



Volume 27

2022

Presidente Prudente/SP

ISSN 1516-8158

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE

Reitora e Pró-Reitora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado
Pró-Reitora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

REVISTA INTERTEMAS

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento
Periodicidade semestral

EDITORES

Carla Roberta Ferreira Destro (TOLEDO PRUDENTE)
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

COMISSÃO EDITORIAL

André Simões Chacon Bruno (USP)
Alessandra Cristina Furlan (UEL)
Alfonso Jaime Martínez Lazcano (SNI-CONACYT)
Dennys Garcia Xavier (UFU)
Daniela Braga Paiano (UEL)
Felipe Rodolfo de Carvalho (UFMT)
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador (UENP)
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)
Ana Carolina Greco Paes (TOLEDO PRUDENTE)

EQUIPE TÉCNICA

Delaine de Oliveira (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

Versão eletrônica

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

Indexadores e Diretórios

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

Permuta/Exchange/Échange

Biblioteca "Visconde de São Leopoldo" – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

Contato

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: nepe@toledoprudente.edu.br

Intertemas: Revista da Toledo, v. 27 – 2022

Presidente Prudente: Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo". 2022. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5
ISSN 1516-8158

SUMÁRIO/CONTENTS

A NECROPOLÍTICA NO BRASIL: UM REFLEXO DA CRISE DA DEMOCRACIA BRASILEIRA EM TEMPOS DE COVID-10.....	05
RIBEIRO, Deborah Francisco SOUZA, Luis Fernando Garcia BREGA FILHO, Vladimir	
ANALISIS DEL PROCESO HISTÓRICO Y DE GLOBALIZACION DE CHINA.....	22
GOYENECHÉ, Fredi Eduardo	
O DIREITO À FILIAÇÃO, À IDENTIDADE GENÉTICA E À BUSCA PELA ANCESTRALIDADE A PARTIR DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.632.750/SP.....	56
BEZERRA, Tiago José de Souza Lima TEIXEIRA, Geovanny Cavalcanti	
EL ROL SUBSIDIARIO DEL ESTADO Y SU ACTUAL PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ.....	69
LEÓN, Aníbal Quiroga	
ACERCA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ANÁLISIS CONSTITUCIONAL, INTERDISCIPLINAR, CONTEMPORÁNEO.....	85
MANRIQUE, Jorge Isaac Torres	
REALIZAÇÃO DO TESTE DE ALCOOLEMIA E A VEDAÇÃO A AUTOINCRIMINAÇÃO NOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO POLICIAL DE TRÂNSITO.....	101
PRAZERES, Paulo Joviniano Alvares Dos PRAZERES, Karla Luzia Alvares Dos	
LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL: UNA MANIFESTACIÓN LEGÍTIMA DEL DERECHO PENAL CULPABILISTA Y DEL DERECHO PENAL DE ACTO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.....	123
RUÍZ, Armando Noriega BLANCO, Milton Pereira SALAS, Fernando Luna	
REFUGIADOS VENEZUELANOS NO BRASIL E DIREITOS HUMANOS.....	140
GONDIM, Laís Maria Belchior MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota	
LA IMPORTANCIA DE LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA PARA LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL MEDIO AMBIENTE	159
DIAS, Handel Martins SARTI, Lia MOITA, Gabriella Guimarães	
FACÇÕES CRIMINOSAS: A PROVENIÊNCIA DO SENTIMENTO DE JUSTIÇA EM RELAÇÃO À APLICAÇÃO PRIVADA DA PENA EM ÂMBITO NACIONAL.....	180
CUNHA, Jordy Abraão da BEZERRA, Tiago José de Souza Lima	

LAS FAMILIAS DEL SIGLO XXI: LOS FACTORES QUE INTERVIENE EN LA CRISIS DE LA LEGISLACIÓN CIVIL COLOMBIANA EN MATERIA DE FAMILIA.....202

GALINDO, Doris Ortega

HERNÁNDEZ, Paula Andrea Cortina

NOTA AO LEITOR

A 27ª edição da Revista Intertemas mais uma vez se propõe a apresentar temáticas de relevância jurídica nacional e internacional.

Convidamos cada leitor a se debruçar nos temas propostos pelos pesquisadores. É com enorme satisfação que esta edição é publicada, levando ao conhecimento de todos o melhor da nossa pesquisa científica.

Desejamos uma ótima leitura.

Cordialmente,

Carla Roberta Ferreira Destro

Editora da Revista Intertemas

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL: UNA MANIFESTACIÓN LEGÍTIMA DEL DERECHO PENAL CULPABILISTA Y DEL DERECHO PENAL DE ACTO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA¹

RUÍZ, Armando Noriega²

BLANCO, Milton Pereira³

SALAS, Fernando Luna⁴

RESUMEN: Este artículo de carácter jurídico y de investigación, el cual se aborda desde una investigación cualitativa con revisión bibliográfica, tiene como objetivo primordial, describir y analizar a nivel jurisprudencial la relación existente entre la constitución y el derecho penal, haciendo énfasis en el derecho penal culpabilista y el derecho penal de acto.

