EL NUEVO CONCEPTO DE LA JUSTICIA PENAL A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

LIBARDO CASTRO MANRIQUE

Doctor

MANUEL FERNANDO MOYA VARGAS

Director

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

DOCTORADO EN DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2017

EL NUEVO CONCEPTO DE LA JUSTICIA PENAL A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

LIBARDO CASTRO MANRIQUE

Trabajo de tesis presentado para optar al título de doctor en Derecho

Doctor

MANUEL FERNANDO MOYA VARGAS

Director

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

DOCTORADO EN DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2017

Nota de aceptación:

_____

_____

_____

_____

Firma del presidente de jurado

_____

Firma del jurado

_____

Firma del jurado

_____

Firma del jurado

Bogotá, D.C., 16 de agosto del año 2017

DEDICATORIA

A Dios, Todopoderoso, por las bendiciones recibidas, y hacer realidad este deseo.

A la memoria de mi padre Efrain Castro.

A mi madre Otilia Manrique de Castro, por estar siempre presente apoyándome incondicionalmente.

A ti, excelentísima dama, por tu amor, confianza, dedicación, entusiasmo, comprensión y sabiduría, impulsándome a lograr esta meta.

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus agradecimientos:

Al Dr. Manuel Fernando Moya Vargas, por compartir sus valiosos conocimientos, brindándome orientaciones oportunas y eficaces.

A los doctores evaluadores: Rosa Amparo Ruiz Saray, Sandra Gamboa Rubio y Alejandro Gómez Jaramillo, por las acertadas observaciones y sugerencias.

A la Universidad Santo Tomás, y docentes del Doctorado en Derecho.

CONTENIDO

		Pág.
	INTRODUCCIÓN	**10**
1.	**PRESUPUESTOS PARA UNA TEORÍA GENERAL DEL CONCEPTO**	**27**
1.1	**TEORÍA GENERAL DEL CONCEPTO**	**27**
1.1.1	El concepto y su naturaleza	27
1.1.2	Funciones que cumple un concepto dentro de un sistema normativo	29
1.1.3	Límites de un concepto	34
1.1.4	Cómo se construye un concepto	39
1.1.5	Qué es un concepto constitucional y cuál es su rango	40
1.1.6	Conclusiones parciales	41
1.2	**ELEMENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE JUSTICIA PENAL**	**42**
1.2.1	Reconstrucción historiográfica de la concepción de Justicia Penal	42
1.2.2	Elementos para construir desde la Constitución un concepto de Justicia Penal	48
1.2.3	Metodología para la construcción del concepto constitucional de Justicia Penal	51

1.2.4	Conclusiones parciales	51
2	**FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA JUSTICIA PENAL Y SU ESTUDIO A PARTIR DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN**	**54**
2.1	**FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA**	**56**
2.1.1	Una mirada a la justicia desde lo filosófico	56
2.1.2	La Justicia Penal según KANT	64
2.1.3	Conclusiones parciales	70
2.2	**UNA MIRADA A LA JUSTICIA PENAL A PARTIR DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN**	**71**
2.2.1	El Derecho Penal Constitucional	77
2.2.2	La función de la Justicia Penal en la nueva Constitución	94
2.2.3	El poder judicial y las mayorías políticas: ¿límite a la Justicia Penal en Colombia?	99
2.2.4	El Juez en la Justicia Penal a partir de la Constitución de 1991	103
2.2.5	Conclusiones parciales	107
3	**EL DERECHO PENAL COLOMBIANO Y SU RELACIÓN CON EL CORPUS IURIS INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN A LA PERSONA**	**109**
3.1	**EL IUS COGENS COMO FUENTE DE JUSTICIA PENAL**	**110**
3.1.1	Las garantías procesales y el respeto a los derechos, como disposiciones pertenecientes al cuerpo normativo del Ius	113

	Cogens	
3.1.2	Conclusiones parciales	116
3.2	**GARANTISMO INTEGRAL, LA CONSTRUCCIÓN DE UNA JUSTICIA PENAL CONSTITUCIONAL TRASCENDENTE**	**118**
3.2.1	La necesidad de una Justicia Penal Constitucional, como solución al problema del Garantismo Constitucional	120
3.2.2	Garantismo Integral. Desde el esbozo de una definición hacia el desarrollo de unos elementos tutelares de protección en la Justicia Penal	129
3.2.2.1	Dignidad humana. La piedra angular del Estado y la Justicia Penal Constitucional	130
3.2.2.2	Tutela judicial efectiva como desarrollo del ordenamiento jurídico constitucional y legal	134
3.2.2.2.1	El recurso judicial efectivo como protección procesal	135
3.2.2.2.1.1	La justicia como presupuesto jurídico estructural en el Estado Social de Derecho	143
3.2.2.2.1.2	Hacia un nuevo enfoque del debido proceso en la Justicia Penal como protectora constitucional	147
3.2.2.2.2	El debido proceso como garantía penal constitucional de los principios ostentados por las víctimas	150
3.2.2.2.3	La tutela judicial efectiva como recurso judicial de acceso a la Justicia Penal	161

3.2.3	Proporcionalidad e igualdad como principios garantes en la Justicia Penal constitucional	163
3.2.3.1	Igualdad y no discriminación como juicio jurídico de razonabilidad suprema en el ordenamiento nacional e internacional	167
3.2.3.2	Máxima de proporcionalidad. Una técnica protectora garantista de los derechos contemplados por la Constitución y el Corpus Iuris internacional	170
3.2.3.3	Juicio integrado de igualdad. El fundamento del Garantismo Integral en la estructura jurídica de la Justicia Penal	173
3.2.3.4	Alcances normativos del Garantismo Integral. La concreción de una definición como control constitucional	181
3.2.4	Beneficios concernientes a la adopción de un modelo de orden jurídico y pragmático concordantes con el debido proceso	184
3.2.5	Conclusiones parciales	187
4	**CONCLUSIONES GENERALES**	**188**
	BIBLIOGRAFÍA	**195**

INTRODUCCIÓN

La Investigación doctoral que se presenta a continuación se enfoca desde la perspectiva de la Justicia Penal en Colombia, en el entendido que a partir de 1991, se habla de un nuevo concepto de Justicia Penal profundamente distinto al que hasta el momento había conocido el país, concepto que nace de la constitucionalización de la Justicia Penal. El cual emerge del contenido expreso de las disposiciones que la nueva Carta Magna, establece en materia penal; de los principios y valores constitucionales que tienen repercusión en el campo del Derecho Penal Constitucional, de las normas y principios internacionales cuya aplicabilidad se plasma en el orden interno según el bloque de constitucionalidad[1], y los tratados asumidos por el Estado colombiano a nivel internacional. Este conjunto de postulados fundamenta el nuevo concepto de la Justicia Penal colombiana.

A partir de la Constitución de 1991, la Justicia Penal adquirió unos contenidos que en consideración a los principios constitucionales, los derechos fundamentales y las tendencias cultivadas del Derecho Penal, altera lo que se había venido entendiendo con base en la Constitución anterior. El papel de la Corte Constitucional genera una revolución silenciosa, por haber abonado los derechos y garantías de la mayoría de las personas

[1] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038/95 (Bogotá D.C., 9 de febrero de 1995). Expediente D-658. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Consultado el día 19 de agosto de 2015, a las 15:00 horas. En: www.jueces y fiscales.com.

que anteriormente habían sido excluidos del sistema, todo esto se debe a la consolidación de la Constitución colombiana que marca el sendero para precisar un nuevo concepto de Justicia Penal Constitucional[2].

Por lo anterior, se deberá tomar partido por una legitimación, a un nuevo concepto de Justicia Penal, a partir de los principios constitucionales, para sustentar la esencia de los derechos fundamentales, los que a su vez conllevan a la protección de los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal Constitucional en el Estado Social, Democrático y de Derecho[3].

Lo más importante de destacar en el problema de investigación es buscar una herramienta conceptual dispuesta en favor de la armonización que debe caracterizar el sistema penal, esa herramienta es la concreción del nuevo concepto de Justicia Penal que surge de la Constitución de 1991, conforme al programa constitucional de Derecho Penal, y que se soporte adicionalmente en las tendencias humanistas de la Justicia Penal, y la política criminal que se viene abriendo en favor de la convivencia pacífica y la paz sostenible.

Tomando partido por una legitimación de la Justicia Penal a partir de los principios constitucionales, soportando en ellos las bases de configuración de los derechos fundamentales, los que a su vez imponen especiales

[2] CASTAÑO ZULUAGA, Luis Ociel. Justicia e interpretación constitucional. Colombia: Bogotá. Leyer. 2010. p.22.
[3] SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Derecho penal constitucional: el principialismo penal. Universidad Externado de Colombia. 2014. p.21.

compromisos de respeto y protección de "los bienes jurídicos tutelados"[4], que vincule el moderno concepto de dogmática penal y sus funciones, la política criminal y los principios que impone la Constitución a partir de 1991.

En cuanto la dogmática penal pone límites y construye conceptos, posibilita una aplicación segura y calculable del Derecho Penal y se desprende de la irracionalidad y de la arbitrariedad. Mientras más pobre el desarrollo de una dogmática, más imprevisible la decisión de los tribunales y mientras más se retrase el desarrollo dogmático, más crece la posibilidad de que la decisión de los casos se genere en un resultado librado al azar, que lleve a un Estado de aplicación caótica y sin objetivo de la Justicia Penal[5].

La dogmática se interpreta como concretización de los principios rectores de la política criminal, ya sea de una manera implícita o explícita que desde luego se derivada de la Constitución. Los principios constitucionales son el basamento sobre el que se apoya y se reconstruye la dogmática, además es el límite garantizador selectivo entre las posibles vías a recorrer en la estrategia de la lucha contra la criminalidad[6].

La investigación titulada: el nuevo concepto de la Justicia Penal a partir de la Constitución de 1991, conlleva a responder la pregunta de investigación: ¿Cuál es el nuevo concepto de Justicia Penal a partir de la

[4] MARTÍN, Magdalena M. y LIROLA, Isabel. Los crímenes de naturaleza sexual en el derecho internacional humanitario. Barcelona: Institut Català Internacional per la Pau, 2013. Consultado el 18 de abril de 2016, a las 21:00 horas, en: http://www.pcslatin.org/public/justicia_reparacion.pdf. pp.23-25.
[5] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene futuro la dogmática jurídica penal? Bogotá: Temis, 1983. p.27.
[6] BRICOLA: "Rapporti tra dommatica e política criminale", en RIDPP.1988, p.16. citado por GARCÍA RIVAS, Nicolás. El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional. Ministerio de Justicia. 1992. p.14.

Constitución de 1991?, y con ello, que el orientador sustancial guíe a la administración de Justicia Penal en favor de la convivencia pacífica y la paz sostenible.

Esta Investigación tiene como objetivo precisar el nuevo concepto de Justicia Penal a partir de la Constitución de 1991. Esto debido a la necesaria vinculación del ordenamiento jurídico a los postulados de la nueva Constitución, de tal manera que la Justicia Penal, en cuanto parte que es de ese orden, debe imperativa y categóricamente estar referida a la Constitución.

A partir de la Constitución de 1991, se tiene una Justicia Penal de corte antropocéntrico que comporta una variación, transformadora, de todo el ordenamiento jurídico interno, en sentido general y del Derecho Penal, convirtiéndose de esa manera en el plan estructural básico y trascendente de todo el sistema jurídico. Plan que está orientado por determinados principios proveedores de sentido, que surgen del contenido normativo de ella, razón por la cual, teniendo en cuenta el objetivo general de la investigación a continuación se enuncian los objetivos específicos, en consecuencia es necesario:

Concretar la auscultación de los presupuestos de una teoría general del concepto, llegando así, al nuevo concepto de Justicia Penal conforme a la semiótica del Derecho Penal Constitucional.

Determinar la filosofía de la cual partió el legislador, las altas cortes colombianas en la Justicia Penal que justifican y sustentan las jurisprudencias que conlleven a la interpretación de éstas, para la correcta aplicación generando garantías de los valores y derechos de la persona, en una Justicia Penal constitucional, a partir de la promulgación de la Carta Magna desde 1991.

Identificar el ordenamiento jurídico a los postulados de la Justicia Penal a partir de la nueva Constitución, esto debido a que la Justicia Penal por estar enmarcada en ese orden, deberá imperativa y categóricamente dirigirse a ella, es decir, debe estar vinculada a los valores, normas y principios, que adicionalmente fundamentan la política penal con que se implementa todo el programa de Derecho Penal.

Establecer la relación entre la Justicia Penal colombiana con el ordenamiento jurídico internacional como fundamento constitucional de protección integral a la persona, e identificar la función del Garantismo integral en la construcción de la Justicia Penal constitucional trascendente, como protección jurídica, política y constitucional.

La hipótesis de la investigación radica en que el Estado constitucional parte de la base de que la Carta Política encarna un proyecto axiológico y político, bien concebido y articulado, que ante todo participa dinámicamente en la adopción de decisiones que sirven como garantía jurisdiccional por tanto, además de presentar un fuerte contenido normativo, la Constitución

debe ser garantía integral que condiciona las decisiones de la mayoría de los ciudadanos en procura de la realización de sus derechos fundamentales[7].

Esta Investigación se justifica en el entendido que ha habido una constitucionalización de la Justicia Penal a partir de la Constitución de 1991, la presente investigación tiene como papel importante destacar, compilar y demostrar que, desde la Justicia Penal de contenido constitucional, surge una herramienta de control jurídico que limita y cualifica significativamente al Estado en ejercicio de su función represiva, al tiempo que reivindica los derechos de las víctimas de los delitos, y así las cosas, el tribunal constitucional aporta los instrumentos para que la antigua garantía se convierta en defensa sustancial y procedimental, aspiración de años, que no se había alcanzado. Lo cual termina sirviendo al valor de la convivencia pacífica y la paz sostenible[8].

Esta investigación conlleva a un nuevo concepto de Justicia Penal que sirve de respaldo epistemológico para la aplicación de las instituciones jurídicas que componen el sistema penal colombiano, por tal razón el nuevo concepto de Justicia Penal permite entonces la realización de las disposiciones constitucionales, a partir de la constitución de 1991.

---

[7] BASTIDAS MORA, Patricia. El modelo constitucional del Estado Social y democrático de derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso. En: Vía Iuris. Área jurídica. Número. 7 julio-diciembre, 2009. p.51.

[8] CERRUTI, Pedro. La legitimación emocional del poder punitivo. XXVII Congreso de la ASOCIACIÓN latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buebos Aires. 2009. p.7.

En la actualidad, el Derecho Penal y la Justicia Penal no operan sin el referente de la Constitución, ya que ésta vincula a las instituciones jurídicas con la realidad social, ¿cómo es posible, sin tener en cuenta la Constitución Política, llevarse a cabo, un debido proceso, un derecho de defensa y una administración pública?

Esta Investigación se inserta en un contexto abierto, es decir, no se inclina por una escuela única de pensamiento, puesto que ésta no puede estar aferrada en una sola tradición o en un único sistema jurídico. En el entendido, que en una sociedad pluralista se cuestionan la legitimidad y la identificación de la misma, por razones políticas y éticas[9].

Según SIERRA[10], los principales rasgos que caracterizan una investigación, son:

La finalidad. Esta investigación es social básica, al tener como fin el mejor conocimiento y "comprensión de los fenómenos sociales, buscando mejorar la sociedad y resolver sus problemas"[11], en tanto que al concretar el nuevo concepto de la Justicia Penal colombiana a partir de la Constitución de 1991, se aporta a la resignificación del Derecho Penal en consideración con la convivencia pacífica y la paz sostenible.

---

[9] PETEV, Valentín. Metodología y ciencia jurídica en el umbral del siglo XXI. Trad. De Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. pp. 21 – 23.

[10] SIERRA BRAVO, R. Técnicas de investigación social: teoría y ejercicios. Madrid: Editorial paraninfo, S.A., 1992. pp.32-36 y143.

[11] CAMILLA, Giampaolo. Transizione spagnola e memoria storica. Un' analisi delle leggi Ley de amnistía e Ley para la memoria histórica e della loro ricezione nelle politiche educative in Spagna. Corso di studi Lingua, Società e Comunicazione. Italia: Universita' di Bologna. Lingüística spagnola. 2011/2012. Consultado el 12 de abril de 2016, a las 23:00 horas.http://amslaurea.unibo.it/5220/1/giampaolo_camilla_tesi.pdf.

El alcance temporal. Esta investigación es de carácter longitudinal, tiene presente la retrospectiva y prospectiva ya que el concepto de la Justicia Penal se estudia desde el nacimiento de la Constitución de 1991 hasta el presente, y se proyecta en consideración de una realidad social inclinada hacia la paz social.

La profundidad. Esta investigación es descriptiva en tanto que principalmente se mencionan las características de la Justicia Penal a partir de la Constitución de 1991 para así interpretar el concepto de ésta.

Las fuentes de la investigación. En esta investigación fueron esencialmente primarias ya que se acudió a diversos documentos escritos de índole filosófico, jurídico, político, constitucional, doctrinal, jurisprudencial, sociológico y de Derecho comparado, que conllevaron a entender e interpretar el sentido de la Constitución el cual es propiciar para la Justicia Penal de manera práctica que las leyes que se creen sean ajustadas a las valoraciones que de ella emanan y que las decisiones de los funcionarios judiciales se adopten al interior del proceso penal atendiendo a sus principios y valores según el modelo de sistema penal configurado a partir de la Constitución de 1991, generando así el nuevo concepto de Justicia Penal en Colombia.

El enfoque. Esta investigación es cualitativa: en tanto que se propone precisar el nuevo concepto de Justicia Penal de manera concreta, en lo posible.

La naturaleza. Esta investigación es documental, debido a que su objeto directo fué la observación y análisis de fuentes documentales ya mencionadas, referidas a la Justicia Penal.

En esta investigación se aborda la Justicia Penal, teniendo en cuenta el contenido expreso de las disposiciones que la Norma Superior establece de la norma penal, de los principios y valores constitucionales que tienen incidencia en el conglomerado social.

El diseño de esta investigación es de carácter longitudinal descriptivo; ya que se estudió a la Justicia Penal desde la Constitución de 1991 y su recorrido hasta la fecha (diversos tiempos).

SIERRA, argumenta que la repetición de consultas documentales permite estudiar la evolución a lo largo del tiempo[12], en cuanto al objeto de estudio; esto teniendo en cuenta que la Constitución de 1991 trata de la Justicia Penal a través de los principios constitucionales, analizando permanentemente la temática sobre una perspectiva actual, asentando la orientación en los desarrollos del denominado constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo. Debido a que el constitucionalismo contemporáneo se encuentra en la fórmula del Estado Social Democrático y de Derecho, esto porque en efecto, la nueva concepción constitucional, en este modelo de Estado, asume una organización política y social ,

[12] Op. Cit., p.144.

fundamentando así la visión política, criminal y dogmática de la Justicia Penal en la época actual.

La presente investigación tiene como método, el deductivo. Para ZORRILLA, TORRES, CERVO Y BATISTA, "la palabra deductivo proviene del latín deductivus que significa sacar o separar consecuencias de algo"[13]. Estos autores consideran que "el método deductivo parte de datos generales aceptados como válidos y que por medio del razonamiento lógico, pueden deducirse varias suposiciones"[14], logrando así llegar a conclusiones.

