase la siguiente relación de tales principios:

- a) Legalidad formal: Este principio fundamenta la inconstitucionalidad de las leyes penales en blanco, excepto de las impropias;*
- b) Máxima taxatividad legal e interpretativa;*
- e) Respeto histórico al ámbito legal de lo prohibido: se tiene en cuenta el contexto cultural o tecnológico para imponer límites a las conductas criminalizadas en la ley;*
- d) Irretroactividad de la ley penal* (Freedman, s. f. p. 453).

Otros principios desde la base penal-constitucional con convicción humanista –en términos de la Constitución como fuente y límite del Derecho Penal- sobre la base de la propuesta de Zaffaroni y de Ferrajoli (Molina, 2016), pueden ser los

que a continuación se explicitan como los principios que excluyen las violaciones a los Derechos Humanos:

- a) Lesividad;*
- b) Proporcionalidad Mínima de la pena con la magnitud de la lesión;*
- c) Trascendencia Mínima;*
- d) Humanidad: Justifica la prohibición de las penas crueles;*
- e) Prohibición de la doble punición;*
- f) Interpretación de buena fe;*
- g) Pro homine* (p. 448).

Igualmente, junto a esta principalística producto de la exclusión humanitaria trae a colación otros principios derivados de la formula Estado de Derecho y que, a la postre, son:

- a) Limitación material: I) Se proscribela burda inidoneidad del poder punitivo. Es aplicable cuando se pretende resolver problemas a través de la prohibición y ésta se muestra groseramente inidónea, como ocurrió con la “ley seca”. II) Se prohíbe la grosera inidoneidad de la criminalización. Esto implica que se impide aplicar el modelo punitivo cuando se puede responder con un modelo de solución del conflicto. III) Se limita la respuesta contingente lo máximo posible. Es decir, se trata de limitar la influencia de las agencias publicitarias del sistema penal o el impacto emocional de un hecho notorio o el clientelismo de las agencias políticas al criminalizar conductas* (p. 449).

Conclusiones Abiertas

Así, pues, es imperativo colegir que, tanto desde la óptica externa como desde la interna del Derecho Penal es imprescindible una consideración de la Constitución como fuente y límite del Derecho Penal. Así, la apreciación doble referida está plenamente justificada y argumentada con base en los criterios esbozados desde la perspectiva del Derecho como Campo social de contenido jurídico, el poder constituyente como expresión manifiesta en la Constitución, la consideración de fundamento y elemento fundacional

del *Ius Puniendi* y desde el carácter constitucional del Derecho Penal todo lo cual compone lo que aquí se ha denominado “la óptica externa del Derecho Penal”.

Igualmente, desde la perspectiva u óptica interna del mismo, como sus principios, garantías y derechos a título de máximas, dinámicas y prácticas propias del Derecho Penal que dejan ver, con diamantina claridad, la relación fuente-límite de la constitución con éste.

Así mismo, los postulados de Zaffaroni y Ferrajoli son clara y directamente dicentes del fenómeno en cuestión no solo tomándolos desde su originario punto, es decir, como límite, sino también como contenido fundamental y fundacional, es decir, como fuente.

De este modo, es posible apreciar que el Derecho Penal, en efecto, tiene como fuente y como límite la Constitución Política Nacional que más que una norma a título de Carta Política es, de entrada y por antonomasia, una Carta Jurídico-política que configura la forma-Estado en que se enmarca un país y el ordenamiento jurídico suyo lo cual, intrínsecamente, compromete al Derecho Penal.

Referencias bibliográficas

- Cafferata, J. (1998). Derecho procesal Penal. *Consensos y Nuevas Ideas*. Buenos Aires. p. 57.
- Barragán, D. (2016). La construcción de la mentalidad democrática como necesidad en el posconflicto en *Revista Vía Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 11 (1) pp. 37-57.
- Ferrajoli, Luigi. (1999). *Derechos y Garantías: La ley del más débil*. Editorial Trotta. Trad. Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. pp. 181.
- _____ (2010). Garantismo Penal. Isonomía. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 32, abril, pp. 209-211 Instituto Tecnológico Autónomo de México Distrito Federal, México.
- Forero, J. (2014). El valor superior de la Justicia en la Unión Europea. Especial referencia al Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho Español en *Revista Verba Iuris*, Edición No. 31, Documento extraído el 5 de junio de 2018 de <https://revistas.unilivre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/59/53>
- Freedman, D. (s. f.). Comentario a Derecho Penal. Parte General de Raúl Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagía y Alejandro Slokar. *Lecciones y Ensayos*. Universidad de Buenos Aires. Argentina. pp. 443-461.
- González, O. (2014). La Corte Constitucional como agente del campo jurídico colombiano: la omisión legislativa de principios constitucionales en *Revista IUSTA*, N.º 41 (2), pp. 123-137.
- Guarín, E. (2015). Una aproximación filosófico-jurídica al sentido de la expresión: “Realización efectiva de los derechos”, en *Revista Verba Iuris*, Edición No. 34, Documento extraído el 8 de mayo de 2018 de <https://revistas.unilivre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/16/14>
- Huertas, O., Leyva, M., Lugo L., Perdomo, W., Silvero, A. (2016). Entre la minimización y la expansión del Derecho Penal: la presencia de Beccaria en el debate contemporáneo en *Revista IUSTA*, N.º 44 (1)
- Humbarita, J. (2015). Derecho Constitucional Hispanoamericano frente a la realidad institucional, manifiesta divergencia en *Revista IUSTA*, N.º 43 (2).
- Landa, A. (2005). Interpretación y Aplicación de la Ley Penal. Interpretación Constitucional y Derecho penal. *Anuario de Derecho Penal*. pp. 75- 104.
- Medina Cuenca, A. (2007). Los principios limitativos del ius puniendi y las alternativas a las penas privativas de libertad IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 19, 2007, pp. 87-116. México.

- Molina González, Y. (2016). Derecho penal del enemigo y dignidad humana, *Revista Verba Iuris*, 11(36), pp. 135-146.
- Muñagorri, I. (2007). Privación de la libertad y Derechos Fundamentales. (Notas sobre la Tortura). IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.*, núm. 19, pp. 73 – 86, México.
- Patarroyo, S. & Benavides, P. (2014). Rupturas Asignificantes: Revisiones críticas en torno al derecho, en *Revista Vía Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 9 (No.1) pp. 7 – 31.
- Quiroz, M. (2014). Acercamiento a las “oposiciones paradigmáticas” entre neoconstitucionalismo y positivismo jurídico en *Revista IUSTA*, Vol 41 (2), pp. 77-97.
- Saidiza, H. & Carvajal, J. (2016). Crisis del Estado de derecho en Colombia: un análisis desde la perspectiva de la legislación penal en *Revista IUSTA*, N.º 44 (1), pp. 17-39
- Santos, Boaventura de Sousa. (2010). *Descolonizar el Saber, Reinventar el Poder*. Trilce Ediciones. Montevideo.
- _____ (2011). Introducción: *Las Epistemologías del Sur*. Traducción de Ponencia: Jesús Gutiérrez y Otros. México.
- Soler, S. (1956). *Fe en el Derecho y otros ensayos*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, p. 235.
- Velásquez, F. (2013). *La Jurisprudencia como Fuente Formal del Derecho Penal. Prevaricato por desconocimiento del precedente judicial*. Comentario a la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 39456, de diez de abril de 2013.

Instrumentos Legales

- Organización de Estados Americanos. (1969). *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

Otros

- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2011).