PALABRAS CLAVES: Derecho penal, derecho penal culpabilista, derecho penal de acto, constitucionalización, neurociencia.

ABSTRACT: This article of a legal and investigative nature is developed from a perspective of qualitative research based on bibliographical review and its primary objective is to describe and analyze at the jurisprudential level the relationship between the constitution and criminal law, emphasizing guilty criminal law and the criminal law act.

¹ El presente artículo surge de la investigación denominada: “La Constitucionalización del Derecho Penal” en el marco del grupo de investigación denominado Phronesis de la Universidad Libre sede Cartagena, con el apoyo de los grupos de investigación denominados Derecho Privado, Procesal y Probatorio, así como el de Filosofía del derecho, derecho internacional y problemas jurídicos contemporáneos, ambos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena.

² Asesor jurídico, Litigante, y Docente Universitario, Especializado en derecho Penal, Especializado en Docencia Universitaria, Especializado en Derecho Procesal, Magister en Derecho Administrativo, Ex Decano Facultad Derecho Unilibre. Conjuez Sala Penal Tribunal Superior Distrito Judicial Cartagena.

³ Profesor del Dpto. de Derecho Público de la Universidad de Cartagena. Abogado y Licenciado en Filosofía. Magíster en Derecho Público de la Universidad del Norte (Colombia). Estudiante del Curso de Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Palermo (Argentina). Postgraduado en Diplomacia en Cambio Climático: Negociaciones climáticas internacionales del Colegio de Biólogos del Perú. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo, y en Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Sistema Penal Acusatorio de la Universidad Católica de Colombia. Conjuez de la Comisión de Disciplina Judicial seccional Bolívar. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9080-4947> E-mail: mpereirab@unicartagena.edu.co

⁴ Profesor investigador del Dpto. de Derecho Procesal y Probatorio de la Universidad de Cartagena y de la Universidad Libre sede Cartagena, Magíster en Derecho de la Universidad de Cartagena y Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre. Doctorando en Derecho, ciencias políticas y criminológicas de la Universidad de Valencia-España. Editor de la Revista Jurídica Mario Alario D’ Filippo, director del semillero de investigación Ciencia y Proceso y codirector del grupo de investigación Derecho Privado, Procesal y Probatorio. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal - Capítulo Bolívar. Director del Centro Internacional De Estudios Jurídicos y Políticos (CIEJP). Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4574-6335> E-mail: flunas@unicartagena.edu.co

KEYWORDS: Criminal law, guilty criminal law, the criminal law act, constitutionalization, neuroscience.

INTRODUCCIÓN

La Constitucionalización del Derecho Penal implica que la Carta es el “eje gravitacional” sobre el cual descansa la política criminal y el proceso de positivización de la misma, en el sentido de que es el modelo constitucional de cada país, el que se convierte en el “faro de orientación” de la legitimidad que demanda el ejercicio de *ius puniendi* para controlar los excesos estatales que puedan presentarse y que impactan en perjuicio de los derechos fundamentales que constitucionalizados en cada uno de los contenidos de las normas rectoras y principios de cada estatuto de enjuiciamiento procesal penal o “método para juzgar” para dar el verdadero sentido y alcance respetuoso a las dimensiones de implementación del sistema judicial penal. (Corte Constitucional Sentencia C-042/18)

La constitucionalización es un paradigma en el derecho, especialmente en el derecho penal donde su normatividad y actuaciones deben estar encausadas en los valores y principios constitucionales, actividades como la interpretación e integración del derecho deben estar acordes a la carta magna pues de esta manera se respeta la dignidad humana y valores superiores. En forma concreta, el derecho penal se ha constitucionalizado de manera directa cuando algunos tipos penales desde la dogmática penal fueron reinterpretados, permitiendo que se encauzaran de acuerdo con la constitución política. A continuación, se dará mayor ilustración sobre este punto. (Mattos, 2018, p. 55)

Bajo esa perspectiva, el artículo 29 de la C.N consagró de manera expresa la garantía constitucional del Debido Proceso, así:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a

impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

La ley penal colombiana, señala:

ARTÍCULO 1º. *Dignidad humana.* El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana.

ARTÍCULO 12. *Culpabilidad.* Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

La Corte Constitucional ha sido clara en señalar que, el artículo 29 de la Constitución, en armonía con la definición del carácter político del Estado como Social y Democrático de Derecho, conserva el respeto del principio de HUMANIDAD, bajo la nominación de la Dignidad de la persona humana dentro de la dimensión DEMOCRÁTICA del modelo constitucional antes indicado, para traer a colación, que por encima del Orden jurídico y de la sociedad, se encuentra el individuo como ser de la especie humana; sin perjuicio de conexión del principio de LEGALIDAD, que bajo el corolario de "No hay delito sin conducta", y de que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa", ofrece serias garantías de carácter CRIMINAL, PENAL, PROCESAL Y DE EJECUCIÓN, al entenderse que con ello todo ciudadano cuenta con la certidumbre jurídica y la GARANTÍA POLÍTICA de saber no sólo al supuesto de prohibición, sino la consecuencias punitiva de su acto, sin demérito de contar con la precisión de cuál ha de ser el procedimiento al que se verá sometido y el alcance de la forma en que se ejecutara su eventual condena. En estos términos, es evidente que el Constituyente optó por un Derecho Penal del Acto, en oposición a un Derecho Penal del Autor, si entronizamos con empático aserto interpretativo que nos debemos en el ejercicio del derecho a castigar a un respeto del principio de CULPABILIDAD no por la forma como el presunto transgresor conduce su vida o por la mala fama que tenga en la zona, sino por lo que efectivamente se exterioriza de su comportamiento en el SISTEMA y su consecuente evidencia de judicialización.