Razones fundantes para afirmar, que esta Investigación se basa en el método deductivo, a partir de este método, en la presente Investigación social básica, de naturaleza documental, de carácter cualitativo, y diseño longitudinal descriptivo. se desarrolló de manera secuencial el proceso desde la exploración teórica del problema, pasando por la lectura, estudio e interpretación de textos, es decir el proceso de la investigación incluyó: selección de documentos bibliográficos (lectura de conocimiento); selección de la información significativa y útil para la investigación (lectura selectiva); diferenciación y comprensión de ideas principales y secundarias (lectura crítica o reflexiva); clasificación de la información (mapas mentales); valoración de la información (aplicación al enfoque de la investigación), enjuiciamiento de las ideas (importancia para la solución del problema); Juzgamiento de la información; e Integración organizada de la información a

[13] ZORRILLA, S., TORRES, M., CERVO, A., y BAPTISTA, P. Metodología de la Investigación. México D.F.: McGraw-Hill, 1997. p.21.
[14] Ibíd., p.21.

través de la interpretación de los textos para así precisar el nuevo concepto de la Justicia Penal colombiana a partir de la Constitución de 1991.

Se seleccionaron, estudiaron, analizaron en detalle y sistemáticamente, e interpretaron los documentos (textos de carácter doctrinal, la Carta Magna y su reforma de 1991, la jurisprudencia emanada de las altas cortes a nivel nacional e internacional, entre otros, como se muestra en forma sucinta en el desarrollo de cada uno de los capítulos), concernientes al tema de la investigación para alcanzar los objetivos específicos propuestos y mediante ellos concretar el objetivo general.

El desarrollo de esta investigación, se realizó en cinco fases, en todas se seleccionaron, analizaron en detalle y de manera sistemática, e interpretaron los documentos (referencias bibliográficas) para:

La auscultación de los presupuestos de una teoría general del concepto (fase 1)

La identificación de la filosofía aplicada por el legislador y las altas cortes como sustentación y fundamentación de la Justicia Penal a partir de la nueva Constitución (fase 2).

La descripción del nuevo concepto de Justicia Penal en Colombia a partir del modelo de Justicia Penal constitucional (fase 3).

La concreción de la relación: Justicia Penal colombiana con el ordenamiento jurídico internacional (fase 4).

La identificación del fin del Garantismo Integral en el modelo del Estado constitucional. Y así llegar al nuevo concepto de la Justicia Penal colombiana a partir de la Constitución de 1991 (fase 5).

La recolección de datos para la interpretación y juicio crítico de la información, se realizó por medio de la técnica de análisis crítico, teniendo presente que para la fiabilidad de los documentos escritos se tuvo en cuenta lo expuesto por SIERRA: la autenticidad, la alteración o no por interpolaciones o lagunas, la competencia del autor y su conocimiento directo o no del tema tratado, su marco teórico y su ideología, la coyuntura política y social en que fue escrito, la pertenencia del autor a algún partido político o grupo de organización, el fin pretendido con la publicación del documento[15], y la época en que fue escrito el documento.

La investigación se estructura en cuatro capítulos, así: el capítulo 1, referido a los presupuestos para una teoría general del concepto, en el entendido que el objetivo general de esta investigación es el de precisar el nuevo concepto de la Justicia Penal a partir de la Constitución de 1991. Por lo tanto se hace necesario descubrir los elementos que permitan construir ese nuevo concepto de Justicia Penal.

El capítulo 2, fundamentación filosófica, analiza los fundamentos filosóficos en la Justicia Penal, basada en las teorías procedimentales de la Justicia, tema de importancia central en la filosofía del Derecho moderno.

[15] SIERRA BRAVO, R. Técnicas de investigación social: teoría y ejercicios. Madrid: Editorial paraninfo, S.A., 1992. p.284.

Con el fin, de fundamentar epistemológicamente el nuevo concepto de la Justicia Penal colombiana, según la Constitución, y en donde se interpreta la función de la Justicia Penal en el Estado constitucional de Derecho, explicando como el Derecho Penal Constitucional atendiendo a su fundamentación filosófica desde la Constitución de 1991, genera una nueva visión del concepto de la Justicia Penal; este capítulo, nos remite al capítulo 3, el derecho penal colombiano y su relación con el Corpus Iuris Internacional de protección a la persona, donde se analizan los distintos sistemas de protección que integran el mismo, y su relación con la Justicia Penal colombiana, esto con el fin de demostrar como después de haber finalizado la segunda guerra mundial, las víctimas han ocupado un papel central en las normas multilaterales[16]. La corte en cuanto a la Justicia Penal colombiana se refiere, tiene en cuenta los tratados y convenios internacionales, ofreciendo así una mayor seguridad jurídica y una mayor concreción de nuestra posición en tanto que permite conocer cuales son estos fundamentos y cual su aporte normativo o jurisprudencial nacional e internacional, razones suficientes que nos conllevan al estudio sobre la Justicia Penal colombiana en donde se concreta, como el Garantismo Integral, brinda seguridad jurídica, contribuyendo de esa manera a la construcción de una Justicia Penal Constitucional trascendente, como razón

[16] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578 /02 (Bogotá D.C., 30 de julio de 2002). Expediente LAT-223. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

de ser del nuevo concepto de la Justicia Penal a partir de la Constitución de 1991.

En el capítulo 4 se presentan las conclusiones, concretando los elementos, las funciones y los límites del concepto de Justicia Penal, precisando así el nuevo concepto de Justicia Penal a partir de la Constitución de 1991.

Esta Investigación aporta a la historia del Derecho nacional, desde el campo particular del análisis del Derecho público, en el entendido que la investigación propone redescubrir dogmáticamente el concepto de Justicia Penal, por oposición a la práctica hermeútica que había caracterizado a la administración de la justicia colombiana y que por ausencia de un concepto claro de la nueva Justicia Penal a partir de la Constitución, sigue injertándose en las decisiones judiciales. Contribuyendo "al cambio de la concepción del Derecho y de la posición que frente a la norma asumen los operadores jurídicos en el escenario nacional, quienes aún en pleno siglo XXI continúan apegados, mayoritariamente, a un formalismo superado hace décadas en los centros de producción ius-teórica Europeos"[17].

La investigación se instituye en una pauta explicativa de la forma como se ha ejercido el control de constitucionalidad y sobre la manera como debería efectuarse, a partir de su descripción y análisis, con el fin de aportar a la consolidación de la custodia judicial de la Constitución. Actualmente es

[17] CASTAÑO ZULUAGA, Luis Ociel. Justicia e interpretación constitucional. Colombia: Bogotá. Leyer. 2010. p.7.

primordial tener en cuenta el principio democrático de constitucionalidad, que se traduce en la Justicia Penal Constitucional, como un requisito esencial que se configura en el Estado Social, Democrático y de Derecho[18]. Esto debido a que en las sociedades modernas, se ha infiltrado a los Tribunales Constitucionales una vitalidad para poder preservar así los excesos del poder que pueden dar al trasto con los derechos y garantías constitucionales, conllevando al Estado por senderos de degradación moral y de injusticia[19].

Un verdadero Estado de Derecho moderno, se debe ceñir al postulado garantista que contempla la existencia de un control constitucional, de los actos del poder y cuya vocación lo afilia al servicio de condiciones pacíficas de convivencia y de la paz como principio antes que un mero valor.

LOEWENSTEIN, crea la idea de conllevar los estudios constitucionales a un criterio realista y pragmático, que no se desgaste en lo teorético-abstracto, aún a riesgo de la equivocación o de la incomprensión que pueden generar. El Derecho Penal Constitucional se compone de normas constitucionales de hechos o comportamientos referidos a la Constitución, y de los principios que deben inspirar esas normas y hechos a una Justicia Penal trascendente[20].

La resignificación de la práctica judicial en la Justicia Penal Constitucional colombiana, conlleva a presentar una investigación de

[18] Ibíd., p.27.
[19] Ibíd., p.27.
[20] LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Trad. Alfredo Gallego. 2da Edición, Barcelona: Ariel. 1976. Citado por SAGÚES, Pedro Néstor. Teoría de la Constitución. Buenos Aires: Astrea. 2004, pp. 73-87.

carácter descriptivo y analítico[21]. Para esta Investigación es importante tener en cuenta, la socialización y sensibilización en lo que concierne, al grado de utilidad social, que debe presentar la Justicia Penal Constitucional, generando así en la mente de los antiguos juristas una nueva concepción de la Justicia Penal para que puedan asumir así unas funciones: garantistas protectoras y efectivas en el nuevo ordenamiento jurídico penal, teniendo en cuenta el Estado Social Democrático y de derecho[22].

De tal manera, que esta idea nace teniendo presente que una Constitución impone al Estado su organización, las normas y principios de contenido político, con especial relevancia los valores y derechos fundamentales, haciendo énfasis en la limitación al poder punitivo del Estado. Por tal razón la Constitución conlleva a una decisión axiomática a favor de los principios que la integran[23].

Reafirmando lo dicho por PETEV, el Derecho tiene como fin responder a las expectativas de una sociedad altamente comunicativa, buscando respuestas y soluciones más fundamentales[24], en una sociedad pluralista.

Como una nueva forma de fundamentar los diversos campos jurídicos, se hace presente la fundamentación filosófica para las instituciones de índole jurídico, y a eso es lo que se le denomina hoy en día la constitucionalización

[21] CASTAÑO. Op. Cit., p.28.
[22] Ibíd., p.28.
[23] SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Derecho penal constitucional: el principialismo penal. Universidad Externado de Colombia. 2014. p.11.
[24] PETEV, Valentín. *Metodología y ciencia jurídica en el umbral del siglo XXI*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. pp. 18-21.

de la Justicia Penal y del Derecho. Dando una verdadera legitimación a la Justicia Penal desde los principios constitucionales, base primordial para la configuración de los derechos fundamentales como protección a los bienes jurídicos tutelados en el Estado de derecho[25]. Precisando así, un nuevo concepto de Justicia Penal, el cual propenda por la paz sostenible y la convivencia pacífica.

[25] SÁNCHEZ HERRERA, Op.cit., p.11.

1. PRESUPUESTOS PARA UNA TEORÍA GENERAL DEL CONCEPTO

1.1 TEORÍA GENERAL DEL CONCEPTO

El concepto es el constituyente del pensamiento. Uno de los rasgos esenciales es que puede ser compartido por personas diferentes y por una misma persona en el curso del tiempo. El concepto hay que distinguirlo por tanto de la idea particular que viene a la mente en un momento dado. El concepto se considera como un tipo de representación interna en cuyo caso se moviliza en ocasiones diferentes de la manera en que el tipo de palabra puede tener muchas interpretaciones[26]. A continuación enunciaremos los presupuestos esenciales que conlleven a una interpretación del concepto.

1.1.1 El concepto y su naturaleza

La palabra "concepto" viene del latín *conceptum* y éste del verbo *concipere,* que significa concebir; el concepto se refiere a una forma de concebir o formar el entendimiento, es una abstracción retenida en la mente que explica o resume experiencias, razonamientos o imaginación[27]. Esto quiere decir por tanto que el concepto es una abstracción "obtenida de

[26] MELO FLORIÁN, Alejandro. Cerebro, mente y conciencia: un enfoque multidisciplinario. Bogotá: Ed.Internal Medical Pusblishing. 2010. p.p 248-264

[27] Etimología de concepto. (Anónimo). Consultado el 7 de septiembre de 2016, a las 15:00 horas. En: http://etimologias. dechile.net/?concepto.

acontecimientos observados"[28], "representa una selección de ciertos fenómenos que son agrupados o clasificados juntos"[29], "son construcciones lógicas creadas partiendo de impresiones de los sentidos, de percepciones o incluso de experiencias bastante complejas (…) ellos constituyen los cimientos de todo pensamiento y comunicaciones humanas"[30]. El concepto "es expresado por la mente y en la mente, por el cual y en el cual conocemos una cosa"[31], por tal razón el concepto lo debemos expresar de una manera que contenga los caracteres o notas que constituyan la esencia de las cosas para que así pueda aplicárselas adecuadamente[32]; el concepto es el único signo formal que existe, pero este signo es un "término mental" que pertenece a la interioridad del sujeto cognoscente, al cumplir la condición de identidad entre el contenido y la esencia de las cosas que representa[33]. El concepto es la estructura mental mediante la cual se representa la categoría significativa del objeto, describiendo los atributos definitorios de éste[34], y "permite la agrupación de objetos o hechos sobre la base de las similitudes percibidas"[35]. Por tal razón el concepto se entiende como un acto del entendimiento que capta precisamente una idea referente a un sector de la

[28] SELLTIZ, Claire., WRIGHTSMAN, Lawrence S. y COOK, Stuart W. Método de investigación en las relaciones sociales. Madrid: Rialp. 1980.
[29] ZORRILLA ARENA, Santiago, Introducción a la metodología de la investigación. México: Ed. Océano s.a.1986 p. 58.
[30] GOODE, Williams y HATT, Paul. Método de investigación social. México: Ed. Trillas. 1982. pp. 58 y 59.
[31] BEUCHOT, Mauricio. Introducción a la lógica. México. UNAM. 2004, p.21.
[32] Ibíd., p. 22.
[33] Ibíd., pp. 29-30.
[34] BRUNING, Roger H., SCHRAW, Gregory J. y RONNING, Royce R. Psicología cognitiva e instrucción. Trad. Celina González serrano. Alianza Editorial, S.A., Madrid. 2002. p. 73.
[35] Ibíd., p.474.

realidad concreta o abstracta, sin afirmar o negar nada sobre ella[36]. En suma el concepto "es una abstracción de datos, y con ellos determinamos objetos, manejamos propiedades, procesos y relaciones relativamente invariables, que organizamos en diferentes sistemas conceptuales"[37]. Siendo el concepto el constituyente del pensamiento.

La naturaleza del concepto es la misma del objeto que representa, "hay que buscarla en la comprehensión del concepto, que es donde la esencia del objeto está expresada"[38], por tal razón la naturaleza del concepto no es ni más ni menos que su particular capacidad para dar con la esencia de las cosas[39]. Entonces, el concepto nace de la información que almacenamos en la mente dándole el sentido[40].

1.1.2 Funciones que cumple un concepto dentro de un sistema normativo

El concepto en el sistema normativo constituye un universo que a la vez en el lenguaje permite comprender el significado de la norma jurídica en un momento histórico, determinando las realidades, así la norma constata una realidad que describe y en su acción sobre la sociedad, la proyecta. De ahí

[36] GARCÍA RESTREPO, Luis Enrique. Lógica y pensamiento crítico. 4ta. Edición. Manizales. Editorial Universidad de caldas. 2004. p.115.
[37] Ibíd., p.116.
[38] BRUNING, Roger H., SCHRAW, Gregory J. y RONNING, Royce R. Psicología cognitiva e instrucción. Trad. Celina González serrano. Alianza Editorial, S.A., Madrid. 2002. p. 22.
[39] RAMOS, Francisco José. Estética del pensamiento: el drama de la escritura filosófica. Volumen 1. Editorial Fundamentos, 1998. p.129.
[40] Etimología de concepto. (Anónimo). Consultado el 7 de septiembre de 2016, a las 15:00 horas, en: http://etimologias. dechile.net/?concepto.

que el concepto como función en lo normativo identifica y describe los elementos estructurales de la norma[41].

Teniendo en cuenta lo anterior, las funciones del concepto en el sistema normativo, se concretan en:

Función de regla constitutiva. Por oposición a las reglas regulativas, que son las normas propiamente dichas, los conceptos son los que dinamizan las estructuras, en el entendido que indican para qué sirven, hacia dónde van, qué se puede hacer con ellas y qué no, de tal manera todo aquello que salga de su cobertura se estima extra o contrasistémico, por ello el concepto es lo que hace que la estructura se mueva, que viva, que sea lo que su naturaleza indica y representa de manera abreviada una diversidad de hechos, procesos u objetos[42]. Por ejemplo, el concepto de justicia es lo que hace que puedan realizarse las disposiciones constitucionales sobre administración de justicia, así el predominio constitucional de la justicia material, es lo que tiene que ser a partir de un concepto de justicia que sirva de trasfondo, esto es, de respaldo epistemológico.

Función de revelación de las epistemologías de respaldo. Por lo mismo es a través de los conceptos que emerge el pensamiento en que se sustentan las distintas instituciones, en ausencia de conceptos una institución sirve para cualquier cosa, incluso para todo lo contrario a lo que

[41] FRIES, Lorena y MATUS, Verónica. El derecho: trama y conjura patriarcal. Lom Ediciones, Jan 1, 1999. pp. 67-68.
[42] RODRÍGUEZ MOGUEL, Ernesto A. Metodología de la Investigación: La creatividad, el rigor del estudio y la integridad son factores que transforman al estudiante en un profesionista de éxito. México: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2005. p.59.

fue creada. El concepto no es un fenómeno en sí, el concepto es una abstración que sirve de indicador de alguna cualidad con exclusión del sujeto[43].

Función interpretativa. El concepto hace más probable la incorporación a la conciencia de las instituciones jurídicas, manifiestas en disposiciones normativas, las cuales se apreciarán recurrentemente a partir de la base de una comprensión preliminar. Tanto que se ha tomado como brocardo que el desconocimiento de la norma no libra de la responsabilidad proveniente de su inobservancia, con un atenuante consistente en el llamado error de prohibición. De tal manera, la norma que contiene los criterios valorativos que subyugan al juzgador son contextos lingüisticos, por tal razón cuando el juez aplica la norma presupone su interpretación, pues no sería posible la aplicación de la normatividad sin entender el significado[44].

En ausencia de conceptos asociados a las instituciones jurídicas, sería mucho menos probable tanto su comprensión como su observancia, pues el concepto hace probable o al menos más probable, asir los significados de los signos no formales, y con ello la posibilidad de practicarlos conforme al nivel intencional con que fueron diseñados[45].

---

[43] Ibíd., p.58.
[44] HERNÁNDEZ VILLAREAL, Gabriel. Temas vigentes en materia de derecho procesal y probatorio: homenaje al doctor Hernando Morales Molina. Colombia: Universidad del Rosario. 2008. p.192.
[45] MOYA VARGAS, Manuel Fernando. Los fallos penales por inasistencia alimentaria: un desfase entre la ley y la práctica judicial. Bogotá: Universidad Santo Tomas. 2007. p.p. 13- 38.

Función de democratización de las instituciones. Las instituciones son las constricciones convencionalmente construidas para enmarcar la interacción humana en una sociedad[46]. La función de democrátización de las instituciones es la de reducir la complejidad del entorno interpretativo en el sistema normativo en relación con una estructura social, teniendo en cuenta que "las instituciones son normas pero no son legislación"[47]. Entendiendo que el concepto de democratización de las instituciones se consolida cuando éste sea alcanzado por las comunidades menos expertas, por tal razón, el concepto esfuerza la relación entre la institución y el experto, pero es lo único que hace probable la relación entre la institución y el lego.

Función de sinapsis estructural. Al reducir la complejidad de la interpretación en la normatividad jurídica, se hace posible correlacionar las funciones del subsistema normativo, con las funciones que cumplen otros subsistemas dentro del gran sistema social, creando mayor seguridad jurídica en la interpretación[48]. Así por ejemplo, es el concepto de "obligación" lo que permite relacionar las funciones que cumplen esta institución jurídica con otras como el dinero, la propiedad, etc.

---

[46] ESCOBEDO, Juan Francisco. México: poliarquía en construcción: democratización, comunicación, información y gobernabilidad. México: Universidad Iberoamericana. 2004. p.105.