Lo anterior implica, por una parte que, los extremos de la relación jurídico penal objeto de punición, no pueden estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado,

propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos; de allí, el gran aforismo de que “El pensamiento no delinque”, pues no castigarnos “el alma” del infractor, ni mucho menos el fuero interno de las reales intencionalidades que se crucen por su mente, sino la materialización efectiva y realmente exteriorizada de la condición proclive o tendenciosa de sus comportamientos o conductas efectivamente concretadas en la ofensividad o nocividad social de afectación u ofensa real de un bien jurídico penal, como otro de los postulados que se acomodan en esta misma línea interpretativa y garantista de legitimación que se desarrolla desde los límites de la dimensión social del Estado Social y Democrático de Derecho que se erige bajo el postulado de NECESIDAD, SUBSIDIARIEDAD Y FRAGMENTARIEDAD del Derecho Penal.

Consecuentes a lo anterior, el objetivo constitucional vinculado al ejercicio del poder punitivo identificado será, el DERECHO PENAL DEL ACTO, el cual se encuentra expresamente señalado en la Constitución política de Colombia (inciso 2 art 29) y reza: “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”.

El presente trabajo hará un recorrido sobre la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la idea de derecho penal culpabilista en la Constitución y la adopción del derecho penal de acto. En este orden de ideas, la presente investigación es eminentemente jurídica, de tipo analítico, documental, de carácter cualitativo, que se desarrolla a nivel teórico, la cual se dividirá por razones metodológicas en dos espacios, así: una primera parte, en la que se hará referencia a la relación entre derecho penal y constitucionalización del derecho. Aquí, se tratará de abordar en términos generales, cuál es la idea de derecho penal en nuestra constitución actual. Y una segunda parte denominada: la idea de derecho penal culpabilista en la Constitución Colombiana. En este punto, que es el núcleo central del presente trabajo, se analizará la jurisprudencia constitucional, la idea de la constitución nacional frente al principio de culpabilidad en materia penal y los alcances que se surten a partir del respeto del derecho penal de acto.

DERECHO PENAL Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

En este aspecto, se hará un análisis de los alcances de la constitucionalización del derecho penal desde una perspectiva teórica, pero

principalmente a partir de la óptica de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En ese marco, es importante antes que cualquier cosa, tener presente, cuál es la idea de derecho penal desde el paradigma constitucional. Sobre tal punto, la sentencia C-042/18 expedida por la Corte Constitucional señaló que el derecho penal es la expresión del *ius puniendi* del Estado que, a través de un conjunto de normas jurídicas, establece cuales son los bienes jurídicos susceptibles de protección penal, (bienes jurídico-penales) las conductas constitutivas de delitos (garantía criminal) y aquellas penas o medidas de seguridad (garantía penal) que deben imponerse a quienes las cometen, mediante los procedimientos dispuestos (garantía procesal) para tal fin y los instrumentos jurídicos y administrativos diseñados para su ejecución (garantía de ejecución). De manera tal, que la facultad punitiva del Estado encuentra límites o linderos de respeto y legitimación misma en el modelo Constitucional al cual ha adherido el país en el que se aplica su sistema de judicialización penal; pues de dicha Constitucionalización se desprende y proyecta el contenido iusfilosófico de las instituciones sustantivas, procedimentales y de cumplimiento de la sanción, con la observancia de garantías que protegen los derechos fundamentales de las personas destinatarias del mismo y legitiman el ejercicio del poder punitivo de la estructura estatal dentro del orden constitucional.

Lo anterior significa que, en el plano Constitucional Colombiano, de acuerdo con los parámetros señalados por la Corte Constitucional se puede inferir, que nuestra idea de derecho penal se circunscribe en el radio legítimo de su ejercicio al respeto de los principios que limitan el sano ejercicio no abusivo, ni desbordado de su implementación, con elevada protección de los derechos fundamentales de las personas destinatarias del derecho penal para efectos de limitar constitucionalmente la actividad del poder punitivo del Estado. Ya que, si lo que queremos es que, un sistema judicial asuma el ejercicio del control social, este debe comportarse dentro de unos contenidos respetuosos de los derechos civiles y fundamentales del ciudadano; pues, no puede entrar en forma alguna a asumir comportamientos tan reprochables, abusivos, caprichosos o desmedidos como los que ha desplegado el propio infractor o presunto transgresor; pues, de hacerlo desautorizaría en forma absoluta la manera como procede en despliegue del principio de AUTORITAS que detenta o regenta para el mejor respeto de sus actuaciones.