[47] NORTH, Douglas. Institutions, institutional Change and Economic Perfomance. Cambridge: Massachusets, Cambridge University Press.1990. Citado por: ESCOBEDO, Juan Francisco. México: poliarquía en construcción: democratización, comunicación, información y gobernabilidad. México: Universidad Iberoamericana. 2004. p.105.

[48] LEÓN BASTOS, Carolina. La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos: Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica. Madrid: Editorial Reus. 2010. p.44.

Función de integración interinstitucional. El concepto proporciona las condiciones que hacen posible relacionar al interior de una institución los distintos componentes que la integran. Así, volviendo al ejemplo del concepto de obligación, evidentemente es la base a partir de la cual se cohesionan en una unidad institucional los elementos: acreedor, deudor y prestación[49]. Sin el concepto dicha relación no sería evidente, y la integración de la institución de las obligaciones, con otras como bienes, fuentes de derechos, etc., sería así mismo improbable.

Función de identidad. A través de los conceptos es que puede modelarse la identidad de un sistema normativo. Entendiendo por identidad la condición que permite reconocer y distinguir un sistema respecto de cualquier otro, hallamos que son los constructos conceptuales los que mejor contribuyen a la definición. Así por ejemplo, de la definición de lo que es la verdad procesal y el principio de congruencia, es que puede identificarse la tendencia de un enfoque procesal dentro de una estructura penal[50].

La función que cumple el concepto dentro de la normatividad, es la de determinar las pautas de conductas que hombres y mujeres pertenecientes a una comunidad deben seguir para que se cumpla el modelo de convivencia que desde el sistema de tipo jurídico se programa, proporcionando así una dirección del sistema normativo. En el entendido que el concepto hace más

[49] SOTO ALVAREZ, Clemente. Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil. México: Editorial Limusa, 1982. p.223.
[50] MOYA VARGAS, Manuel Fernando. "La verdad y el espacio procesal penal. Ley 906 de 2004" Colombia: Universidad Católica de Colombia, v. 1. 2012. pp.30-118.

aprehensible a la sociedad, de tal manera que el concepto organiza, generaliza y abstrae lo fundamental, conllevando así a la idea y a la razón[51]. Así por ejemplo, el concepto de delito permite comprender que ninguna conducta punible se sustraiga a la condición de: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

1.1.3 Límites de un concepto

El término límite, se encuentra en el latín, y más exactamente en el vocablo limes, genitivo de limitis, que se puede traducir como "borde o frontera". Un límite, por otra parte, puede ser una restricción. Puede hablarse de un límite legal, social o de otro tipo. Un límite es una represión que no siempre resulta negativa[52]. Aquí la idea es señalar lo que no puede hacerse mediante un concepto, a continuación se enuncian los límites de un concepto:

Desnaturalizar la institución, o lo que es igual hacerle decir lo que no es, por ejemplo a través de un concepto no puede decirse que el Derecho Penal es mínimo cuando es la principal herramienta de control social, o maneja una cobertura de comportamientos como ningún otro lo hace; "que asegure la máxima reducción cuantitativa de la intervención penal, la más amplia

[51] UNIVERSITY OF TEXAS. Estado, derecho, sociedad: seminario sobre la filosofía del derecho de Hegel. Colombia: Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia. 1993 (digitalizado: 20 de febrero de 2008). p.41.

[52] PÉREZ PORTO, Julián y MERINO María. Definición de límite. - Qué es, Significado y Concepto. Consultado el 5 de noviembre de 2016, a las 16:00 horas. En: http://definicion.de /limite/#ixzz4PAYs8pMf

extensión de sus vínculos y límites garantistas y la rígida exclusión de otros métodos de intervención coercitiva"[53].

El concepto no puede crear instituciones, surge de las instituciones, es decir, el concepto nunca las precede, por ejemplo, el Derecho Penal constituye uno de los medios de control social con que cuenta el Estado en su tarea de proteger determinados bienes jurídicos con miras a preservar la paz y la armonía social. Razón por la cual al constitucionalizarse el Derecho Penal en vigencia de la Constitución de 1991 se crea un nuevo concepto de Derecho Penal y de Justicia Penal, como acertadamente lo enseña la Corte Constitucional[54], cuyo principio fundante es la dignidad humana propio de un Estado Social Democrático y de Derecho[55].

El concepto siempre cumple la función de significante, pero nunca de referente. Entendiendo que el significante desde el punto de vista de la lingüística "es el soporte material (captado por los sentidos)"[56] como lo define Charles SANDERS PEIRCE, "trata de un fonema o secuencia de fonemas

[53] FERRAJOLI, Luigi. El DerechoPenal Mínimo. En: Revista Poder Y Control. No. 0.1986. pp. 45-46. Citado por: GARCÍA, Antonio, y DE MOLINA, Pablos. Introducción al derecho penal: Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces. 2002. p.206.
[54] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-939/02 (Bogotá D.C., 31 de octubre de 2002). Expediente R.E- 119 Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.
[55] VIVEROS CASTELLANOS, Yesid; OROZCO RUIZ, Dianny ANDREA; FERNÁNDEZ GÜEHA, Diego Alejandro; CORREAL TOVAR, Manuel Alejandro; RICO REVELO, Genny Milena y TRUJILLO CARVAJAL, Adriana del Pilar. Derecho penal general casuístico. Bogotá: Ediciones doctrinante y ley. 2011. p.3.
[56] PÉREZ PORTO, Julián y GARDEY Ana. Definición de referente - Qué es, Significado y Concepto. Consultado el 30 de octubre de 2016, a las 13:30 horas. En: http://definicion.de/referente/#ixzz4ObC5eHM7

que constituyen un signo lingüístico al asociarse con un significado"[57]. Por ejemplo, "podemos considerar el caso de la palabra "casa". Es un conjunto de fonemas articulados (/k/, /a/, /s/, /a/) cuyo significante designa un significado específico: el concepto mental de lo que es una "casa", es decir, un edificio para habitar"[58].

Ferdinand de SAUSSURE, define el referente como la imagen o concepto mental que nos evoca el signo lingüístico. Este elemento no está condicionado por factores humanos, es "natural"[59]; el referente es el ""objeto" que representa gráficamente un concepto"[60]. El referente es "aquello que, en el contexto del proceso enunciativo, comprende la entidad (o cosa "real") a la cual se alude. [Así por ejemplo], el referente del signo árbol es el elemento físico compuesto por el tronco, las ramas, las hojas, etc.", el referente puede ser tanto real ([toro]) como imaginario ([centauro]), un objeto material ([libro]) o abstracto ([justicia]), una entidad de la realidad extralingüística ([el cielo]) o de la realidad lingüística o textual"[61].

El concepto es un hecho institucional, luego es en sí mismo un hecho bruto, luego no hay conceptos naturales. Los Hechos institucionales se

[57] PÉREZ PORTO, Julián y MERINO María. Definición de significante - Qué es, Significado y Concepto. Consultado el 30 de octubre de 2016, a las 14:00 horas. http://definicion.de/significante /#ixzz4ObAhS 2O4
[58] Ibíd.
[59] SAUSSURE, Ferdinand. Curso de lingüística general. Editores Charles Bally, Albert Sechehaye, Albert Riedlinger. Vol 1. Publisher Losada, 2005.
[60] DANGELO, Mariela Andrea. Gramática del signo icónico. Consultado el 30 de octubre de 2016, a las 14:30 horas. En: http://www.palermo.edu/dyc/maestria_diseno/pdf/tesis.completas/14%20Dangelo.pdf
[61] PINEDA, Elkin Fabriany. Enunciado, enunciación y referente. Consultado el 30 de octubre de 2016, a las 15:00 horas. En: https://prezi.com/si4mrc8u1xbg/enunciado-enunciacion-y-referente/

derivan de instituciones humanas. Yo no puedo crear hechos institucionales, es mi grupo (sociedad, país, etc.) es el, el que puede hacerlo, y lo hace[62].

John SEARLE, establece la diferencia entre hechos brutos de hechos institucionales. Los primeros, se caracterizan a partir de sus características físicas y de sus componentes. Los segundos, se caracterizan a partir del conocimiento de la realidad normativa que a través de normas constitutivas, les da vida[63]. Por ejemplo, se puede afirmar que los derechos fundamentales, así como el propio sistema jurídico, forman parte de esa realidad institucional.

El concepto es accesorio, nunca es principal. El término accesorio etimológicamente hablando, proviene del vocablo accesus, que es sinónimo de "entrada o acercarse", y del sufijo –orium, que puede traducirse como "relación"[64]. El concepto accesorio se refiere a "lo secundario, que depende de lo principal o que se le une por accidente"[65].

Dentro de la ciencia del Derecho el concepto accesorio tiene una connotación puntual. "Así, por ejemplo, nos encontramos que el hecho de que una persona sea condenada a entrar en prisión lleva aparejada una serie

[62]SEARLE, John R. La construcción social de la realidad, trad. Doménech, Antoni, Barcelona – Buenos Aires- México. Paidós, 1997. pp.45-46. Citado por SANDOVAL, Luis. Teórico 9: La creación de hechos institucionales. Consultado el 2 de noviembre de 2016, a las 10:00 horas. En: https://modosdevagancia .wordpress.com/2009/08/19/teorico-9-la-creacion-de-hechos-institucionales/

[63] Ibíd., pp.45-46. Citado por: MOYA VARGAS, Manuel Fernando. Los fallos penales por inasistencia alimentaria: un desfase entre la ley y la práctica judicial. Bogotá: Universidad Santo Tomas. 2007. p. 26.

[64] PÉREZ PORTO, Julián y GARDEY Ana. Definición de accesorio - Qué es, Significado y Concepto. Consultado el 6 de noviembre de 2016, a las 10:00 horas. En: http://definicion.de/accesorio /#ixzz4 Pe uw t9WW.

[65] PÉREZ PORTO, Julián y GARDEY Ana. Definición de accesorio - Qué es, Significado y Concepto. Consultado el 6 de noviembre de 2016, a las 10:05 horas. En: http://definicion.de/accesorio/#ixzz 4Pev BgyXw.

de penas accesorias. En concreto entre estas últimas estarían la sujeción a vigilancia, la interdicción civil y también la suspensión de una serie de derechos"[66].

El concepto guía, pero no es el destino mismo de la interpretación. El concepto como guía, es "aquello que dirige o encamina. El término, de acuerdo al contexto, puede utilizarse de diversas maneras, una guía es un tratado que indica preceptos para dirigir cosas"[67]. Así por ejemplo, para el derecho, cuando nos referimos a la norma expresada en un texto legal, se genera un concepto de carácter abstracto[68], de tal manera que requiere hermenéuticamente de una interpretación para poder ser aplicada al caso propuesto.

El principal límite de un concepto es su definición, porque en el concepto se distinguen las características que recoge la definición, teniendo en cuenta que la definición señala las cualidades particulares de un concepto, y en su mayoría son descriptivas. Por tal razón un concepto no es aplicable a determinado objeto o caso, es decir puede ser controvertido, razón por la cual se hace necesario recurrir a la definición[69]. "Por ejemplo, para evitar los efectos penales o sociales de un hecho innegable, se le

[66] Ibíd.
[67] PÉREZ PORTO, Julián y GARDEY Ana. Definición de guía de observación - Qué es, Significado y Concepto. Consultado el 6 de noviembre de 2016, a las 10:45 horas. En: http://definicion.de/guia-de-observacion/#ixzz4PF4zZeC5.
[68] UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL. Ciencia y dogmática: interpretación y aplicación del derecho penal. Colección Derecho público. Vol. 1. Universidad Nac. del Litoral. 1999. p.108.
[69] GARCIA DAMBORENEA, Ricardo. Uso de razón: el arte de razonar, persuadir, refutar. Un programa integral de iniciación a la lógica, el debate y la dialéctica. Ediciones Uso de razón, 2011. p. 32.

cambia el nombre: le he llamado imbécil, pero no es un insulto, sino un diagnóstico"[70].

Los límites del concepto no pueden estar definidos porque siempre nos encontrarnos con un "conjunto indistinto" caracterizado por la indefinición de sus componentes, lo que significa que un concepto "carece de límites"[71].

1.1.4 Cómo se construye un concepto

La forma en que se construye el concepto depende de las concepciones del conocimiento y de la realidad de las cuales se parte. Teniendo en cuenta su precisión. "Precisión no sólo en relación con su univocidad y con su enunciación o definición, sino también en su relación con la teoría del conocimiento, con los paradigmas científicos, con el objeto de estudio y con la situación problemática que originó la investigación"[72].

Para la construcción de un concepto corresponde tener en cuenta lo siguiente:

"Ha de existir acuerdo y continuidad en la atribución de determinados contenidos figurativos o determinadas palabras.

Deben estar definidos con precisión, es decir, con un contenido semántico exactamente establecido.

---

[70] Ibíd., p.33.
[71] SARTORI, Giovanni. Cómo hacer ciencia política: lógica, método y lenguaje en las ciencias sociales. Penguin Random house Grupo Editorial. España 2011.
[72] SCHANZER, Rosanna. El marco teórico de una investigación. Consultado el 23 de septiembre de 2016, a las 23:00 horas. En: http://www.fhumyar.unr.edu.ar/escuelas/3/materiales%20de%20catedras/trabajo%20de%20campo/marco_teorico.htm

Tienen que tener una referencia empírica, o sea, referirse a algo aprehensible, observable (aunque sea indirectamente)"[73].

Por ejemplo, el concepto de delito se construyó mediante la expresión de una idea, forma o modo. El delito nace de la "valoración de la conducta humana condicionada por el criterio ético de la clase que domina la sociedad"[74]. Es decir, "el delito (en su concepción jurídica) nace del acto humano voluntario que se adecua al presupuesto jurídico de una ley penal"[75].

1.1.5 ¿Qué es un concepto constitucional y cuál es su rango?

Un concepto constitucional es aquel que "conlleva implícito el ejercicio de los derechos fundamentales diversos"[76], esto es que la naturaleza del concepto es servir de regla constitutiva. "contribuyendo en el ordenamiento jurídico del proceso de integración del Estado, que garantice la existencia de un ordenamiento jurídico orientado por la rectitud y el respeto de la legalidad"[77].

El rango constitucional es un "principio teórico del Derecho constitucional que postula, originalmente, ubicar a la Constitución de un país jerárquicamente por encima de todo el ordenamiento jurídico, considerándola

---

[73] Ibíd.
[74] MACHICADO, J. Concepto de delito. Apuntes jurídicos. 2010 p.2.
[75] Ibíd., p.3.
[76] RIBERA NEUMANN, Teodoro. La protección constitucional de la empresa: la individualidad determinada y la teoría del levantamiento del velo. Consultado el 23 de septiembre de 2016, a las 23:00 horas. En: http://lyd.org/wp-content/uplo ads/2015/02/pp-275-298-La-proteccion-constitucional-de-la-empresa-La-individualidad-determinada-y-la-teoria-del-levantamiento-del-velo-TRibera.pdf. p.281.
[77] SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Derecho penal constitucional: el principialismo penal. Universidad Externado de Colombia. 2014. p.31.

como Ley Suprema del Estado y fundamento del sistema jurídico. Según cada país, los tratados internacionales ratificados por el país gozan de igual rango (rango constitucional) o superior a las leyes e inferior a la constitución"[78].

El rango constitucional es un fortalecimiento institucional que está aparejado al nivel de la Constitución Colombiana, dándole supremacía constitucional, "se desprende del artículo 4 de la Constitución Política que dice que la Constitución es Norma de Normas - Carta Magna y que ninguna ley de inferior categoría podrá contradecir la Constitución"[79], positivizando los "principios y criterios para establecer y aplicar las normas del ordenamiento, ordena toda las esferas de vida esenciales para la convivencia, precisamente porque dichas esferas son consustanciales a la vida en conjunto y se encuentran indisolublemente conectadas con el orden político"[80].

1.1.6 Conclusiones parciales

Para llegar al nuevo concepto de la Justicia Penal a partir de la Constitución de 1991, se hace necesario tener como referente desde la semiótica la palabra concepto, esto debido a que el concepto corresponde expresarlo de manera que contenga los caracteres o notas de la esencia de

[78] Supremacía constitucional. (Anónimo) Consultado el 25 de septiembre de 2016, a las 13:00. En:https: //es.wikipedia. org/wiki/Supremac%C3%ADa_constitucional.
[79] Ibíd.
[80] SÁNCHEZ, Op cit. p.31.

las cosas, para captar de forma precisa la idea específica de éstas y llegar a la realidad concreta.

En el sistema normativo el concepto instituye un universo, para poder dar comprensión al significado de la norma jurídica, en un momento histórico, conllevando a la realidad, logrando así la proyección de la misma y su acción sobre la sociedad.

El concepto tiene un límite, que establece lo que no es viable de hacer, que es concordante con el Derecho Penal y la Justicia Penal, en donde se concreta de manera contundente las actuaciones de las personas, para no contrariar la normatividad penal, generando conductas típicas y antijurídicas causando daño a los coasociados.

1.2 ELEMENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE JUSTICIA PENAL

1.2.1 Reconstrucción historiográfica de la concepción de Justicia Penal

La concepción de justicia penal en Colombia historiográficamente ha sido tema de intenso debate, porque se cuestiona el proceso de codificación de si éste ha sido un esfuerzo revolucionario o un simple reflejo de la ideología liberal europea.

Históricamente, la Justicia Penal en Colombia ha sido objeto de continuas reformas; múltiples cambios de dirección y de prioridades en la

ejecución, algunos con resultados más afortunados que otros, han definido el camino por el que nuestro sistema judicial transita, hasta el punto de poder afirmar que la reforma es una actividad incesante[81].

El 4 de abril de 1811 se promulgó la primera Constitución que podría tener alcance nacional: la Constitución del Estado de Cundinamarca, en esta Constitución se afirmó en el Título XII que "Los derechos del hombre en sociedad son la igualdad y libertad legales, la seguridad y la propiedad", y que "La soberanía reside esencialmente en la universalidad de sus ciudadanos"[82]. En 1811 la Justicia Penal se concibió como una justicia garantista de los derechos individuales, "aunque para esa época se aplicaron instituciones penales coloniales, pero suavizadas por la garantía de los derechos individuales"[83], como concepto garantista de la Justicia Penal, para esta época: queda de manifiesto en el entendido que la tortura se elimina como pena e instrumento procesal para todo tipo de delitos, lo mismo que se prohíbe la privación de la libertad sin previo mandato de la autoridad competente.

El 30 de agosto de 1821 los representantes firmaron la Constitución de Cúcuta de 1821 la cual dio validez a las leyes de indias, pragmáticas y cédulas originarias de la corona; de carácter centralista, determinando que el

[81] VIVEROS CASTELLANOS, Yesid; OROZCO RUIZ, Dianny ANDREA; FERNÁNDEZ GÜEHA, Diego Alejandro; CORREAL TOVAR, Manuel Alejandro; RICO REVELO, Genny Milena y TRUJILLO CARVAJAL, Adriana del Pilar. Derecho penal general casuístico. Bogotá: Ediciones doctrinante y ley. 2011. p.1.
[82] POMBO, Manuel Antonio y GUERRA, José Joaquín. "Constitución de Cundinamarca, 1811", Constituciones de Colombia, Bogotá: Ministerio de Educación Nacional, 1951, vol. 188-199.
[83] PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Manual de derecho penal: Tomo I. 9na edición. Bogotá: Ediciones doctrina y ley, LTDA. 2013. p.74.

pueblo no ejercerá por sí mismo otras atribuciones de la soberanía que las elecciones primarias, y que el poder supremo estará dividido para su administración en legislativo, ejecutivo y judicial[84]. Dado que no existía todavía un estatuto penal, para esa época[85], ya se tenía un concepto de Justicia Penal garantista dado que en esta Constitución se proponía el establecimiento paulatino del Jurado lo que conllevaría a su fijación como mecanismo procesal para el juicio de los delitos de imprenta[86]. Lo garantista de la Justicia Penal para la época se evidenció en "la fijación de un doble panel de jurado para mayor garantía de los juicios, la elección por sorteo de los jurados, la capacidad recusatoria sobre los mismos, la atribución a los paneles para decidir sobre el hecho y graduar las penas"[87].

En 1837 la Justicia Penal colombiana tuvo una influencia de las legislaciones francesa y española, tomando un concepto de Justicia Penal liberal moderada, cuya trascendencia radica en el hecho de que para esta época quedó tácitamente derogada la legislación española hasta entonces vigente[88], la corriente de pensamiento liberal moderado "se nutrió de los liberalismos europeos y americanos que tomaron forma durante la época"[89], el concepto de Justicia Penal moderado se generó a partir del momento en

[84] LAROSA, Michael J. y MEJÍA, Germán R. Historia concisa de Colombia (1810-2013). Ministerio de Cultura, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad del Rosario. 2014. p.45
[85] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho penal. Parte general. 4ta edición. Bogotá: Comlibros. 2009. p.419.
[86] LONDOÑO TAMAYO, Alejandro. El juicio por jurado en Colombia (1821-1863). Participación ciudadana y justicia penal. Tesis doctoral. Facultad de geografía e historia. Departamento de historia de América. Universidad Complutense de Madrid. 2014. p.10.
[87] Ibíd., p.11.
[88] VELÁSQUEZ, Op cit., p. 421.
[89] LONDOÑO, Op cit., p.96.

que la institución brinda "una garantía procesal que resguardaba la libertad civil, en tanto era el juicio de hombres iguales y no el juicio del poder"[90].

En 1873, la Justicia Penal tiene una importancia histórica que estriba en la preponderancia del federalismo[91], generando así un concepto de justicia penal humanizadora en materia punitiva, producto de las tesis pregonadas por el liberalismo radical, o radicalismo, que protegía la libertad de expresión, de opinión, de credo religioso; que era antropocéntrico, porque se trataba de una vertiente humanista que partía de la idea de lo humano como esencial, el centro del pensamiento y la acción de la sociedad[92].

En 1886 se generó la expedición de una nueva normatividad penal, en donde el concepto de Justicia Penal asume una visión deshumanizante, toda vez que volvió a dar aplicación a la hasta el momento extinguida pena capital para los autores de ciertos tipos penales.

En 1890, el concepto de Justicia Penal colombiana se enmarca en la corriente filosófica conocida como la propuesta ilustrada del Derecho Penal[93]. La Justicia Penal de la época se enmarca en una normatividad extremadamente casuista[94], generando así un concepto de Justicia Penal para esa época: autoritaria en el plano filosófico, ortodoxa en el plano

[90] Ibíd. p.96.
[91] VIVEROS CASTELLANOS, Yesid; OROZCO RUIZ, Dianny ANDREA; FERNÁNDEZ GÜEHA, Diego Alejandro; CORREAL TOVAR, Manuel Alejandro; RICO REVELO, Genny Milena y TRUJILLO CARVAJAL, Adriana del Pilar. Derecho penal general casuístico. Bogotá: Ediciones doctrinante y ley. 2011. p.54.
[92] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho penal. Parte general. 4ta edición. Bogotá. Comlibros. 2009. p.424.
[93] GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colección de Estudios Breves, 2007. p. 25.
[94] PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Manual de derecho penal: Tomo I. 9na edición. Bogotá: Ediciones doctrina y ley, LTDA. 2013. p.75.

católico, ultracentralista, confesional, avara en el reconocimiento de garantías y libertades individuales, es decir una justicia que predicaba la omnipotencia, con un substrato pesimista de la condición humana y de la ubicación del hombre en la sociedad política[95].

Después de la expedición de la Constitución Política de 1886 y sus 36 reformas hasta 1936, no hubo cambios sustanciales en materia penal, salvo la abolición de la pena capital[96].

En 1936 la Justicia Penal de la época está inspirada en los principios positivistas de corte autoritario con ligeros rasgos clásicos generando así un concepto de justicia penal peligrosista aplicable en el momento de erigir el juicio de responsabilidad penal[97], consagrando la teoría de la defensa social como sustento en las sanciones y la eficaz prevención de la delincuencia, al compás de la concepción intervencionista, partiendo del concepto de responsabilidad legal y social, con base en la actividad psicofísica del agente; haciendo el estudio del delincuente a partir del supuesto de que se trataba de una personalidad antisocial, dividiendo las sanciones en penas y medidas de seguridad[98]. La infracción de la ley penal se dividió en delitos y

[95]VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho penal. Parte general. 4ta edición. Bogotá: Comlibros. 2009. p.426.
[96] NUÑO HENAO, José Enrique. Sistema penal y control social en Colombia. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias Jurídica. Departamento de Derecho Penal. Bogotá, D.C. 2002. p.32.
[97] VIVEROS CASTELLANOS, Yesid; OROZCO RUIZ, Dianny ANDREA; FERNÁNDEZ GÜEHA, Diego Alejandro; CORREAL TOVAR, Manuel Alejandro; RICO REVELO, Genny Milena y TRUJILLO CARVAJAL, Adriana del Pilar. Derecho penal general casuístico. Bogotá: Ediciones doctrinante y ley. 2011. p.56.
[98]VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ., Fernando. Derecho penal. Parte general. 4ta edición. Bogotá: Comlibros. 2009. p.430.

contravenciones, quedando esta última bajo control policial salvo disposición en contrario[99].

En 1980 la Justicia Penal toma un tránsito definitivo, en donde se pasó de la responsabilidad legal y social, es decir de un concepto de la peligrosidad a una Justicia Penal de la culpabilidad[100]. Es preciso anotar que la filosofía jurídica imperante en esta nueva normatividad penal, es la orientación de la escuela técnico - jurídica; de tal manera que posibilita la construcción de una ciencia verdaderamente jurídica[101].

En 1991, la Constitución Política de Colombia, permitió hablar por primera vez en la historia de nuestro país de una Justicia Penal Constitucional, en la cual las garantías de los derechos fundamentales entraron a desempeñar un papel preponderante en materia penal. Es así, como al tenor del artículo 93 de la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, reconoce los derechos humanos y prohíben su limitación en su estado de excepción, prevaleciendo en el orden interno[102].

"Con base en la Constitución, la normatividad sustantiva parte de la regulación de las garantías penales (principio de legalidad, pilar fundamental

[99] NUÑO HENAO, José Enrique. Sistema penal y control social en Colombia. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias Jurídica. Departamento de Derecho Penal. Bogotá, D.C. 2002. p.32.
[100] PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Manual de derecho penal: Tomo I. 9na edición. Bogotá: Ediciones doctrina y ley, LTDA. 2013. p.79.
[101] NUÑO, Op cit., p.59.
[102] VIVEROS CASTELLANOS, Yesid; OROZCO RUIZ, Dianny ANDREA; FERNÁNDEZ GÜEHA, Diego Alejandro; CORREAL TOVAR, Manuel Alejandro; RICO REVELO, Genny Milena y TRUJILLO CARVAJAL, Adriana del Pilar. Derecho penal general casuístico. Bogotá: Ediciones doctrinante y ley. 2011. pp.58 y 59.

del Estado de Derecho, aunando a los principios de derecho de acceso a la administración de justicia y todos los contenidos en el artículo 29 del debido proceso)"[103].

"De esta manera, la Justicia Penal está en la obligación de garantizar con la tipificación de los delitos y sobre todo con las penas que le correspondan, que está conforme con el Estado Social de Derecho"[104].

Lo anterior nos lleva obligatoriamente a considerar que "la teoría del bien jurídico tiene en la actualidad un fondo constitucional y que éste se construye a partir del concepto de derecho constitucional fundamental, (…) pues aquellos bienes jurídicos sin correspondiente protección constitucional, no deben estar elevados a dicha categoría, es decir, la protección sin referente material, sería inconstitucional"[105].

1.2.2 Elementos para construir desde la Constitución un concepto de Justicia Penal

Para construir el concepto de Justicia Penal desde la Constitución se deberá tener en cuenta una serie de elementos y postulados que a continuación se describen:

El concepto de Justicia Penal a partir de la Constitución, emana de lo expresado en las disposiciones que la Norma de Normas contempla en lo

[103] LAROSA, Michael J. y MEJÍA, Germán R. Historia concisa de Colombia (1810-2013). Bogotá: Ministerio de Cultura, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad del Rosario. 2014. p.65.
[104] Ibíd., p.66.
[105] Ibíd., p.67.

referido al Derecho Penal. Teniendo en cuenta los principios fundamentales, la Constitución Política de Colombia manifiesta: "Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria,(…) fundada en el respeto de la dignidad humana"[106], por tal razón el concepto de Justicia Penal debe estar orientada al respeto de la condición humana a partir de la comprensión de su dignidad[107]; teniendo en cuenta los principios internacionales que se aplican en el ordenamiento interno, basado en el bloque de constitucionalidad, y de los compromisos internacionales asumidos por el Estado colombiano, esto conlleva a que el concepto de Justicia Penal colombiana a partir de la Constitución contemple un ordenamiento jurídico de reconocer, respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio por parte de los ciudadanos de los derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales[108], tal es el caso, el que debe tener en cuenta: el Derecho Penal colombiano y su relación con el Corpus Iuris internacional de protección a la persona, el Ius Cogens como norma de derecho internacional; en cuanto al Garantismo Integral se refiere, se debe decir, si los derechos fundamentales son la principal razón de ser del Estado Social Democrático y

[106] CONGRESO DE COLOMBIA. Constitución Política de la República de Colombia.1991. p.13. Citado por LAROSA, Michael J. y MEJÍA, Germán R. Historia concisa de Colombia (1810-2013). Bogotá: Ministerio de Cultura, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad del Rosario. 2014. p.65.
[107] LAROSA, Michael J. y MEJÍA, Germán R. Op. Cit., p.81
[108] SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Derecho penal constitucional: el principialismo penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2014. p. 193.

de Derecho, entonces el concepto de Justicia Penal “no puede limitarse a su consagración y reconocimiento”[109].

Por tal razón el discurso garantista no se debe agotar en el ámbito de la Justicia Penal colombiana, esto debido a que el Garantismo Integral como idea y como propuesta de Estado se encuentra relacionado con la garantía de los derechos con independencia de su tipología[110]; es decir, se hace necesario tener en cuenta: el Garantismo Integral para la construcción de una Justicia Penal Constitucional trascendente.

De las normas implícitas de la Carta que generan efectos penales; y, también de las interpretaciones que el Tribunal Constitucional ha efectuado, de las disposiciones constitucionales, interpretaciones que funcionan como precedentes y deben ser asumidas por los jueces penales y por los demás operadores del sistema penal[111]. La filosofía jurídica también se hace presente, para comprender integralmente el nuevo concepto de Justicia Penal en el Estado constitucional de derecho. Por tal razón es necesario tener en cuenta a filósofos como ARISTÓTELES y a KANT, quienes argumentan una concepción diferenciada y más pertinente de la justicia como igualdad.

---

[109] HERNÁNDEZ TOUS, Alfonso; GIACOMETTE FERRER, Ana Andrea; PIEDRAHÍTA VARGAS, Meroi Camilo; R. PASTOR, Daniel; RAMÍREZ CARVAJAL Diana; OTEIZA, Eduardo; VÁSQUEZ RIVERA, Juan Carlos; ROJAS LÓPEZ Juan Gabriel; MORALES GODO, Juan; E. CHAUMENT, Mario. TARUFFO Michelle. SUMARIA BENAVENTE, Omar; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; VÁSQUEZ POSADA, Socorro y MARTÍNEZ MEDRANO, Tania. Garantismo y crisis de la justicia. Medellín: Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco y Universidad Simón Bolívar, 2011. Consultado el 20 de septiembre de 2016, a las 15:00 horas. En: http://repository.udem. edu.co/bitstream /handle/11407/1269/Garantismo%de%20la%20justicia.pdf? p.94.

[110] Ibíd., p.94.

[111] Ibíd., p.61.

1.2.3 Metodología para la construcción del concepto constitucional de Justicia Penal

Para la descripción metodológica que conlleva a la construcción del concepto de Justicia Penal, se requiere de un conducto general, integrado de objetivos generales y específicos, conducto que está constituido por el proceso de investigación que se circunscribe a fines generales que en materia jurídica son la realización de la justicia y la seguridad jurídica, el bien del hombre, el desarrollo del derecho como ciencia, la búsqueda de la verdad y la paz en la armonía social.

De lo anterior se desprende que para la descripción metodológica que conlleve a la construcción del concepto constitucional de Justicia Penal corresponde tener en cuenta lo siguiente:

Consultar la Carta Magna para estudiar el conjunto de disposiciones contempladas en ella.

Identificar cual es el marco relativo que la Justicia Penal establece a temas jurídicos en sentido general, y político- criminales específicos, que se constituyen en fuente de inspiración y consulta obligatoria para la creación de un concepto jurídico penal.

Comprender que la Justicia Penal constitucional surge del contenido de la Norma Superior, el cual incide en el campo penal, por lo tanto corresponde interpretar los principios y valores que de el emergen.

Interpretar las normas y principios internacionales aplicables en el orden interno por virtud del bloque de constitucionalidad y de los compromisos internacionales asumidos por el Estado colombiano.

Apropiar las normas implícitas de la Carta Magna que generan efectos penales.

Asumir que la Justicia Penal en cuanto parte que es del ordenamiento jurídico y postulados de la Constitución debe estar vinculada a sus valores normas y principios, al contenido de los derechos fundamentales, propiciando de esa manera el respeto de los derechos humanos y la protección y garantía de los bienes jurídicos que surgen de aquella[112].

Analizar que el sentido de la Constitución es el de propiciar para la Justicia Penal, en el sentido práctico, que las leyes que se creen sean ajustadas a las valoraciones que de ella emanan[113]. Con el fin de precisar el nuevo concepto de Justicia Penal a partir de la Constitución de 1991.

1.1.4 Conclusiones parciales

Para construir el nuevo concepto de Justicia Penal, se hace necesario interpretar la realidad social, estudiando la situación problémica en la cual se encuentra inmersa la sociedad, debido a la falta de oportunidades y descomposición social por la cual atraviesan los coasociados, producto de la

[112] SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Derecho penal constitucional: el principialismo penal. Universidad Externado de Colombia. 2014. p.21.
[113] Ibíd., p. 61.

carencia de inversión social que como objetivo específico, le corresponde al Estado, más cuando aún a partir de la Constitución de 1991, hablamos de un Estado Social, Democrático y de Derecho. Ejemplo de ello, el concepto de delito nace de ajustar la conducta humana, condicionándola al criterio ético de la clase que domina la sociedad[114].

Para establecer el nuevo concepto de Justicia Penal Constitucional, a partir de la constitución de 1991, se hace indispensable el ejercicio de los derechos fundamentales, los cuales contribuyen en el ordenamiento jurídico del proceso de integración del Estado.

A continuación presentamos una mirada filosófica de la Justicia Penal y su estudio a partir de la nueva Constitución que sirva de herramienta como basamento inicial para precisar el nuevo concepto de Justicia Penal.

[114] MACHICADO, J. Concepto de delito. Apuntes jurídicos. 2010 p.2.

2. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA JUSTICIA PENAL Y SU ESTUDIO A PARTIR DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Para abordar este tema se hace necesario comprender el valor jurídico, político y axiológico de la Constitución a partir de 1991[115]. Esto teniendo en cuenta que en el Estado Democrático y de Derecho, resulta fundamental determinar, con la ayuda de la filosofía, la idea de Justicia Penal que subyace a la Constitución. Sólo a partir de ésta será posible acortar la distancia entre el ser y el deber ser de una Justicia Penal constitucional.

La pregunta sobre el "qué" de la justicia y la pregunta acerca del "cómo" del conocimiento de la justicia, aún creemos que son viables de responder de una manera independiente. Razón por la cual, hoy se escriben filosofías del derecho y doctrinas del método, de ambos lados, y de manera paralela va una junto a la otra, sin que lleguen siquiera a rozarse[116]. Hoy debemos entender que el esquema epistemológico sujeto - objeto no es vigente, y desde luego se refleja más en la ciencia del derecho como ciencia: interpretativa, hermenéutica y de compresión; por eso, actualmente se generan más teorías procedimentales de la justicia, teorías que dan comprensión a la justicia, lo mismo que al derecho correcto[117].

---

[115] PECES-BARBA, Gregorio. La Constitución y los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. p.128.
[116] KAUFMANN, Arthur. Filosofía del derecho. Colombia: Universidad Externado de Colombia. Traducción: Luis Villar Borda y Ana María Montoya.1999.p.294.
[117] Ibíd., pp.294-295.

En esta Investigación se trata de interpretar con predominio, el qué del nuevo concepto de la Justicia Penal a partir de la Constitución de 1991. En el entendido que la Constitución al poseer un mérito: jurídico, político y axiológico, facilita la comprensión de la Justicia Penal, conllevando a la relación de la filosofía del Derecho y la Constitución.

Por supuesto se requiere adoptar una filosofía común en materia de Justicia Penal que implique que los diversos componentes del sistema penal colombiano desempeñen el mismo papel y persigan los mismos objetivos[118].

Teniendo en cuenta la realidad social actual en Colombia, que se deriva del proceso de paz, para la convivencia pacífica y la paz sostenible, el Derecho Penal y la Justicia Penal son factores de suma importancia, el Derecho, por ser su función esencial la de establecer las reglas que han de regir en una sociedad determinada para asegurar la convivencia pacífica de los ciudadanos, y la Justicia Penal, por ser concebida como conjunto de instituciones y procesos (formales e informales) destinados en forma imparcial, justa y rápida, los conflictos individuales y sociales derivados de la vida en colectividad, así como las personas que forman parte de dichas instituciones y procesos[119].

Por tal razón, con el fin de precisar epistemológicamente en esta Investigación el nuevo concepto de la Justicia Penal a partir de la

[118] RICO, José M. Justicia penal y transición democrática en América Latina, Criminología y derecho. Siglo XXI. 1997, p.16.
[119] Ibíd., p 15.

Constitución de 1991, se hace necesaria dicha relación, que se explica en el presente capítulo.

2.1 FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA

2.1.1 Una mirada a la justicia desde lo filosófico

En cuanto a la justicia se refiere, desde el enfoque filosófico, se genera un interrogante, el cual se mueve en dos direcciones: 1. *¿Qué es justicia? y 2. ¿Cómo se realiza la justicia?* Es un problema cuasi ontológico y epistemológico[120].

La justicia es un valor que permite diferenciar lo que es jurídicamente valioso: lo justo, de lo que, por no serlo, entraña el disvalor de la injusticia. La justicia es un valor esencialmente humano y social, lo primero, porque sólo puede predicarse, con propiedad, respecto de las acciones de los hombres[121].