De otro lado, en lo que corresponde a la constitucionalización del derecho como fenómeno GUASTINI señala que, se entiende este fenómeno, como un

proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente (impregnado) por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales (1997). Para GUASTINI, las condiciones para poder decir que un determinado ordenamiento jurídico está constitucionalizado, son:

A) Una Constitución rígida.
B) La garantía jurisdiccional de la Constitución.
C) La fuerza vinculante de la Constitución.
D) La (sobre interpretación) de la Constitución.
E) La aplicación directa de las normas constitucionales.
F) La interpretación conforme de las leyes.
G) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (1997).

Sobre la constitucionalización del ordenamiento jurídico en Colombia, la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-1040 de 2005 señaló, que las relaciones entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico han ido evolucionando. Se trata, sin lugar a dudas de avances de primer orden en la lógica inacabada y en permanente construcción del Estado Constitucional Contemporáneo. “(...) La constitucionalización será más acentuada en aquellos ordenamientos en los que existan principios (tanto expresamente formulados, como implícitos) que no puedan ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. En otras palabras, a una Constitución más rígida, corresponde un mayor efecto de (constitucionalización) de todo el ordenamiento (...)”.

En ese marco, la sentencia C-038 de 1995 sobre la constitucionalización del derecho penal dijo, que tanto en materia sustantiva como procedimental, la Constitución incorporó preceptos, valores y postulados, aunque particularmente en el campo de los derechos fundamentales, -que inciden de manera significativa en el derecho penal determinado y orientando hacia sus consecuencias, como lo indicaba Hassemer. En esta sentencia, la Corte Constitucional explica que el concepto de Libertad de configuración del legislador penal está atado al momento de criminalizar o despenalizar conductas, fijando como límites el respeto a los principios, derechos y valores establecidos por la Constitución. En ese sentido, el Legislador puede y debe

describir conductas en tipos penales sin que ellas estén prohibidas en forma expresa por la Constitución, cuando considere que es indispensable acudir al derecho penal.

Posteriormente, y en esa misma línea, la Corte Constitucional mediante sentencia C-645 de 2012 recordó expresamente lo expuesto en la sentencia anteriormente citada, señalando que los derechos fundamentales orientan y determinan el alcance del derecho penal. De igual forma indicó, que el legislador penal desarrolla sus funciones dentro del marco que establece la carta política, sin que ello implique que no pueda optar por caminos distintos dentro de esos parámetros previamente establecidos en la Constitución. Lo anterior, también fue reiterado por la Corte Constitucional en la sentencia C-366/14 señalando expresamente, que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración en material penal, en lo que respecta tanto al ámbito sustancial como procesal, resaltando que dicha facultad está sujeta a límites relacionados con el respeto de los derechos de los asociados y demás valores y principios superiores.

Ahora bien!..., recientemente la Corte Constitucional mediante sentencia C-042 de 2018 señaló que: "...La constitucionalización del derecho penal implica que la Carta es el eje principal de la política criminal y del proceso de positivización de la misma, en el sentido de que la orienta y de manera simultánea, controla los excesos estatales que puedan presentarse y que impactan en perjuicio de los derechos fundamentales. Conforme a lo expuesto, el ejercicio de la potestad punitiva del Estado no es ilimitada, debido a la trascendencia constitucional de los derechos y los intereses en tensión, tanto en materia sustancial como procedimental (...)

En consecuencia, el texto superior contempla una serie de garantías que guían y controlan el ejercicio del ius puniendi del Estado con la finalidad de minimizar la afectación de los derechos fundamentales de las personas y maximizar la protección de los bienes jurídicos afectados por el delito, desde la tipificación legal de los delitos, su comprobación judicial y la ejecución de la sanción que se imponga a la conducta objeto de reproche, como respuesta a ese sentido de manifestación del principio de economía de la búsqueda de la "*mayor protección de la víctima, con la menor aflicción del sindicado*", propio de la dimensión social del principio pragmático y útil de intervención mínima del sistema judicial. Estas garantías, no están fundadas en una concepción de mérito, ya que deben observarse en todos los casos, pues pretenden que el derecho penal produzca el menor daño posible a los derechos

fundamentales de las personas que se encuentran en un conflicto social constante dentro del sistema.

Sobre las garantías constitucionales que encierra el derecho penal, encontramos las sustanciales, procesales y orgánicas, y las de ejecución de la sanción. En ese marco la sentencia C- 042/18 señaló que: (...) El conjunto de garantías que rodean el derecho penal está constituido por las siguientes:

i) Sustanciales: entre las que se encuentran los principios de legalidad o de taxatividad, de culpabilidad, de necesidad y de proporcionalidad, entre otras.
--

ii) Procesales y orgánicas: aplicables al proceso y que aseguran los principios de contradicción, de igualdad de armas, de presunción de inocencia, de publicidad, de independencia e imparcialidad del juez, entre otras.
--

iii) Ejecución de la sanción: las cuales deben ser observadas durante la ejecución de la pena contenida en la sentencia con la cual finalizó el proceso y se refieren a la afectación del derecho fundamental a la libertad, la especial situación de sujeción del interno frente al Estado y el respeto a la dignidad humana.
--