La justicia implica una relación deóntica, es decir, entraña un "deber ser" y precisamente lo que caracteriza a las acciones humanas es la tensión entre el "ser" y el "deber ser"[122].

En la filosofía del derecho, desde el siglo XIX, la influencia de Kant ha sido la más importante comparada con otros filósofos clásicos. Kant,

[120] KAUFMANN, Arthur. Filosofía del derecho. Colombia: Universidad Externado de Colombia. Traducción: Luis Villar Borda y Ana María Montoya.1999.p.494.
[121] PONCE ESTEBAN, María Enriqueta. Los conceptos de justicia y derecho en Kant, Kelsen, Hart, Rawls, Habermas, Dworkin y Alexy. Universidad Iberoamericana. 2005. p.213. Consultado el 12 de octubre de 2016, a las 14:00 horas. En: http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/h /rev/jurid/cont/35/pr/pr11.pdf
[122] Ibíd., p.213.

"propició una Justicia más humana en donde, además de los antecedentes jurídicos, se considera la equidad, como elemento importante para juzgar y aplicar las sanciones correspondientes"[123].

La razón práctica nos indica qué es lo justo y qué es lo injusto, después de este examen la voluntad, movida por el imperativo moral, o imperativo categórico, se inclina por lo justo, o sea, por la justicia "Obra de modo que tu voluntad pueda instituir una legislación universal" nos dice Immanuel Kant. Esta fórmula es la ley moral"[124].

"La acción que deviene de la ley moral, vale decir la justicia, no se juzga por los actos exteriores, sino por la intención resultante de la voluntad**,** y esta debe estar fundada en la razón: la justicia verdadera será siempre moral"[125].

Ahora bien, la concepción de Justicia Penal en la constitución de 1991, tiene su basamento y además puede explicarse en el pensamiento kantiano, esto se evidencia cuando la Corte Constitucional para fundamentar, argumentar y explicar su jurisprudencia toma al filósofo KANT, en la mayoría de las sentencias, donde el imperativo categórico siempre está presente en pro de los principios y valores constitucionales. Es así por ejemplo, que para explicar el principio de dignidad humana la Corte en las sentencias: C-143/15 y T-881/02, por nombrar algunas, asume el imperativo categórico Kantiano.

[123] POTTSTOCK PADILLA, Edmundo. La justicia en el pensamiento de Hobbes, Locke, Hegel y Kant. Pdf. p.361.
[124] Ibíd., p.364.
[125] KANT (2011), p. 631

KANT, se surte de la filosofía aristótelica. KANT, ha sido el filósofo más influyente del siglo XIX, y aún vigente, esto explica el porque exaltamos en cuanto a la Justicia Penal colombiana se refiere, la influencia del pensamiento Kantiano en ésta.

Hoy en día "la doctrina de Kant sobre el delito y la pena, sobre el fin de la sanción, sobre aquello que puede abarcar y denominarse Justicia Penal, despierta, incluso después de dos siglos, un vivo interés para la filosofía del derecho, y no sólo para aquellos que se consideran intérpretes o incluso seguidores del «idealismo jurídico» de Kant"[126].

"Es evidente, que este gran interés en la Justicia Penal de Kant es propiamente uno de los elementos de un notable fenómeno filosófico, a saber, el de un verdadero renacimiento vivido en los dos últimos siglos en la investigación de la filosofía política y jurídica kantiana"[127].

Ahora bien, la Justicia Penal colombiana se inscribe en concepciones filosófico-jurídicas que se encuentran en el consensualismo de la verdad que pretende llegar a acuerdos participativos y en igualdad de condiciones, y en un modelo sistemático de garantías que epistemológicamente retoman la verdad como correspondencia[128].

[126] BASTA, Danilo. La Justicia Penal en KANT. En: ÉNDOXA: Series Filosóficas. 2004, no. 18. Madrid: UNED, Facultad de Derecho de Belgrado. p.287.
[127] Ibíd., p.287
[128] MANCO LÓPEZ, Yesón. La verdad y la justicia premial en el proceso penal colombiano. 2012. Consultado el 4 de octubre de 2016, a las 10:00 horas. En: https://aprendeenlinea.udea.edu.co/ revistas/ index.php/red/article/viewFile/14146/12506.

De allí la magnitud de la justicia constitucional y del precedente judicial, como elemento integrador del sistema jurídico en general y garante de los principios constitucionales en particular como esencia de la Justicia Penal[129].

La comprensión de la Constitución y del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico se entienden como "un proceso de transformación al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales" [130], la forma en que ella irradia todo el ordenamiento jurídico "condicionando tanto la legislación como las decisiones tribunales y el modelo doctrinal"[131], exige en el Estado Social de Derecho una unión necesaria entre la Justicia Penal y el Derecho constitucional, con un fin específico que es el de propender por un equilibrio entre la justicia y el poder. Por tal razón la filosofía jurídica siempre estará presente con el fin de fundamentar la naturaleza de la Constitución.

El relacionar la Justicia Penal, el Derecho constitucional y la filosofía del Derecho, para comprender integralmente el nuevo concepto de la Justicia Penal en el Estado constitucional, es de suma importancia, esta alianza,

---

[129] HERNÁNDEZ TOUS, Alfonso; GIACOMETTE FERRER, Ana Andrea; PIEDRAHÍTA VARGAS, Meroi Camilo; R. PASTOR, Daniel; RAMÍREZ CARVAJAL Diana; OTEIZA, Eduardo; VÁSQUEZ RIVERA, Juan Carlos; ROJAS LÓPEZ Juan Gabriel; MORALES GODO, Juan; E. CHAUMENT, Mario. TARUFFO Michelle. SUMARIA BENAVENTE, Omar; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; VÁSQUEZ POSADA, Socorro y MARTÍNEZ MEDRANO, Tania. Garantismo y crisis de la justicia. Medellín: Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco y Universidad Simon Bolívar, 2011. Consultado el 15 de junio de 2016, a las 15:00 horas. En: http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/1269/Garantismo%20crias%20de%20la%20justicia.pdf?

[130] GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso Italiano. En: CARBONELL, Miguel. Madrid: (Editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2002. p. 49.

[131] GARCIA JARAMILLO, Leonardo. El "nuevo derecho" en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente. En: Revista de Derecho. Ene/jun. 2008, no 29. Consultado el 19 de junio de 2016, a las 20:00 horas, en: http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972008000100012&lng=es&nrm=

pues resulta fundamental, cuando se trata de entender el llamado neoconstitucionalismo asumido, hoy en día, como una teoría que busca mostrar los rasgos que generan un nuevo proceso de constitucionalización, que en la actualidad se caracteriza más por la incorporación de principios y valores, que de reglas.

Si bien es cierto tras el fin de la segunda guerra mundial se ha ido abriendo paso a un modelo de Constitución y de Estado constitucional de tal manera que la Constitución encarna un proyecto político bien articulado y, por tanto, incorpora un componente normativo compuesto de derechos, principios, valores y directrices a los poderes públicos[132]. Con lo anterior, se visualiza una nueva Justicia Penal, que desde luego para interpretar su concepto, se hace indispensable retomar las doctrinas clásicas de la justicia, y no quedarse solamente con la exégesis de la nueva Constitución.

ARISTÓTELES primer gran sistematizador de significados y conceptos de justicia, argumenta una concepción diferenciada y más pertinente de la justicia como igualdad. No se trata en forma decisiva de la igualdad numérica, sino de la igualdad proporcional, geométrica, relacional. Lo igual es un punto medio, dice él, un punto medio entre lo mucho y lo poco. Puesto que lo igual es un punto medio, también el Derecho es un punto medio y, en consecuencia, algo proporcional[133].

---

[132] Cfr. HABERMAS, Jürgén. Facticidad y validez (sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso). Traducido por Manuel Jiménez Redondo. 4ª ed. Madrid: Trotta, 1998a. p.317.

[133] ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco, libro E.* 1131.

Para ARISTÓTELES la forma determinante de la justicia es, por consiguiente, la *justicia distributiva*. "el derecho deja de ser el Id quod iustum est, la parte que en un hipotético reparto corresponde a cada cual según lo que es justo y acorde con el principio del *suum cuique tribuere"*[134], ella es la forma primigenia de la justicia.

Si compartimos con ARISTÓTELES, que para el Derecho lo esencial es la justicia distributiva, noción que ha permanecido desde que fue utilizada por el autor en la Ética de Nicómaco, en este caso, "el juez decide si el acusado merece una pena (derecho penal)"[135], y, por ende, la igualdad proporcional, entendiendo que la pena tiene como fin, el de prevenir y rehabilitar, proporcionando al autor del delito lo indispensable para que logre vivir en sociedad y no reincidir en la comisión de delitos[136]. Como lo manifestó SÉNECA "*Nemo prudens punít, guía peccatum est, sed ne peccetur"*, todo jurista conoce esa máxima, mas no todos saben que ya Platón la había pronunciado muchos años atrás[137]. Ahora bien, en ningún caso se puede pensar que ARISTÓTELES ya hubiese solucionado todos nuestros problemas actuales.

Sobre la justicia se pueden decir todavía algunas cosas, razón por la cual para entender este concepto, debemos tener en cuenta a KANT, quien

---

[134] VIDAL GIL, Ernesto J. Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas: un análisis de algunos casos difíciles. España: Universidad de Valencia. 1999. p.351.
[135] MARTÍNEZ FERRO, Hernán. Los derechos económicos y sociales como mínimos de justicia distributiva. En: Memorias del IV Congreso Nacional y II internacional de derecho constitucional... Pasto: Universidad de Nariño. 13,14 y 15 de abril de 2008. p.197.
[136] ARISTÓTELES. Ética a Nicómaco, libro E. 1131.
[137] SÉNECA. De ira, lib. I, cap. XIX; PLATÓN, Leyes, 934 a.

entendió la igualdad de modo numérico y formal, por tanto, en el sentido del principio del talión, lo igual debe retribuirse con lo exactamente igual[138].

Teniendo en cuenta que ARISTÓTELES toma la justicia como igualdad, no se trata en forma decisiva de la igualdad numérica, sino de la igualdad proporcional, geométrica, relacional, es decir la igualdad entre dos razones, con respecto a la justicia, ARISTÓTELES entiende por ésta lo que es legal y lo que es justo y equitativo, "lo equitativo y lo justo son una misma cosa, y siendo ambos buenos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún"[139], concepción que fundamenta o constituye la línea de base para KANT, a quien asiste la inquietud actualizada de la proporcionalidad entre la responsabilidad y la pena, por suerte que encontraba una relación proporcionada entre el homicidio y la pena de muerte, justamente fue por ello que creó la responsablidad subjetiva, pues a su juicio era lo único que servía claramente para proporcionar la pena. Según KANT, la justicia es una de las virtudes del hombre como parte de la conciencia moral[140].

Hoy día es importante tener en cuenta la estabilización de la sociedad, pues no basta únicamente con la expresión de la palabra Justicia Penal. Ahora bien, para conseguir la estabilización de la sociedad se requiere que quien ha vulnerado el orden jurídico penal, está en la obligación de

[138] KANT. *Metaphysik der Sitten* (nota 7), edición de la Academia. p. 333.
[139] ARISTÓTELES. Ética a Nicómaco, libro V.Cap. X. 1131.
[140] KANT, Immanuel. Crítica de la razón pura. México D.F.: Taurus, 2011. pp. 636 y ss.

rehabilitarse, y a la vez resarcir el daño causado por la vulneración al bien jurídico tutelado por el Estado.

Para la resocialización del autor de un delito lo mejor será, muchas veces, un castigo suave y, no sin frecuencia, dejarlo en libertad. No siendo posible todas las veces en el caso de la comisión de delitos graves. Por ese motivo, con miras a la defensa del orden jurídico debemos imponer las sanciones correspondientes según el Código Penal. Así, entre virtud y recompensa, e igualmente, entre delito y pena, pues nada diferente pretende la justicia, "según leyes generales fundamentadas *a priori*"[141]. Esta frase de KANT guarda, por tanto, su vigencia, aún cuando no con el rigor en que fue pensada por él.

Lo necesario para su resocialización puede significar, entretanto, también una renuncia al castigo, por lo menos a su consumación, lo que no es posible bajo el aspecto de la justicia compensatoria (venganza) [142], pues aparecería como injusto. KANT hizo énfasís en esto.

La pena es, en primera línea, un acto de la justicia distributiva. Al autor del delito se le debe dar "lo suyo". La sociedad requiere, de acuerdo con las palabras de KANT, que "a todos se haga justicia en relación con el valor de sus actos[143]. El propósito principal de la pena es, por consiguiente, el de *prevenir* y el de rehabilitar. Razones suficientes para justificar

[141] KANT, Immanuel. La Metafísica de las Costumbres "El Derecho Penal y el Derecho de gracia". (Trd. Adela Cortina y Jesús Conill Sancho). España: Tecnos. 2002. p. 344.
[142] Ibíd., p.21.
[143] Ibíd., p. 21.

epistemológicamente y filosóficamente el nuevo concepto de la Justicia Penal en Colombia. Por consiguiente determinar cuáles son los presupuestos de la pena es una cuestión de carácter filosófico, que se va a vincular con las cuestiones dogmáticas o principios fundamentales del Derecho y la Justicia Penal[144].

El vocablo "justicia" es una expresión que va ligada a la experiencia, que es siempre interpretada, reflexionada y expresada con ayuda de palabras, las creencias y las estructuras mentales que posee cada grupo cultural, razón por la cual para interpretar mejor el concepto de la Justicia Penal abordaremos al filósofo Immanuel KANT.

2.1.2 La Justicia Penal según KANT

KANT como uno de los grandes pensadores jurídicos en la época de la modernidad, y además defensor de la ley del talión y de la pena de muerte, definió como principio rector del Derecho Penal, la proporcionalidad entre daño (delito) y la reacción social (pena), es decir frente al homicidio sólo cabe la pena de muerte[145].

---

[144] HERNÁNDEZ ISLAS, Juan Andrés. Derecho Penal y filosofía. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Entrevista personal con el Doctor Moisés Moreno Hernández, en las instalaciones de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México (UNAM), el 24 de Noviembre de 1998.

[145] BASTA, Danilo. La Justicia Penal en KANT. En: ÉNDOXA: Series Filosóficas, No. 18, 2004, p. 283. Madrid: UNED. Facultad de Derecho de Belgrado.Trad. del alemán por Oscar CUBO, revisado por Jacinto RIVERA DE ROSALES.

KANT en su obra La metafísica de las costumbres “El Derecho Penal y el Derecho de gracia”[146], deja claro su pensamiento sobre el Derecho Penal, y exalta la humanización del Derecho que venía trabajándose en la época de la ilustración.

KANT, también enfatiza en la importancia de resocializar al delincuente, con el fin de convertirlo en miembro normal y útil para la sociedad, Razón por la cual en la mirada de la Justicia Penal kantiana se nota la trascendencia en la evolución del Derecho Penal[147].

Para KANT lo importante está en la voluntad si ésta se somete al imperativo categórico, ahora bien, aunque la acción le salga mal, continuará siendo ética, porque desde luego lo ético no depende de las consecuencias, ni de los condicionamientos externos[148].

KANT es considerado como uno de los máximos representantes del positivismo jurídico, KANT manifiesta que la ciencia del Derecho se basa en el "deber ser", razón por la cual cada persona no deberá ser tratada como un medio, sino como un fin[149].

KANT hace una reflexión sobre el Estado y su avance liberal, *"También sería necesario que, de cuando en cuando, el Estado se retomase así mismo*

[146] KANT, Immanuel. La Metafísica de las Costumbres “El Derecho Penal y el Derecho de gracia”. (Trd. Adela Cortina y Jesús Conill Sancho). España: Tecnos. 2002. Pp.165-174.
[147] Ibíd., pp. 165-174.
[148] ZAMBRANO TORRES. Alex. El derecho en la mente de KANT. Consultado el 15 de noviembre de 2016, a las 16:00 horas en: http://alexzambrano.webnode.es/products/el-derecho-en-la-mente-de-kant/.
[149] Ibíd., http://alexzambrano.webnode.es/products/el-derecho-en-la-mente-de-kant/

y, empleando la evolución en lugar de la revolución, progresara constantemente hacia lo mejor"[150].

El Estado kantiano es un "Estado de Derecho"[151], en el entendido que tiene como objetivo garantizar los derechos de los individuos. Por tal razón, la filosofía jurídica kantiana sirve como basamento para interpretar el nuevo concepto de la Justicia Penal colombiana a partir de la Constitución de 1991.

KANT hace la observación de la existencia de un Derecho ya existente, congénito al ser humano, y de un Derecho adquirido, un Derecho inherente, que cada persona asume de la naturaleza, la libertad y el Derecho adquirido, como resultado de un acto jurídico[152].

KANT, al referirse a la Justicia Penal, habla del delito público, esto con el fin de explicar que la pena debe generarse ante una acción ilegal punible, de tal manera que la pena tenga un sentido de resocialización o rehabilitación, para establecer la igualdad entre delito y pena, como patrón de medida, conllevando al sentido equitativo de Justicia Penal[153].

En cuanto a la defensa que de la pena de muerte hace Kant, nos da a entender, que no hay otro sustituto que alcance el equilibrio roto, y en ella deben estar las que ejecutan el asesinato como los que lo ordenan, esa es la

---

[150] KANT, Immanuel. El conflicto de las facultades. Buenos Aires: Editorial Losada. 2004, p.109.
[151] ULLOA CUÉLLAR, Ana Lilia. El Estado en Kant. Consultado el 17 de noviembre de 2016, a las 10:00 horas en: http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/11/ulloa11.pdf. p.3
[152] DU PASQUIER, Claude, Introducción al Derecho. Lima: Editorial Edinaf, p.194. Citado por ZAMBRANO TORRES. Alex. El derecho en la mente de KANT. Consultado el 15 de noviembre de 2016, a las 16:00 horas en: http://alexzambrano.webnode.es/products/el-derecho-en-la-mente-de-kant/
[153] BASTA, Danilo. La Justicia Penal en KANT. En: ÉNDOXA: Series Filosóficas, No. 18, 2004, p. 283. Madrid: UNED. Facultad de Derecho de Belgrado.Trad. del alemán por Oscar CUBO, revisado por Jacinto RIVERA DE ROSALES p.289.

justificación central para el pensamiento Kantiano[154], enfrentando con todo ello a BECCARIA[155], desde el concepto que toda persona al ejecutar una acción punible sufre un castigo[156].

Como fenómeno filosófico se puede afirmar que uno de los elementos más notables para el concepto de Justicia Penal es el vivido en los últimos años con el renacimiento de la filosofía política y jurídica kantiana[157].

La Justicia Penal en Colombia a partir de la Constitución de 1991, es "consecuente con la firme convicción Kantiana, en el entendido que KANT no ofrece ningún otro principio, ni ningún otro criterio de medida, que el principio de la igualdad. La Justicia Penal descansa en una completa igualdad entre delito y pena. Esta igualdad, o lo que es lo mismo, este Derecho a la represalia representa la esencia de la Justicia Penal"[158].

La Justicia Penal en KANT, es la adecuación entre la pena y el delito, pero sin entender dicha adecuación, como venganza[159]. Por eso, se acentúa que la Justicia Penal en Colombia a partir de la Constitución de 1991 es una justicia equitativa, pues a través de ella se igualan pena y delito, es decir fundamentada en el pensamiento Kantiano.

---

[154] KANT, Immanuel. La Metafísica de las Costumbres "El Derecho Penal y el Derecho de gracia". (Trd. Adela Cortina y Jesús Conill Sancho). España: Tecnos. 2002. pp.331-338.
[155] BECCARIA, César. De los delitos y de las penas. México: Fondo de Cultura Económica. 2011.
[156] KANT. Op.cit. p.335
[157] BASTA, Danilo. La Justicia Penal en KANT. En: ÉNDOXA: Series Filosóficas, No. 18, 2004, p. 284. Madrid: UNED. Facultad de Derecho de Belgrado.Trad. del alemán por Oscar CUBO, revisado por Jacinto RIVERA DE ROSALES.
[158] Ibíd., p.288.
[159] Ibíd., p.289.

En la Justicia Penal colombiana se refleja claramente la filosofía Kantiana para dar explicación y fundamentar jurídicamente sus decisiones, en el entendido que las altas cortes al emitir jurisprudencia las sustentan precisamente con las apreciaciones filosóficas de KANT. La concepción kantiana de la Justicia Penal, ha perdurado en el tiempo generando un modelo vigente en el pensamiento contemporáneo[160].

Es el caso por ejemplo, que la CORTE CONSTITUCIONAL para explicar el principio de dignidad humana se basa en este filósofo alemán, evidencia de ello, entre otras, son las siguientes sentencias:

C-143/15, esta consagración se basa en la teoría iusfilosófica de origen Kantiano donde toda persona tiene dignidad, la cual la hace ser no un medio, ni un instrumento para la consecución de diversos fines. Generando la máxima derivada de la primera formulación del Imperativo Categórico[161]. De esta manera, la persona contiene en sí misma un valor moral que no tiene ninguna equivalencia posible en el mundo material, y que se deriva de su condición de sujeto moral, libre y autónomo[162].

Y la Sentencia T-881/02 principio de dignidad humana - naturaleza, la Corte tomó el imperativo categórico Kantiano para explicar el principio de dignidad humana, iniciemos con la idea Kantiana de imperativo categórico

[160] MASSINI CORREAS, Carlos I. La concepción “deontológica" de la Justicia: El Paradigma Kantiano. EN: Revista De La Universidad De Mendoza. p.69.
[161] CORTE CONSTITUCIONAL colombiana, sentencias C-143/15 (Bogotá D.C., 6 de abril de 2015) Expediente D-10400. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
[162] Consultar KANT EMMANUEL, Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, Traducción de José Mardomingo. Barcelona: Ariel, 1999b.

desde la fundamentación. KANT apunta que toda cosa en la naturaleza actúa por leyes y sólo un ser racional posee la facultad de actuar por la representación de tales leyes, es decir, por principios de la razón por el hecho de poseer voluntad[163]. Este mandato se formula mediante imperativos que expresa la relación entre leyes objetivas del querer en general y una voluntad subjetiva[164]. En esta sentencia se recalca la "concepción antropológica" que surge de la interpretación de la Corte Constitucional del enunciado normativo de la dignidad humana en el que se postula uno de los principios básicos de la filosofía práctica kantiana así: "obra de tal forma que la máxima de tu actuación esté orientada a tratar a la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro como un fin y nunca como un medio" de esta manera a la persona se le reconoce su dignidad, como lo ratifican las sentencias: C-542 de 1993, T-090 de 1994, C-045 de 1998, C-521 de 1998, T-556 de 1998 y T-587 de 1998[165].

Es de anotar que de las sentencias citadas se genera una cadena de jurisprudencia de la Corte Constitucional, razón por la cual no son las únicas sentencias representativas sino que se presenta un sin número de jurisprudencias que para explicar y fundamentar los principios y valores constitucionales, toman como soporte filosófico el imperativo categórico de KANT como argumentación de los mismos, esto justifica una vez más, el

[163] Ibíd.
[164] Ibíd., p 35.
[165] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela T-881/02 (Bogotá D.C., 17 de octubre de 2002). Expediente T-542060 y T-602073. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

porque la Justicia Penal colombiana asume como basamento filosófico a la filosofía Kantiana, en razón del principio de equidad en donde se igualan pena y delito[166].

2.1.3 Conclusiones parciales

Se requiere que los diversos componentes en materia de Justicia Penal persigan los mismos objetivos, razón por la cual Colombia deberá adoptar una filosofía común en materia de Justicia Penal.

El Derecho Penal y la Justicia Penal en estos tiempos son factores importantes para propiciar una convivencia pacífica, y una paz sostenible, generando soluciones de manera rápida, eficaz y oportuna a los conflictos sociales individuales y colectivos, garantizando así, el respeto de los principios y valores constitucionales, contemplados en la Carta Magna en el Estado Social, Democrático y de Derecho.

Teniendo en cuenta que la igualdad es el núcleo de la justicia, también es cierto que no lo es de la totalidad de la misma. Con el positivismo la justicia se redujo al principio de igualdad, es decir, a aquella proposición "lo igual se debe tratar de igual manera y lo desigual, por su parte, de manera diferente"[167].

---

[166] BASTA, Danilo. La Justicia Penal en KANT. En: ÉNDOXA: Series Filosóficas, No. 18, 2004, p. 289. Madrid: UNED. Facultad de Derecho de Belgrado.Trad. del alemán por Oscar CUBO, revisado por Jacinto RIVERA DE ROSALES.

[167] CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-284/15. (Bogotá D.C., 13 de mayo de 2015). Expediente D- 10455. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

La influencia de KANT se destaca de la de otros filósofos por propiciar una Justicia Penal más humana al momento de aplicar las respectivas sanciones penales.

La Justicia Penal constitucional, filosóficamente se explica según el pensamiento kantiano, al evidenciar en la jurisprudencia emanada de las altas cortes, como éstas tienen siempre presente a KANT para sustentar la protección de los principios y valores constitucionales.

"Desde la perspectiva jurídico-penal"[168], es importante exaltar en esta investigación los planteamientos de KANT sobre la Justicia Penal, en el entendido en que existe claridad de la argumentación ética como retribución absoluta propuesta por este filósofo.

En el sentido que el concepto de justicia no es fácil de explicar, y que su interpretación es pluralista por poder tomarse desde diferentes puntos de vista como: Teológico, ético, filosófico, político y jurídico entre otros, profundizaremos en el siguiente capítulo sobre la Justicia Penal.

2.2 UNA MIRADA A LA JUSTICIA PENAL A PARTIR DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN.

A partir del siglo XX, nacieron los tribunales especializados encargados de ejercer el control judicial de constitucionalidad. Esto ha permitido, que la

[168] DURÁN MIGLIARDI, Mario. Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos: conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y de neoproporcionalismo en el Derecho Penal actual. En: Revista de Filosofía. 67:123-144 (2011).

jurisdicción constitucional se entienda, como el perfeccionamiento del Estado de Derecho, según lo expuesto por RUBIO LLORENTE[169].

Gracias a la influencia del modelo Europeo como control de constitucionalidad, hoy encontramos en Colombia a partir de la Constitución de 1991, que la Corte Constitucional ha establecido un orden jurídico penal coherente y muy funcional en un medio adverso, en donde la rama judicial como trayectoria no dejaba de ser transigente ante las exigencias inminentes y muy necesarias como finalidad por parte de los demás poderes constituidos[170].

Según ACKERMAN, el verdadero contradictor de la política, no son los jueces, sino la inconclusa liberación de Europa, de su pasado monárquico, algo que con detalle, puede ser aplicado a la realidad política nacional: "Es esta tradición monárquico-centralista la que ha distorsionado la interpretación europea dominante de la política democrática en modos que hacen que el control de constitucionalidad parezca foráneo"[171]. Corresponde realizar entonces una verdadera interpretación al control de constitucionalidad, con el fin de cumplir la promesa de lo político y así acabar con él.

Tradicionalmente la Justicia Penal colombiana se configuró tomando como base el modelo Norte Americano de manera positiva, esto debido a que a partir del siglo XX se reconfiguró el constitucionalismo europeo,

[169]RUBIO LLORENTE, Francisco. "*Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional europea", en la forma del poder. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.* p. 12.
[170] NIÑO, Carlos Santiago. Fundamentos de Derecho constitucional, Buenos Aires: Astrea, 1992. p. 673.
[171] ACKERMAN, Bruce. *La política del diálogo liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 146.

enfocado entorno al garantismo y a los derechos fundamentales, en lo que para algunos de manera peyorativa se ha denominado la "onda del neoconstitucionalismo". La constitución Política de Colombia a partir de 1991 se construyó sobre el modelo de las leyes fundamentales europeas[172].

Teniendo en cuenta la estructura del sistema de Justicia Penal, los principios constitucionales son evocados por el crítico pensamiento penal, estableciendo un límite humanitario contra la acometida de la ideología de la "impunidad" proponiendo así como respuesta permanente a aquella, más penas, mermando el Estado Constitucional de Derecho. La Constitución Política de 1991 ha aportado avances útiles entendiendo que una Constitución es un complejo político de instituciones, que han de incidir sobre la realidad, sin llegar a reemplazarla[173].

Las normas y principios rectores son la esencia de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, por tal razón su validez la determina el contenido, la fuerza argumentativa, y no su origen. Los principios rectores de un ordenamiento son estándares en el derecho contemporáneo y estos deben de ser observados como exigencia de la justicia, la equidad u otra dimensión de la moralidad[174] y brindan las razones para decidir o legislar en cierto

[172] CASTAÑO ZUALUAGA. Luis Ociel. Constitución y justicia constitucional en el Estado social. Consultado el 17 de junio de 2016, a las 20:00 horas, en: https://issuu.com/universidaduco/docs/revista_no_24. pp.48 y49

[173] SÁNCHEZ, Ricardo. "la organización del Estado en la Constitución", En Revista Foro, 16. 1991.

[174] HERNÁNDEZ TOUS, Alfonso y et al. Garantismo y crisis de la justicia. Medellín: Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco y Universidad Simón Bolívar. 2011. Consultado el 15 de junio de 2016, a las 15:00 horas. En: http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/1269/Garantismo%20crias%20de%20la%20justicia.pdf?

sentido[175]; la Constitución colombiana lo mismo que las constituciones modernas consagran derechos y principios, cuando estas se derivan de acuerdos entre fuerzas heterogéneas, ejemplo de ello, las constituciones políticas de Italia y Alemania. Para Luigi FERRAJOLI: "Si se debieran valorar los ordenamientos jurídicos de los Estados modernos por los principios generales enunciados en sus constituciones, serían pocas las críticas que a ellas se podrían hacer externamente, o sea, desde la perspectiva ética- política y la justicia"[176].

Los principios son los que favorecen a un sistema penal para llegar al modelo garantista de Justicia Penal Constitucional. La Norma Superior colombiana ha incorporado de manera limitada los principios rectores y los derechos fundamentales para la Justicia Penal, esto teniendo en cuenta las dimensiones que ha asumido el nuevo Estado. Lo cual quiere decir, que unos principios cumplen la función de barrera para el legislador y el aplicador de las normas del sistema penal y otros principios cumplen la función de acción para que el sistema pueda alcanzar los fines para el cual fue hecho[177]. En este sentido, un defensor del "pluralismo de los principios" para los Estados constitucionales contemporáneos como ZAGREBELSKY, rechaza el carácter absoluto de los principios para que puedan coexistir juntos, acuñando la noción del diritto mitte, Derecho dúctil o ductilidad constitucional, modelo en

[175] DWORKIN ¿Cómo el Derecho se parece a la literatura? en La Decisión Judicial. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1997. pp. 153-180.
[176] FERRAJOLI, Luigi. Ragione e dirritto. Teoría del garantismo penale. Bari: Laterza.1990. p. 350.
[177] SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Derecho penal constitucional: el principialismo penal. Universidad Externado de Colombia. 2014. Pp.11-15.

el cual los principios y valores deben relativizarse para poder conciliarse recíprocamente, distinguiéndose así tanto de la ética como de las reglas jurídicas[178].

La Justicia Penal debe finalmente como función específica perseguir el objetivo "eficacia". Sin embargo, una perspectiva puramente utilitaria o económica parece inadmisible en este sector, donde la equidad y la justicia constituyen valores esenciales independientemente del resultado obtenido o del costo asumido. Ciertos valores, tales como la dignidad, la equidad y la participación, pueden ser garantizados por las reglas del procedimiento aun cuando éstas no supongan un incremento en la exactitud de las decisiones[179]. No se debe sacrificar la libertad de un inocente con la finalidad "hipotética" de asegurar una mayor eficacia en la lucha contra el crimen.

Este modelo de favorabilidad "de los derechos fundamentales"[180] es lo que se plasma en la nueva Constitución de 1991, el carácter democrático consagrado en el Artículo 1 de la Carta Magna, exige al Estado que con su sistema punitivo se respete a la persona individualmente considerada, seleccionada como "criminal". Por esto la intervención punitiva está limitada

[178]ZAGREBELSKY, Gustavo. "El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia."(Trad. Marina Gascón.) Madrid: Editorial Trotta, 1995a. p.109 y ss.
[179] BAYLES, Michael. "Principles for legal procedure". En: Lae and Philosophy, Vol. 5, núm.33, 1986, p.51.
[180] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. En la conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Repertorio de jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969. San José de Costa Rica. Consultado el 1 de junio de 2015, a las 21:00 horas. En: https://www.wcl.american.edu/humright/repertorio/art64.cfm.

por los principios y derechos en el entendido que la Justicia enmarcada en la Constitución no pueda actuar en forma desigual en ninguna de sus fases[181].

Para la presente investigación es importante precisar una definición de Justicia Penal y basados en el estudio y análisis del presente contenido podemos definir la Justicia Penal, como la aplicación de las leyes relacionadas con el comportamiento criminal, garantizando los derechos fundamentales, principios y valores constitucionales que son la razón de ser de la nueva justicia constitucional[182]. De tal forma que la Justicia Penal no se refiera únicamente a las garantías judiciales concebidas a los ciudadanos, sino también a la retribución justa para las víctimas de un delito y el procesado. De tal manera que la Justicia Penal y la paz se unan hacia un futuro más pacífico, verdadero y democrático. La evolución del concepto de Justicia Penal constitucional a partir de la Carta Magna de 1991, y los sucesos más recientes muestran que, a menudo, es necesario realizar una combinación de acciones que conlleven a la convivencia pacífica y la paz sostenible[183].

La Constitución tanto de forma directa como por inferencia, determina la necesaria vinculación del ordenamiento jurídico a sus postulados, por tal

[181] MARTÍNEZ, Mauricio. Justicia Penal, derechos fundamentales e independencia judicial. En: revista USTA No. 22 junio- abril. 2005. Bogotá. Consultado el 12 de abril de 2016, a las 23:00 horas. http://www.usta.edu.co/investigacion/cifravi/revistas/iusta/iusta_22/contenido.pdf.

[182] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038/95 (Bogotá D.C., 9 de febrero de 1995). Expediente D- 658. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Consultado el día 25 de junio de 2016, a las 10:00 horas. En: www.jueces y fiscales.com.

[183] SANDOVAL AMADOR, Daniel, MATUS GIRALDO, Andrea Nacira, TULENA SALOM, Julio César y TRIANA GONZÁLEZ, Paola Daniela. Justicia Transicional: su contenido y significado. Una breve aproximación al caso colombiano. p.37. Consultado el 12 de octubre de 2016, a las 16:00 horas. En: WWW:USERGIOARBOLEDA:EDU:CO7derecho_pena/cuadernos-de-derechopenal/cdp2/justiciatransicional-contenido-significadodp2.pdf

razón el Derecho Penal constitucional surge entonces del contenido expreso de las disposiciones que la norma superior establece en materia penal[184], de ahí que a continuación daremos una mirada al Derecho Penal constitucional.

2.2.1 El Derecho Penal Constitucional

Queremos fundamentar en esta Investigación, que el Derecho Penal en Colombia a partir de 1991 se ha constitucionalizado, por tal razón la Norma Superior incorpora valores y postulados de manera especial en el campo de los derechos fundamentales, lo que hace que significativamente incidan en el Derecho Penal[185].

A diferencia de lo que ocurría antes de la segunda guerra mundial, hoy la Constitución pasó de ser un documento político a un documento eminentemente jurídico. Por lo tanto, la constitucionalización de la Justicia Penal y el Derecho Penal es un tema de interés universal; realidad a la que no ha sido ajena Colombia. Actualmente, el Derecho Penal Constitucional colombiano sirve de instrumento valioso para asumir el reto de cara a la consecución de la paz social y al respeto de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario[186]. Pues no puede ser otro el sentido que el de propiciar, en la práctica, que las leyes que se creen sean ajustadas a las valoraciones que de la Constitución emanan, y que las decisiones de los

[184] SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Derecho penal constitucional: el principialismo penal. Universidad Externado de Colombia. 2014. p.61.
[185] Ibíd., p.15.
[186] Op cit., SANDOVAL. pp.38-40.

fiscales y jueces que adopten al interior de la Justicia Penal, atiendan a sus principios y consulten la justicia material[187].

Es indudable, que las constituciones modernas, entre ellas la colombiana a partir de 1991, han generado significativamente un relevante fenómeno jurídico de vital importancia, garante de los derechos fundamentales, como política criminal del Estado.

La Corte Constitucional ha esbozado la creación de un nuevo horizonte valorativo a partir de la concepción de la fórmula de Estado (Art. 1 de la Carta Magna), en la cual se sustentan los valores constitucionales democráticos, y especialmente la consagración de un catálogo de principios y derechos constitucionales que conllevan al funcionamiento de la organización política y a su interpretación[188], lo que implica "la doble exigencia del respeto al texto jurídico constitucional y de la necesidad de explicitar para la interpretación las implicaciones jurídicas de estos conceptos"[189].

Así, "la Constitución es portadora de los principios sobre los cuales se asienta la responsabilidad penal y civil por la conducta irregular o delictuosa de las personas"[190].

---

[187] Op cit., SÁNCHEZ. p.61.
[188] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-406/92 (Bogotá D.C., 5 de junio de 2012). Expediente T-778. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.
[189] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p.14.
[190] CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. sentencia C-563/98. (Bogotá D.C., 7 de octubre de 1998). Expediente D- 1989. Magistrados Ponentes: Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz. Reiterada por Sentencia C-541/12 (Bogotá D.C., 24 de septiembre de 2012). Expediente D- 045. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

Los "*efectos normativos directos*" de la Constitución son reconocidos por nuestra jurisprudencia como verdad inconcusa[191], esto es, lo que los constitucionalistas llaman el "poder normativo directo de los textos constitucionales"[192]. Se demanda, en el Estado moderno, que el sistema de valores tenga "validez para todos los ámbitos del Derecho"[193].

Por ello se afirma, que el valor de la dignidad no puede ser reducido al de la legalidad, debiendo las normas respetar los valores[194] razón por la cual el Derecho Penal se encuentra constitucionalizado[195], en tanto la Constitución incorpora preceptos, valores y postulados de gran significado en la Justicia Penal, constituyéndose dichos derechos y valores constitucionales en el fundamento y límites del orden punitivo[196].

Las normas que concretan la política-criminal del Estado, dice la Corte Constitucional, deben ser respetuosas de las disposiciones que se contemplan en la Constitución de manera especial en lo referente a los derechos constitucionales[197].