Hasta lo aquí expuesto, es importante señalar que, entre el Derecho Constitucional y el Derecho Penal existe una estrecha relación, como quiera que, el Código Penal dentro de sus normas rectoras incluye importantes criterios de naturaleza constitucional (necesidad, proporcionalidad y razonabilidad) y los refiere a categorías propias de la dogmática jurídico-punitiva (la necesidad entendida a partir de las funciones preventivas de la pena). El profesor Cote-Barco afirma sobre el particular que la Constitución Política juega un importante papel como punto de referencia para el análisis crítico del sistema penal, no solamente porque de ella se derivan los bienes jurídicos susceptibles de tutela punitiva, sino también, porque los principios, consagrados como norma rectora en el Código Penal, que rigen la imposición de las penas, son desarrollo claro del texto constitucional y de la doctrina que a partir de él ha venido construyendo con sus pronunciamientos la Corte Constitucional, sobre la forma que debe adquirir el derecho penal de acuerdo con la definición del Estado colombiano que hace la carta política. (2008, p 120)

En la actualidad el Derecho Penal se entiende que debe estar perfectamente constitucionalizado, es decir, que las normas constitucionales referidas a los derechos fundamentales y obviamente, las que tienen que ver de forma expresa

con el derecho penal, entran a jugar como parámetro de evaluación crítica de las normas penales, al mismo tiempo que se constituyen en criterios para su interpretación y aplicación. (Cote-Barco, 2008, p 120)

La conexión entre la dogmática penal y la constitución política, puede comenzar a cimentar desde la teoría del delito a partir de tres aspectos que consideramos fundamentales para estos efectos, los cuales estarían dirigidos tanto al legislador como al juez. En primer lugar, a partir de la construcción del injusto penal, lo cual debería reflejarse en todas las disposiciones de la parte especial del Código a partir de lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución, entendiendo los tipos penales como formas de limitación de la libertad general de acción, y que por lo tanto únicamente serán legítimos desde el punto de vista constitucional mientras estén orientados a proteger un derecho constitucional fundamental de otro o disposiciones jurídicas que encarnan un valor constitucional fundamental funcional a la protección de tales derechos, lo que supone la prevalencia de un injusto objetivo determinado de manera preponderante por el desvalor de resultado. En segundo lugar, rescatando el concepto de exigibilidad de otra conducta como componente esencial del concepto normativo de culpabilidad, interpretándolo con miras a realizar el principio de la dignidad humana, lo que implicaría tomarse en serio en el escenario judicial, qué tipo de comportamientos le es legítimo a un Estado democrático exigir a sus ciudadanos teniendo en cuenta las circunstancias reales en las que actúan y las necesidades y carencias a las que el mismo Estado ha contribuido, para poder formular con validez constitucional el juicio de reproche que llevará consigo la atribución de responsabilidad penal. Y en tercer lugar, aceptar como requisitos indispensables para la imposición de la sanción penal, la orientación que en términos constitucionales imponen los principios enunciados en el artículo 3o del Código Penal colombiano, asumiendo que el juez penal dentro de sus consideraciones debería tener en cuenta siempre, la pregunta por la justificación de la sanción, en términos de su necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, más allá de la constatación formal de las categorías dogmáticas que integran la estructura del delito (Cote Barco, 2008, p 124).

Lo dicho en este aparte se resume así:

- La jurisprudencia colombiana ha reconocido de manera expresa no solo la constitucionalización del derecho sino también la constitucionalización del derecho penal.

- La ley penal colombiana reconoce lo expuesto en el artículo 29 de la C.N, a través de las normas rectoras, que incluye naturalmente la prohibición de la responsabilidad objetiva
- Las garantías constitucionales, que encierra el derecho penal son sustanciales, procesales y orgánicas, y las de ejecución de la sanción. Dentro de las garantías sustanciales encontramos la de culpabilidad,
Con esas aclaraciones, pasaremos al segundo punto.

LA IDEA DE DERECHO PENAL CULPABILISTA EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA

En este punto, el cual se desarrollará la idea central del presente trabajo, se hará referencia a la relación existente entre Culpabilidad, Derecho Penal y Constitución desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional colombiana. A partir de lo anterior se abordará la idea de derecho penal culpabilista y como ha sido la recepción constitucional del concepto de culpabilidad propio de la dogmática tradicional.

Para entrar en materia, se empezará por señalar que la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en cuanto a los alcances del derecho a la dignidad humana como elemento intrínseco para la prohibición de la responsabilidad penal objetiva, lo que de acuerdo a los postulados constitucionales, trae consigo la idea de un derecho penal de acto y no de autor.