---

[191] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-139/96. (Bogotá D.C., 9 de abril de 1996). Expediente D-1080. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
[192] GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal constitucional. Madrid: Civitas, 1991, pp. 95 y 102 y LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo. Interpretación constitucional. Bogotá: Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2006, p. 2.
[193] BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 41.
[194] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-596/12 (Bogotá D.C., 27 de julio de 2012). Expediente T-3411105. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla.
[195] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-127/93 (Bogotá D.C., 30 de marzo de 1993). Expediente D- 179. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Reiterada por sentencias C-038/95 (Bogotá D.C., 9 de febrero de 1995) Expediente D- 658. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero y C-939/02 (Bogotá D.C., 31 de octubre de 2002). Expediente R.E- 119 Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.
[196] Ibíd., sentencia C-038 de 1995.
[197] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-364/96 (Bogotá D.C. 14 de agosto de 1996). Expediente D- 1179. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Reiterada por sentencias C-746/98 (Bogotá D.C., 2

Se hace necesario a continuación destacar el cómo la Constitución genera un cambio innovador, de todo el ordenamiento jurídico interno en sentido general y del Derecho Penal y Procesal Penal en particular.

Tal manera de entender las cosas implica la aceptación, por el constitucionalismo colombiano, de aquella forma sustancial del pensamiento jurídico de que da cuenta la Filosofía del Derecho contemporánea, conocida como el "'proceso de constitucionalización del Derecho"[198], proceso que ha sufrido sin duda alguna, también el Derecho Penal[199].

Todo lo afirmado es consecuencia del llamado principio de supremacía constitucional, según el cual la Carta Política "se impone no sólo sobre la lectura textual de la norma sino también sobre su hermenéutica, como quiera que no pueden aceptarse aplicaciones inconstitucionales en el ordenamiento jurídico"[200].

Es decir, los derechos fundamentales ciertamente siguen siendo límites del poder, pero con mayor importancia fundamento del mismo, en tanto se erigen como todos aquellos valores de la actividad positiva de los poderes públicos[201], dotados de "fuerza vinculante *erga omnes*"[202].

---

de diciembre de 1998) Expediente D- 2093. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. y C-551/01 (Bogotá D.C., 30 de mayo de 2001) Expediente D- 3137. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

[198] FARALLI, Claudia. La filosofía del Derecho contemporánea. Los temas y desafíos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 27 y ss.

[199] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-127/93 (Bogotá D.C., 30 de marzo de 1993) Expediente D- 179. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero y C-939/02 (Bogotá D.C., 31 de octubre de 2002) Expediente R-E 119. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

[200] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-048/01 (Bogotá D.C., 24 de enero de 2001) Expediente D- 3058. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

[201] PÉREZ LUÑO, Enrique. Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, 1991, p. 21.

Por ello el Derecho Penal es, "al mismo tiempo, un instrumento de intervención en la aplicación de los derechos y un mecanismo de protección de los mismos"[203]. Tal labor, conscientemente, sólo puede llevarse a la práctica bajo el entendido de que los derechos fundamentales "instan a que la restante juridicidad que necesitamos para la vida social, se configure respetando aquel núcleo jurídico"[204].

Allí radica el gran poder configurador de los valores, principios y derechos contemplados en la Carta Magna, asunto que en la práctica se traduce, en palabras de LÓPEZ MEDINA, en una interpretación constitucional que "le permite a los jueces hacer intervenciones con impacto sistémico en las instituciones jurídicas"[205].

De allí que, si se afirma con valor axiomático que el Estado constitucional de Derecho, entre otros valores, buscar asegurar la convivencia y la paz social, en un ámbito de justicia social, dicha afirmación debe tener consecuencias jurídicas inmediatas en la forma en que se conciba al Derecho Penal.

Coherentemente con ello se ha dicho, por la jurisprudencia constitucional, que "únicamente pueden ser tipificadas conductas que afecten

---

[202] PÉREZ LUÑO, Enrique. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 1991, p. 313.
[203] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-205/03 (Bogotá D.C., 11 de marzo de 2003) Expediente D- 4229. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas.
[204] VIGO, Rodolfo y DELGADO, Javier. Sobre los principios jurídicos. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, pp. 118 y 119.
[205] LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación constitucional. Bogotá: Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". 2006. pp. 4 y 5.

un bien jurídico con relevancia constitucional"[206]. Por ello, si bien el legislador tiene autonomía en la definición de lo punible, dado su poder de libre configuración legislativa, no es menos cierto que las normas que concreta la política criminal del Estado deben respetarsen en cumplimiento de las garantías constitucionales[207].

El ordenamiento jurídico no protege, expectativas sociales o normativas que no se traduzcan en posibilidades reales de afectación de los derechos. La acción de tutela, como instrumento de protección de derechos así lo acredita, por lo que entre ella y el Derecho Penal se presenta cierto paralelismo y analogía funcional, de manera que con nitidez aparece que los mismos sólo se activan legítimamente cuando se está ante una "*vulneración o amenaza*" de un Derecho fundamental (Art. 86, Carta Magna)[208].

Se reitera, que la limitante del ejercicio de la libertad debe tener fundamento en la protección de un Derecho constitucional. De lo contrario, las personas no tendrían derecho al libre desarrollo de su personalidad, lo cual significaría una afectación sustancial para la aplicabilidad, conllevando a la limitación de los derechos de rango constitucional[209].

De lo anterior, es posible entonces afirmar, que teniendo en cuenta el orden social justo, la oportunidad a la justicia y la justicia material, vistas

[206] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-335/08 (Bogotá D.C., 16 de abril de 2001) Expediente D-6943 y D-6946. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
[207] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-364/96 (Bogotá D.C. 14 de agosto de 1996). Expediente D- 1179. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
[208] CONGRESO DE COLOMBIA. Constitución Política de la República de Colombia.1991. p.13. Citado por LAROSA, Michael J. y MEJÍA, Germán R. Historia concisa de Colombia (1810-2013). Bogotá: Ministerio de Cultura, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad del Rosario. 2014. p.27.
[209] Ibíd., p.15. (Artículo 16).

desde el Derecho Penal[210], que el objetivo de una Justicia Penal garantista es propender por el cumplimiento de los derechos del ciudadano. Es pertinente a continuación hacer mención a la Sentencia T-208/15 de la Magistrada Ponente: Gloria Stella ORTÍZ DELGADO, 20 de abril de 2015, Bogotá D.C., Derecho de petición de quienes se encuentran en los centros carcelarios, como responsabilidad del Estado de garantizar su protección de manera eficaz. Resuelve: Exhortar al Gobierno Nacional para que, en virtud de los artículos 97 y 98 del Decreto 1953 de 2014, contribuya al proceso de "fortalecimiento de la jurisdicción especial indígena"[211], y diseñe los mecanismos de apoyo necesarios para la verdadera resocialización[212].

En consecuencia, pues, el ámbito de libertad personal viene regido en la Carta Política por elementos tomados de la tradición del Estado Liberal de Derecho, matizados por los principios democráticos y sociales que originan la síntesis del Estado de Derecho colombiano (artículo 1 de la Carta Política)[213].

---

[210] SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO Y FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER. Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana I. México: Editores Eduardo Ferrer Mac-Gregor, José Luis Caballero Ochoa, Christian Steiner (Lawyer). 2013. Consultado el 10 de agosto de 2016, a las 22:00 horas. En: http://www.sitioswwweb.com/miguel/Derechos_humanos_en_la_Constituci_n._Comentarios_de_jurisprudencia_constitucional_e_interamericanaI.pdf

[211] ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Derechos económicos, sociales y culturales: principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Maastrcht: 1986. Consultado el 10 de agosto de 2016, a las 22:00 horas. http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/Jurisprudencia%20T%20IV%203.pdf.

[212] CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-208/15 (Bogotá D.C., 20 de abril de 2015) Expediente T- 4282505. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

[213] CONGRESO DE COLOMBIA. Constitución Política de la República de Colombia.1991. p.13. Citado por LAROSA, Michael J. y MEJÍA, Germán R. Historia concisa de Colombia (1810-2013). Bogotá: Ministerio de Cultura, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad del Rosario. 2014. p.13.

El Derecho Penal como parte del orden jurídico y constitucional imperativamente debe mencionar los valores y principios, teniendo en cuenta los derechos fundamentales, propendiendo de esa manera por el respeto y protección de los mismos que emanan de la Carta política, y desde luego de los principios constitucionales que inciden en el Derecho Penal Constitucional y la Justicia Penal.

Pero el individuo no aparece frente al Estado esgrimiendo exclusivamente sus derechos, sino situado *junto* a él como titular de sus deberes, como consecuencia de su inserción social[214]. Esto significa que el ordenamiento jurídico penal constitucional se preocupa por los deberes y derechos del ciudadano, en tanto se considera de nuevo al ciudadano integrado en la sociedad para la que tiene deberes ineludibles[215].

Es así como se ha señalado que el principio de reciprocidad se encuentra en la base de los deberes sociales (artículo 95 de la Carta Política), esto es, correlativamente a los derechos constitucionales, aparecen los deberes del mismo orden, con igual fuerza vinculante[216].

Tales principios constitucionales deben ser observados por los poderes públicos legislativo, ejecutivo y judicial, habida cuenta que el Derecho Penal se encuentra constitucionalizado.

---

[214] OLLERO TASSARA, Andrés. derechos humanos y metodología jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. pp. 141 y 142.
[215] MARTÍNEZ BRETONES, Ma. Virginia. Gustavo Radbruch vida y obra. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 1989. pp. 55, 66 y 67.
[216] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-532/92 (Bogotá D.C., fecha ut supra) Expediente D- 3107. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Así también, vinculando dichos deberes con el principio de solidaridad, la sentencia T-537/92 (Bogotá D.C., 23 de septiembre de 1992) Referencia No. 2642. Magistrado Ponente: Simón Rodríguez Rodríguez.

Lo anterior deriva de los efectos irradiantes que producen los derechos fundamentales sobre el resto del ordenamiento jurídico y la naturaleza de Norma de Normas que tiene la Carta Política (artículo 4)[217].

Ahora bien, se debe dar una mirada al bloque de constitucionalidad, toda vez que en éste, cuenta la jurisprudencia constitucional, la cual considera, que las disposiciones contempladas tienen rango constitucional y con el texto de la Carta Magna se conforma todo un conjunto de normas de la misma jerarquía, generando así "verdaderas fuentes del Derecho" que muestran los valores fundacionales del Estado[218]. Operando como disposiciones básicas que reglamentan la obtención de los demás preceptos del ordenamiento jurídico.

Desde luego, debe tenerse en cuenta los modelos de garantías, como lo manifiesta la Organización de Naciones Unidas, es decir las libertades reconocidas en el ordenamiento jurídico penal interno, no podrán ignorarse, esto debido a que las normas internacionales aunque las reconocen, lo hacen de manera exigua. Teniendo en cuenta, que los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos[219]. La Suprema Corte Constitucional se ha manifestado, de manera específica, que al generarse la

[217] CONGRESO DE COLOMBIA. Constitución Política de la República de Colombia.1991. p.13. Citado por LAROSA, Michael J. y MEJÍA, Germán R. Historia concisa de Colombia (1810-2013). Bogotá: Ministerio de Cultura, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad del Rosario. 2014. p.13.
[218] GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La dogmática jurídica como ciencia del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p.39.
[219] CONGRESO DE COLOMBIA. Constitución Política de la República de Colombia.1991. p.27.

constitucionalización de todos aquellos convenios que tienen relación directa con los derechos humanos, y que han sido aprobados por Colombia, entonces corresponderá aplicar la medida más favorable relacionada con estos derechos.

El principio de progresividad, manifiesta que los derechos humanos están siempre en un constante cambio, esto desde la aparición de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, haciendo la aclaración que se ha dado una ampliación en sus contenidos y garantías[220].

De ser así, se impone la idea de que si bien la Carta Política no ha adoptado ninguna teoría penal, aquellas que sirvan a la comprensión e interpretación del Código Penal, deben ajustarse a los postulados constitucionales[221] sólo serán admitidas en la medida en que no rebajen los estándares de derechos y garantías que actualmente se reconocen.

La jurisprudencia penal ha precisado que, "... cada modelo de Estado tiene unos valores que le dan sentido como organización política… Al haber avanzado hacia una organización política antropocéntrica que realiza al ser humano como eje de la organización estatal, se replantea la manera de

[220] AGUIRRE ARANGO, José Pedro. La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. s.f. Consultado el 10 de octubre de 2016, a las 21:00 horas. En: http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22853.pdf. pp.76-77.

[221] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena, sentencia No 5 de 1983. Posteriormente, por sentencia No. 17 de 1985, destacó que "la Constitución no sigue ni impone escuela o doctrina alguna del hecho punible. Pero lo que sí es claro es que aquélla no admite teoría alguna que desconozca los principios y garantías" consagrados en ella.

entender y de concebir la idea del Derecho y la justicia como conceptos que incorporan la fuerza vital de los derechos humanos" [222].

Por esa razón, a favor del individuo, el Derecho Penal actual se limita a la axiología del Estado y la dignidad humana, de tal manera que la rigidez que surge en su interior tenga solución en el entorno de los fundamentos que ilustran este modelo de organización social y política[223].

En resumen, la Carta Magna en el Artículo 4 señala que la Constitución es Norma de Normas y por ello se impone preferentemente frente a cualquier norma jurídica[224], lo cual incluso puede conllevar a la inaplicación de la ley por virtud de la excepción de inconstitucionalidad. Pero también, debe afirmarse, que muy a pesar de que existe una libertad de configuración amplia en cabeza del legislador, lo cual tiene fundamento en el carácter democrático del ordenamiento jurídico, existen limitaciones en cuanto la misma debe respetar los valores, principios y derechos constitucionales[225].

De todas maneras, ante dos interpretaciones posibles, es menester acoger aquella que más se avenga a la norma constitucional. La libre creación del Derecho, por supuesto las convicciones y los valores personales del intérprete, deben ceder ante las limitaciones constitucionales arriba

---

[222] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de mayo 18 de 2005, radicación No. 22.150.
[223] Ibíd.
[224] HERNÁNDEZ TOUS, Alfonso y et al. Garantismo y crisis de la justicia. Medellín: Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco y Universidad Simon Bolívar. 2011. Consultado el 15 de junio de 2016, a las 15:00 horas. En: http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/1269/Garantismo%20crias%20de%20la%20justicia.pdf?
[225] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-396/07 (Bogotá D.C., 23 de mayo de 2007) Expediente D-6482. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

señaladas[226], toda vez que, como señala COMANDUCCI, en el ámbito de un *modelo de Constitución como norma*, "toda legislación es entendida como actuación de la Constitución y se interpreta a la luz de la Constitución"[227].

Hoy día, la Constitución Política cumple una serie de funciones de integración jurídica. Reconociendo los derechos fundamentales y por tal razón la Carta Política se erige como el basamento esencial en el ordenamiento jurídico del proceso de integración del Estado ordenando las esferas fundamentales para la convivencia. Por todo ello, la Constitución se considera como la estructura básica de los principios que dan sentido y forma jurídica a la comunidad[228]. Es así, como el Derecho Penal Constitucional y el Estado de Derecho inciden en la realidad social, para la generación de oportunidades.

En el Estado Social de Derecho, la norma se entiende como un mensaje, que se dirige a los ciudadanos en orden a que ajusten su comportamiento a modelos de corrección, por lo que lo justo o injusto viene determinado por la observancia de los preceptos directivos o por su desconocimiento revelador de una conducta rebelde para con la norma[229].

Las funciones imperativas y valorativas de la norma han sido reconocidas constitucionalmente, pues se ha dicho que *"la normatividad penal, siempre*

---

[226] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal constitucional. Madrid: Civitas. 1994. p. 224.
[227] COMANDUCCI, Paolo. Constitución y Teoría del Derecho. México: Distribuciones Fontamara. 2007. pp. 38 y 52.
[228] SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Derecho penal constitucional: el principialismo penal. Universidad Externado de Colombia. 2014. pp.31-32.
[229] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-144/97 (Bogotá D.C., 19 de marzo de 1997) Expediente L.A.T. -084. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

de origen estatal, es un imperativo que contiene reglas de comportamiento impuestas por el Estado, dirigidas a regular las conductas de los ciudadanos*"*[230]*.*

El carácter directivo de la norma penal ha sido reconocido al señalarse que "el Derecho Penal, por su parte, no establece prohibiciones ni formula mandatos, aunque la regla secundaria que subyace a la norma penal los presupone"[231], criterio compatible con la afirmación de BINDING, quien afirmó que el delincuente "no puede actuar en contra de las distintas leyes penales particulares. Actúa precisamente conforme a la primera parte de la ley penal. Con otras palabras: *El delincuente realiza el tipo penal de la ley, es decir, no viola para nada la ley penal*", expone KAUFMANN[232].

Así entonces, el delincuente recorre el tipo penal no lo contradice, como tal, no existe una transgresión de la ley. Las normas no están codificadas, puesto que éstas subyacen a los tipos penales, por tanto el imperativo se deriva únicamente de la primera parte de la ley, esto es, de la parte preceptiva, en tanto "las normas de prohibición rezan, pues, simplemente: No debes robar, no debes matar, etc."[233]. Esto ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional, al establecer que las prohibiciones y los

[230]CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-739/00 (Bogotá D.C., 22 de junio de 2000) Expediente D-2718. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.
[231] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-181/02 (Bogotá D.C., 12 de marzo de 2002) Expediente D- 3676. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
[232] KAUFMANN, Armin. Teoría de las normas. Buenos Aires: Depalma. 1977. p. 3.
[233] Ibíd., pp. 3 a 7.

mandatos no son formulados expresamente por la ley, pues los mismos subyacen a la norma penal que los presupone[234].

Von WRIGHT afirma que las normas "*criminalizan* determinadas acciones o Estado de cosas sin prohibirlas expresamente" y la noción de acto ilícito presupone la noción de prohibición, empero, "la prohibición no necesita ser *enunciada expresamente*, sino que puede quedar *tácitamente entendida"*[235].

Pero todo lo anterior tiene como fin la protección de bienes jurídicos, lo que resalta su carecer valorativo, pues como se anotó, "únicamente pueden ser tipificadas conductas que afecten un bien jurídico con relevancia constitucional"[236]. Por tal razón. el funcionario judicial a partir de la normatividad penal, deberá interpretar y decidir la validez para el ordenamiento jurídico penal.

Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto. Lo verdaderamente fundamental en el Derecho no es el texto de la ley, ni siquiera el texto de la Constitución, sino los principios y valores que dan significado a esos textos y los sostienen, lo que significa no solo que están fuera de ellos, sino que son superiores a ellos[237].

---

[234] CORTE CONSTITUCIONAL. Op. Cit., sentencia C-181/02
[235] WRIGHT GEORG, Henrik Von. Normas, Verdad y Lógica. México: Fontamara. 1997. pp. 65 y 66.
[236] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-335/08 Bogotá D.C., 16 de abril de 2001) Expediente D-6943 y D-6946. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
[237] Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. (Il Diritto mite). "El Derecho Dúctil". Traducción por Marina Gascón. Madrid: Edit. Trotta, 1995b, pp. 12 y ss.

Tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial se ha ido abriendo paso en Europa occidental un modelo de Constitución y de Estado constitucional que concibe a aquella como una norma que, en nombre de ciertos valores, conforma la actividad de todos los sujetos políticamente activos, tanto públicos como privados. La Constitución, en este sentido, incorpora un proyecto político bien articulado y, por tanto, participa en las futuras decisiones, mediante el contenido normativo, compuesto de principios y valores, al igual que derechos y directrices a los poderes públicos[238].