Desde los inicios, la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional reconoció la consagración constitucional del derecho penal de acto que supone la adopción del principio de culpabilidad. En la sentencia C-239 de 1997 se dijo con claridad que el artículo 29 de la Constitución, en armonía con la definición del carácter político del Estado como Social y Democrático de Derecho, y del postulado de respeto a la dignidad de la persona humana, consagra el principio de que no hay delito sin conducta, al establecer que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa". En estos términos, es evidente que el Constituyente optó por un derecho penal del acto, en oposición a un derecho penal del autor. Lo anterior implica, por una parte, que el acontecimiento objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos. Así las cosas, 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, o por la buena o mala fama que tenga. En otros términos, el derecho penal del acto 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 voluntario.

La sentencia mencionada anteriormente se refiere al análisis de derecho penal culpabilista, y expresa:

(...) Para el derecho penal del acto, uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, 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.

No obstante, es de considerar que el aspecto subjetivo de la prohibición no se agota, en todos los casos, en las formas de culpabilidad que enumera el Código Penal (dolo, culpa y preterintención). La ilicitud de muchos hechos, no depende únicamente de su materialización y realización consciente y voluntariamente, sino que debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto. Tales componentes psicológicos pueden ser tenidos en cuenta únicamente cuando es el propio tipo el que de modo expreso los acoge, ya sea para fundamentar el injusto, su agravación, atenuación o exclusión.

Esos componentes subjetivos adicionales cumplen la función de distinguir un comportamiento punible de otro que no lo es, o de diferenciar entre sí varias figuras delictivas. Carrara fue explícito en este aspecto al observar que el título de la imputación puede variar en función del aspecto subjetivo del hecho: "Y si bien el derecho no se lesiona sino con el acto físico, con toda la fórmula usada por nosotros: *variedad del derecho lesionado*, no es idéntica a esta otra: *variedad del actor físico*; porque dos actos físicos semejantes pueden estar dirigidos, por cada uno de los agentes, a violar dos derechos distintos, y por la influencia del elemento intencional sobre la esencia del delito, pueden nacer (a pesar de la identidad de actos físicos) diversos delitos, a causa de la diversidad de las intenciones del agente, que dirigió el acto físico a lesionar un derecho más bien que otro".

La ubicación dogmática de este elemento ha sido discutida en la doctrina. Hay autores que la consideran un elemento subjetivo del tipo, en tanto que para otros se trata de un elemento subjetivo de la culpabilidad. Pero, al margen de la discusión doctrinaria, lo cierto es que para graduar la culpabilidad deben tenerse en cuenta los móviles de la conducta, pero sólo cuando el legislador los ha considerado relevantes al describir el acto punible. Dichos móviles, que determinan en forma más concreta el tipo, en cuanto no desconozcan las garantías penales ni los demás derechos fundamentales, se ajustan a la Constitución, y su adopción hace parte de la órbita de competencia reservada al legislador.

Sobre la referencia a la prohibición de la responsabilidad penal objetiva, es de suma trascendencia resaltar el artículo 29 superior, que establece que no puede haber delito sin conducta, al señalar que "*nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa*". La Corte Constitucional mediante sentencia C-370 de 2002⁵ precisó lo anterior y la importancia de esta opción constitucional por un derecho penal de acto y de culpabilidad. En dicha sentencia se dijo expresamente que:

Dicha definición implica, por una parte, que el acontecimiento objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos. En síntesis, desde esta concepción, 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

En esa misma sentencia en comentario, se dejó claro que la Constitución Colombiana de 1991 excluye la responsabilidad penal objetiva, y por tanto exige que la persona haya actuado con culpabilidad. Lo anterior significa, que la constitucionalización de un derecho penal culpabilista, en donde la exigencia de culpabilidad limita el poder punitivo del Estado, sólo puede sancionarse penalmente a quien haya actuado culpablemente. Así, para que pueda imponerse una pena a una persona, es necesario que se le pueda realizar el correspondiente juicio de reproche, por no haber cumplido con la norma penal cuando las necesidades de prevención le imponían el deber de comportarse de conformidad con el ordenamiento, en las circunstancias en que se encontraba.

Sobre la idea de derecho penal culpabilista, también la Corte Constitucional señaló:

La constitucionalización de un derecho penal culpabilista suscita el siguiente interrogante: ¿qué hacer con aquellos comportamientos que son tan graves como un delito, en la medida en que afectan bienes jurídicos esenciales, y son típicos y antijurídicos, pero son realizados por personas que, por determinadas condiciones, no pudieron actuar culpablemente? Esta situación plantea difíciles interrogantes a los regímenes constitucionales fundados en la dignidad humana, pues esas personas no pueden legítimamente ser sancionadas penalmente por su conducta, ya que no actuaron con

⁵ Ver Sentencia C-226 de 2002

culpabilidad. Pero la sociedad debe también tomar medidas para evitar esos comportamientos que, a pesar de no ser realizados culpablemente, afectan gravemente bienes jurídicos esenciales, en la medida en que no sólo son típicos y antijurídicos, sino que, además, existe la posibilidad de que la persona pueda volver a realizarlos, en muchos casos, por las mismas razones por las que no tiene la capacidad de actuar culpablemente.

(...) Para enfrentar el anterior dilema, y como esta Corte lo explicó en reciente oportunidad, el estatuto penal colombiano, siguiendo la doctrina nacional e internacional sobre el tema, establece dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal. Uno para los imputables, que son las personas que al momento de realizar el hecho punible pueden actuar culpablemente, ya que gozan de la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión. En estos casos, el Código Penal impone penas y exige que el comportamiento sea no sólo típico y antijurídico sino además culpable, pues la Carta excluye la responsabilidad objetiva en materia punitiva (CP art. 29). De otro lado, el estatuto prevé un régimen distinto para los inimputables, que son los individuos que, al momento del delito, y por factores como inmadurez psicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente. En esos eventos, el Código Penal no establece penas, pues ello violaría el principio básico de un derecho penal culpabilista, sino que prevé medidas de seguridad, que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación. Y por ello, el estatuto punitivo no exige que el comportamiento del inimputable sea culpable, ya que precisamente esa persona carece de la capacidad de actuar culpablemente. Basta entonces que su conducta sea típica, antijurídica, y que no se haya presentado una causal de exclusión de la responsabilidad. En tales circunstancias, esta Corte había señalado que en términos estructurales, en el Código Penal había dos tipos de hechos punibles, *“esto es, el hecho punible realizable por el sujeto imputable que surge como conducta típica antijurídica y culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica pero no culpable (delito en sentido amplio)”*.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia SP10741-2017 del 24 de julio de 2017 reconoció lo expuesto en la sentencia C-370/02, en cuanto a la idea constitucional de derecho penal culpabilista.

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante sentencia C-365 de 2012 señaló que bajo este presupuesto de idea culpabilista, 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. Esta sentencia en cita, reconoce la constitucionalización del derecho penal de acto, en cuanto erige un Estado Social y Democrático de Derecho, que tiene como uno de sus pilares el respeto de la dignidad humana (Art. 1º), asigna el carácter de valor fundamental a la libertad de las personas (preámbulo) en sus diversas modalidades o manifestaciones, destaca que todas las personas nacen libres (Art. 13) y que toda persona es libre (Art. 28) y preceptúa específicamente en relación con la responsabilidad penal que nadie puede ser reducido a prisión o arresto ni detenido sino por motivo previamente definido en la ley (Art. 28) y que nadie podrá ser

juzgado sino conforme a leyes preexistentes al “acto que se le imputa”, como también que toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente “culpable”(Art. 29)⁶.

Lo anterior también en consonancia con el artículo 29 inciso 2 de la Constitución Política de Colombia que hace referencia a que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa. Norma que, la Corte Constitucional mediante sentencia C 567 de 2019 explicó los alcances, reconociendo lo siguiente:

- 1) Consagra el Derecho penal de acto;
- 2) Desarrolla el principio según el cual no hay acción sin voluntad, que exige la configuración del elemento subjetivo del delito y;
- 3) Establece que 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.

A pesar de todo lo anterior, concretamente en relación con el derecho penal de acto y de actor, y de acuerdo a debates jurídicos contemporáneos, resulta importante mencionar a modo de complementación lo que manifiesta Luna (2019, p. 149) en torno a las implicaciones de la neurociencia en el derecho, así:

⁶ “En la doctrina penal se distingue entre el Derecho Penal de autor y el Derecho Penal de acto. i) En el primero, el sujeto responde por su ser, por sus condiciones psicofísicas o su personalidad, que se consideran peligrosos para la sociedad, por su supuesta inclinación natural al delito, con un criterio determinista, de modo que el sujeto resulta condenado por la naturaleza a sufrir las condenas penales, por obra del destino y, por tanto, de modo fatal o inevitable. En este orden de ideas no es relevante que aquel cometa infracciones, sino que tenga la potencialidad de cometerlas. ii) En el segundo, el sujeto responde por sus actos conscientes y libres, es decir por la comisión de conductas conocidas y queridas por el mismo, previstas expresa y previamente en la ley como contrarias a bienes fundamentales de la sociedad y de sus miembros y que hacen a aquel merecedor de una sanción. Esta clase de Derecho, inspirado por la filosofía liberal y fundado en la dignidad humana, ha sido acogido por los regímenes políticos democráticos y encuentra fundamento en varios preceptos de la Constitución colombiana, entre ellos el Art. 29. Por sus fundamentos filosóficos y políticos, la responsabilidad derivada de esta última concepción del Derecho Penal es necesariamente subjetiva, es decir, exige la existencia de la culpabilidad, en alguna de las modalidades previstas en la ley, en la comisión de la conducta”. (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.

Otro debate de la neurociencia se concentra en el problema de la voluntad y la libertad, pues para una gran parte de los neurocientíficos, estas características, atribuidas a las personas, no existen. Afirman que lo que se conoce como voluntad es una manera de interpretar fenómenos que no son ni morales, ni jurídicos, ni psicológicos, sino problemas neuronales, ya que todo se origina en el cerebro. La voluntad es, entonces, una ilusión, una ficción y solo existen las descargas eléctricas neuronales.

A partir de esto, nos podríamos preguntar qué relevancia tiene para el derecho que la neurociencia considere o afirme que la voluntad sea una ilusión y, por ende, el libre albedrío no exista; en lugar de ello, solo hay impulsos cerebrales que nos determinan. Si esta tesis es acertada, tendríamos que reescribir casi todo el derecho penal, ya que los conceptos básicos de esta rama del derecho tienen como base la voluntariedad de la conducta. Si está, en realidad, es determinada por el cerebro, no existiría la culpa y, por lo tanto, tampoco la responsabilidad.

CONCLUSIONES

Se puede afirmar que la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad son la esencia y razón de ser de la existencia del derecho penal. Por eso, antes que hablar de dogmática es mejor hablar de derechos humanos y de Constitución, porque son principios universales que pertenecen a todos los hombres, como la vida, la dignidad, la igualdad, la libertad, la intimidad personal y familiar, la libertad de conciencia, la libertad de cultos, la presunción de inocencia, el debido proceso. Hablar de derechos humanos, es reconocer que las normas de cultura deben ser congruentes con ellos, por cuanto son postulados de conducta, o si se quiere valoraciones que se le asignan a los comportamientos; por eso son individuales, grupales y del medio ambiente. En fin, podemos decir que los derechos humanos son las herramientas que se utilizan para dignificar al ser humano. (Salgado, 2017, p. 24)

En virtud a lo expuesto, también es posible concluir que, la Constitución, regula entre otras la potestad punitiva del Estado. Así, el derecho penal, debe estar conforme a las reglas y principios allí establecidos, no solo por la constitucionalización del derecho como fenómeno jurídico, sino también por disposición expresa de la constitución nacional, con reconocimiento de la jurisprudencia constitucional.

En el presente trabajo, se analizó la regla constitucional consagrada en el inciso 2 del art 29, de la que se concluye que se deriva expresamente la idea de derecho penal culpabilista y un derecho penal de acto que proscribe la responsabilidad objetiva en materia penal. Lo anterior, sin embargo, no es óbice para señalar que la idea de derecho penal culpabilista en el sistema colombiano no depende únicamente

del derecho al debido proceso constitucional del artículo 29, puesto que la idea de derecho penal culpabilista está íntimamente ligada al principio de dignidad humana, como una manifestación de la dimensión democrática de igualdad y participación del individuo en el sistema judicial penal, y de su respeto como especie humana en el modelo constitucional asumido por Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. El sistema de circunstancias del delito, estudio general, Universidad de Valladolid, 1981,

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J, y Ormazábal Malaree Hernán, Lecciones de Derecho Penal Volumen II, Editorial Trotta 1999.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2000). *Ley 599 de 2000*.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (1995). Sentencia C-038 de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (1997). Sentencia C-239 de 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2002). Sentencia C-370 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2002). Sentencia C-226 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2005). Sentencia C-1040 de 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2012). Sentencia C-645 de 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2012). Sentencia C-365 de 2012

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2014). Sentencia C-366 de 2014.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2018). Sentencia C-042 de 2018.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2019). Sentencia C 567 de 2019.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2017). Sentencia de fecha 24 de julio de 2017. Radicación SP10741.

COTE BARCO Gustavo, Complicidad, responsabilidad penal de directivos empresariales y violaciones de Derechos Humanos cometidas por grupos armados ilegales: lecciones del Derecho Penal Internacional para Colombia , Vniversitas: Vol. 68 Núm. 138 (2019)

COTE BARCO Gustavo, Constitucionalización del Derecho Penal y Proporcionalidad de la Pena. Vniversitas. ucls. Bogotá (Colombia) N° 116: 119-151, julio-diciembre de 2008

COBO DEL ROSAL, M. Vives Antón, -T.S., Derecho penal parte general, Universidad de Valencia 1984

DEL RÍO GONZALEZ, E. ., & Luna Salas, F. . (2021). El indicio: un problema epistemológico. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 13(26), 153–189. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.13-num.26-2021-3619>

LUNA SALAS F. (2019). Técnicas neurocientíficas como medio de prueba pericial. *Revista Prolegómenos*, 22(44), pp. 143-154. DOI: <https://doi.org/10.18359/prole.4160>

MATTOS ARÉVALO, Ángel. (2018). Implicaciones de la constitucionalización del derecho penal en la dogmática penal colombiana: aplicable al tipo penal de falsedad en documento público. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 10(19), 48–66. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.10-num.19-2018-2143>

MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal Parte General, 5o edición, TECFOTO S.I., Barcelona, Julio de 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco, García Arán, Mercedes, Derecho Penal Parte General, Séptima edición, revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia 2007.

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso, Manual de derecho penal parte general-parte especial, sexta edición, Ediciones doctrina y ley Ltda., 2003.

REYES ECHANDÍA, Alfonso, Obras completas. Volumen III. Bogotá, Temis, 1998
Rodríguez Collao, Luis, “Los principios rectores del derecho penal y su proyección en el campo de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal”, *Revista de derechos fundamentales*, Universidad Viña del Mar No. 8, 2012.

SALGADO GONZÁLEZ, A. (2017). Constitución y derechos humanos. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 9(18), 21–30. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.9-num.18-2017-2051>