A partir del siglo XX, aparecen los primeros tribunales constitucionales, como guardianes de las constituciones políticas, pero desde luego tampoco transformaron de manera significativa el Estado constitucional.

Como bien lo destaca GARCÍA DE ENTERRÍA, a partir de la segunda posguerra mundial se pone en práctica en algunos países Europeos un modelo de justicia constitucional que se separa del kelseniano aunque no llega a identificarse, ni mucho menos, con el Norte Americano, de tal manera que ya no será la Constitución exclusivamente fuente de Derecho sino también fuente inmediata de derechos (y de competencias de los órganos públicos) y como tal aplicable por todos los jueces y no sólo por el Tribunal Constitucional[239].

[238] Cfr. HABERMAS, J. "Facticidad y validez" – Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso". Traducción a cargo de Jiménez Redondo.4ª ed. Madrid: Trotta, 1998a. p. 317.
[239] GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo. "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional". Madrid: Civitas, 1981, p. 59.

A mediados del siglo XX se configuró un Estado que interviene en la sociedad asumiendo funciones en procura asistencial y de redistribución, operando activamente contra la desigualdad social, con el fin de que la igualdad jurídica y la libertad individual no se conviertan en una fórmula vacía para un gran número de ciudadanos[240], conllevando así a la constitucionalización del poder jurídico, dando paso del Estado de Derecho al Estado Social Democrático y de Derecho, generando una dimensión constitucional para la protección efectiva de los derechos fundamentales.

De esta forma, los derechos fundamentales son concebidos según una estructura dual: junto a su concepción tradicional como derechos subjetivos frente al poder público, aparecen como normas objetivas que expresan un contenido axiológico de validez universal y que, tomadas en conjunto, dan origen a un sistema de valores afectando al ordenamiento constitucional y por ende al ordenamiento jurídico penal[241].

En algunos países, el modelo constitucional que se impone, del cual no es excluyente el colombiano, genera la mezcla de los modelos constitucionales norteamericano y europeo. El resultado de esta combinación supone la existencia de dos jurisdicciones: una especial, la ejercida por el Tribunal Constitucional, que es el responsable de la guarda de la

[240] Cfr. BÖCKENFÖRDE, E. W. "Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho", Traducción a cargo de Agapito Serrano, R. Madrid: Trotta, 2000, pp. 34 y 35.
[241] Cfr. CRUZ, Luis M. "La Constitución como orden de valores". Problemas Jurídicos y Políticos. Granada: Comares, 2005, pp. 15 y 16.

Constitución, y una jurisdicción ordinaria, ejercitada de manera difusa por todos los jueces[242].

Uno de los rasgos más significativos de este sistema será, pues, el del doble sometimiento de los jueces: a la Constitución, que han de cumplir y, por lo mismo, no pueden ignorar o inaplicar, y a la ley, a la que están sometidos y de la que no pueden disponer, lo que significa que no pueden inaplicarla por razón de invalidez. La solución de esta aparente contradicción estará en la cuestión de inconstitucionalidad[243].

En este actual modelo de justicia constitucional convergen la experiencia Norteamericana del judicial review y la experiencia europea continental del control concentrado de constitucionalidad. Al respecto RUBIO LLORENTE ha sentenciado que *"el modelo de control constitucional de las leyes protege directamente la división de los poderes, pero el aseguramiento de los derechos se hace sólo a través de la ley"*[244]*. El modelo constitucional colombiano, es un ejemplo de ello, teniendo en cuenta que, con el Acto Legislativo 03 de 2002 se reforma la* Carta Magna a partir de 1991.

A continuación se explicará la función de la justicia penal colombiana, teniendo en cuenta los principios axiológicos que inspiran el nuevo sistema penal.

---

[242] ARAGÓN REYES, Manuel. "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad". Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Vo.44. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997 pp. 19 y 20.
[243] Ibíd., pp. 19 y 20.
[244] Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco y JIMÉNEZ CAMPO, Javier. "Estudios sobre jurisdicción constitucional". Madrid: Mc Graw-Hill. 1998, p.160.

2.2.2 La función de la Justicia Penal en la nueva Constitución

La función esencial de la Justicia Penal se ha transformado con las variaciones que ha tenido el Estado moderno. La Constitución tiene como función esencial en cuanto a la Justicia Penal se refiere, el de establecer límites materiales y formales al ejercicio del Ius puniendi. La Carta Magna debe imponer unos límites precisos a la facultad que tiene el Estado a través de la ley penal, de fijar las sanciones de índole punitiva. De tal manera que la constitución determina una serie de parámetros rectores al legislador penal que no podrán ser desconocidos por éste[245].

En este esquema, la Justicia Penal tiene como funciones principales: velar por los derechos individuales, especialmente la vida, la libertad y la propiedad, de las eventuales agresiones de los demás ciudadanos y de la administración, y crear condiciones de convivencia pacífica, hacia una Justicia Penal más humanizante, que genere igualdad entre la pena y el delito. En el origen del Estado moderno, para MONTESQUIEU, el poder judicial tenía como única función aplicar la ley de manera mecánica, por ello se refería a ésta como "la boca que pronunciaba las palabras de la ley"[246].

Es verdad incuestionable que la Justicia Penal de hoy se ha constitucionalizado como lo puso de presente desde hace algún tiempo la Corte Constitucional, cuando expresó en la Sentencia C-038, 9/02/95, ha

[245] SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Derecho penal constitucional: el principialismo penal. Universidad Externado de Colombia. 2014. pp.62-63.
[246] MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois.* París: Ed. Garnier-Flammarion, 1979. Volumen 1 Libro XI, capítulo VI, p. 301.

habido una constitucionalización de la Justicia Penal y del Derecho, en donde la Carta "incorpora preceptos y valores que inciden de manera significativa en la justicia" [247].

Se debe tener como marco de referencia a la Constitución Política, en sus conexiones jurídicas y valorativas con la Justicia Penal, para de esta manera establecer el deber ser del concepto del Derecho Penal constitucional, del delito y el fin de las consecuencias jurídicas, en el sentido de la dogmática penal colombiana[248].

En la presente investigación, se considera que el Estado Constitucional es una etapa en la evolución del Estado de Derecho y no una ruptura con el Estado legal de Derecho. Es por esto, que hoy día se permite concebir a la dogmática jurídico - penal como el bastión para la conceptualización del delito, del análisis científico y sistemático de la conducta punible, como garantía de la realización de los derechos fundamentales del sindicado, y hacer más segura la aplicación proporcional, igualitaria y justa de la Justicia Penal[249], como función esencial de ésta en la nueva Constitución.

Esta nueva etapa implica transformaciones profundas en la Justicia Penal, mediante el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, contribuyendo de manera eficaz al cumplimiento del

[247] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038/95 (Bogotá D.C., 9 de febrero de 1995) Expediente D- 658. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Consultado el día 19 de agosto de 2015, a las 15:00 horas. En: www.jueces y fiscales.com.
[248] SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Derecho penal constitucional: el principialismo penal. Universidad Externado de Colombia. 2014. p.59.
[249] Ibíd., p.24.

ordenamiento jurídico penal, orientado por el respeto de la legalidad y por la cual las constituciones cumplen en el mundo moderno funciones organizacionales que le dan una directriz jurídica al sistema penal[250], del cual no es excluyente el sistema penal colombiano.

Sin duda alguna la constitucionalización del derecho y la Justicia Penal, hace que los valores se materialicen en los derechos fundamentales y los principios del Estado, plasmados en la Constitución Política de 1991. Es decir, "los auténticos factores que forman el sistema son los principios jurídicos y no los conceptos abstractos"[251]. Por lo anterior, se concluye que no es posible "interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales"[252].

La función ideal de la justicia material es "consustancial al Estado Social de Derecho que emerge de los principios, valores y derechos constitucionales"[253].

El Estado constitucional de Derecho, tiene como función esencial recuperar los principios del Estado legal de Derecho, con el fin de enriquecer la interpretación constitucional, para de esa manera generar garantía a los derechos constitucionales.

---

[250] Ibíd., p.31.
[251] LARENZ, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho. Barcelona: Ariel, 1994, p.169.
[252] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-406/92 (Bogotá D.C., 5 de junio de 1992). Expediente T-778. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.
[253] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-O53/94 (Bogotá D.C., 14 de febrero de 1994). Expediente T- 21438. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Reiterada por sentencia CORTE CONSTITUCIONAL. sentencia T-084/98. (Bogotá D.C., 17 de marzo de 1998). Expediente T- 1140285. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

A este Estado, por su parte, FERRAJOLI lo denomina Estado constitucional de Derecho o Estado de Derecho en sentido fuerte, en oposición al Estado legal o de Derecho en sentido débil, por cuanto además de la forma y los procedimientos somete el contenido del Derecho a partir de los mencionados principios de supremacía y rigidez constitucional[254].

Para FERRAJOLI, el Estado constitucional de Derecho es la pérdida de soberanía, razón por la cual propone, un constitucionalismo sin Estado, en el cual se realice una integración jurídica e institucional, estableciendo una Carta común de derechos, unas competencias claras de los diferentes niveles de producción legislativa, una nueva división de poderes y mecanismos de unificación de la jurisprudencia para lograr en el futuro un constitucionalismo internacional[255].

FERRAJOLI lo plantea como una etapa posterior del Estado constitucional de Derecho cuya construcción, en su concepto, es inevitable. Según este autor, de las decisiones políticas dependerá que ese nuevo modelo sea un modelo racional dentro de un proyecto de convivencia o un orden impuesto por la guerra, los fundamentalismos y la exclusión social y económica[256].

De otra parte, Luis PRIETO SANCHÍS también señala, el neoconstitucionalismo como modelo de Estado (que aquí se denomina

[254] FERRAJOLI, Luigi. "Pasado y futuro del Estado de Derecho" En: *Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.*pp. 24 y ss.
[255] Ibíd.
[256] Ibíd.

Estado constitucional de Derecho) reúne dos tradiciones, particularmente esenciales para el actual control constitucional. De una parte, la del modelo Norte Americano con su principio de supremacía constitucional garantizada por el poder judicial y de otra, la del modelo Europeo, especialmente el francés, en el cual el Estado es el motor del desarrollo social[257].

La función específica en la Justicia Penal, de responsabilidad de la Corte Constitucional es la de hacer visible el Derecho. Si bien, al decir de GONZÁLEZ TREVIJANO, "los derechos valen lo que valen sus garantías, y en este sentido la tutela más importante de los derechos fundamentales es la de orden judicial"[258].

A partir de la Constitución de 1991 se generó una dinámica en el Derecho nacional, hasta el punto de llegar a recuperar la mala imagen de la Justicia Penal en el seno social.

De lo anterior, se desprende la idea central de esta Investigación, la cual es: precisar el nuevo concepto de la Justicia Penal a partir de la Constitución de 1991, teniendo en cuenta los principios constitucionales incluyendo entre ellos al modelo de Estado constitucional de Derecho, en que se apoya la función político- criminal.

[257]PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En: Neoconstitucionalismo(s), Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta. 2005.
[258] GONZÁLEZ TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José. El tribunal constitucional. España: Aranzadi. 2000. p.117.

2.2.3 El poder judicial y las mayorías políticas: ¿límite a la Justicia Penal en Colombia?

Con la nueva constitución de 1991, se generó un cambio de modelo en lo concerniente al poder judicial, teniendo en cuenta la concepción de la tarea del juez en la sociedad colombiana. Es indudable que a partir de la nueva Carta Magna se consolida una mayor confianza por parte del ciudadano en el ejercicio de la Justicia Penal. Por tal razón la justicia ordinaria toma el ejemplo de la constitucional, amoldándose así al nuevo esquema en el que debe ser desarrollada, comprendida y aplicada la nueva Justicia Penal Constitucional[259].

La Justicia Penal y la política van encaminadas de manera paralela, por esta razón el legislador actual deja de emitir normas puramente interpretativas de la constitución y se dedica a producir normas de desarrollo de los contenidos constitucionales[260]. A la vez, el juez constitucional por tal motivo, tiene una finalidad, la cual es la de llevar paz, bienestar y consolidar la armonía social.

La legitimidad democrática del juez, según lo expresó la Corte Constitucional colombiana en su SC-025 de febrero de 1993, sólo adquiere una medida acabada cuando su actuación se encamina con independencia, autonomía e imparcialidad a la configuración de un orden justo. Con ello la

[259] DELGADO RINCÓN, Luis Esteban. Constitución, poder judicial y responsabilidad. Madrid: Centro de estudios constitucionales. 2002. p.5.
[260] PÉREZ ROYO, Javier. Tribunal constitucional y división de poderes. Madrid: Tecnos, 1988. p.66.

Corte Constitucional se acoge a lo ya aceptado por los Tribunales y la doctrina europea[261].

El juez constitucional debe colocarse por encima de las mayorías, razón por la cual no tiene porque ceder a presiones de los poderes políticos, no por ello está vulnerando la constitución o excediendo las atribuciones que ésta le fija. Es más, la Corte Constitucional deberá enfrentar los excesos de esas posibles mayorías cuando descarrían el ordenamiento jurídico y atentan contra el principio de soberanía jurídica, el de igualdad o el de justicia[262]. Por lo anterior, la justicia constitucional nunca podrá ser un asunto de mayorías. De ahí que el "principio del respeto por los derechos" deba tener prevalencia frente al propio "principio democrático" esencia de una Justica Penal constitucional como se erige la nuestra a partir de 1991.

Nuestros magistrados judiciales, sin duda alguna, también poseen una legitimidad democrática en cuanto se mantienen fieles en sus providencias a los postulados clásicos del sistema democrático y aún más, para el caso de la Corte Constitucional colombiana, la forma como es integrada y renovada le confiere una legitimidad democrática[263].

---

[261] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-025/93 (Bogotá D.C., 4 de febrero de 1993). Expediente D-147. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[262] DWORKIN, Ronald. El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho e interpretación de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica. Trad. Claudia Ferrari. España: Barcelona. Gedisa 1988. p.265

[263] KLEIN H.H. *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung,* En: *Symposion aus Anlass des 70. Geburtstages* Von Peter Lerche, Edición de P. Badura / R. Schloz, Manchen, 1998, p. 59.

Así pues, a la luz del desarrollo de la Justicia Penal Constitucional contemporánea, el juez es democrático en cuanto es el validador del Derecho y la justicia. El poder del juez constitucional no sólo es legítimo democráticamente, sino que también se halla "legitimado" a partir de su función. El juez como funcionario judicial, deberá asumir con responsabilidad el ejercicio de sus funciones, con ética y sabiduría. Su legitimidad está enmarcada en el ordenamiento jurídico y su legitimación en el consenso social[264].

Si hay algo garantista en el sistema de la Justica Penal dentro del cual se integra el colombiano, esto es el "civil law*",* sería la responsabilidad como principio patrimonial del Estado, extendida al ámbito de la Administración de Justicia, en un contexto moderno de Estado, en contraste con el principio contrario, con el de la inmunidad o irresponsabilidad judicial civil, personal y estatal, propia de las sociedades del "common law", con excepción de los errores judiciales[265].

En suma, la Corte Constitucional, como órgano de control de constitucionalidad por excelencia no podrá ser soberana, no puede generar un poder metapolítico, porque la Constitución debe preservar, y sostener la efectividad del sistema constitucional[266].

---

[264] DELGADO RINCÓN, Luis Esteban. Constitución, Poder Judicial y responsabilidad. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2002, p. 8.
[265] Ibíd., pp. 13-14.
[266] GONZÁLEZ TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José. El tribunal constitucional. España: Aranzadi, 2000.p.37.

La Corte Constitucional no debe dejarse enredar en el juego político que le proponen los grupos de poder, razón por la cual deberá autocontrolarse sin irse al extremo de forzar las interpretaciones constitucionales para darle gusto a los gobernantes o a las mayorías políticas, con esto se quiere afirmar que el poder judicial y las mayorías políticas no pueden ser un límite a la Justicia Penal Constitucional[267].

Por tal razón, "la masa de la ciudadanía privada de hoy puede regular la autoridad democrática que ella misma le confiere a los representantes electos que hablan en su nombre desde las alturas del Poder"[268].

Para HABERMAS citado por ACKERMAN los derechos son creados como por ejemplo: la participación política, la libertad negativa, la autonomía privada, la autonomía política, entre otros, los cuales son una condición de la democracia[269].

Teniendo en cuenta la Constitución Política de 1991, se impone la reflexión sobre la garantía constitucional consagrada en el ejercicio judicial a favor del ciudadano, es decir en el Estado Social, Democrático y de Derecho, el eje del órgano jurisdiccional es la figura del juez y su ejercicio legal. Por tal razón a continuación dedicaremos un estudio y análisis de la figura del juez en el grupo social, que ha sido objeto de grandes y profundas

[267] CASTAÑO ZULUAGA, Luis Ociel. Justicia e interpretación constitucional. Colombia: Bogotá. Leyer. 2010. p.148.
[268] ACKERMAN, Bruce. *La política del diálogo liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999. pp. 203-204.
[269] Ibíd., p. 22.

reflexiones, tanto sobre cómo debe ser la persona que asuma el rol como de la forma en que deba ejercerlo.

2.2.4 El juez en la Justicia Penal a partir de la Constitución de 1991

En una Justicia Penal constitucional, cobra preponderancia la actuación del juez, para que la justicia penal sea efectiva se requiere que los hombres que practican justicia lo hagan de manera justa, busquen y quieran siempre lo justo[270]. HOBBES, citado por FERRAJOLI, señala en su obra El Leviatán, las condiciones que deben reunir los funcionarios judiciales quienes asumen la función de hacer justicia: 1) el concepto claro de equidad para que de esa manera no sea dependiente de los escritos de otros hombres, sino de su propia razón y de su análisis y reflexión; 2) autonomía económica y desestimar los honores; 3) despojarse del temor, amor y compasión, y 4) ser paciente para escuchar, tener capacidad de retención para asimilar, y llevar a la práctica lo que ha oído[271].

FERRAJOLI afirma que el juez que demanda el Estado garantista debe ser: un juez autónomo, libre, independiente e imparcial, sustraído de

[270] HERNÁNDEZ TOUS, Alfonso y et al. Garantismo y crisis de la justicia. Medellín: Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco y Universidad Simon Bolívar. 2011. p. 109. Consultado el 15 de junio de 2016, a las 15:00 horas. En: http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/1269/Garantismo%20crias%20de%20la%20justicia.pdf?

[271] FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. 1995. p.576. citado por HERNÁNDEZ TOUS, Alfonso y et al. Garantismo y crisis de la justicia. Medellín: Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco y Universidad Simon Bolívar. 2011. Consultado el 15 de junio de 2016, a las 15:00 horas. En: http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/1269/Garantismo%20crias%20de%20la%20justicia.pdf?

cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar[272].

Adicional a las condiciones expuestas anteriormente, HERNÁNDEZ TOUS, Alfonso y et al, expresan que el funcionario judicial debe ser una persona ecuánime, ético, tener una preparación académica interdisciplinaria, para alcanzar una verdadera comprensión de la litis, y generar acertadas soluciones que se presenten en el contexto social[273].

El juez tiene su justificación como funcionario estatal, debido a que sobre él se ostenta todo el ordenamiento jurídico penal fundante en el estado y las competencias que le otorga el estatuto superior. Es decir, el juez en la Justicia Penal "debe realizar un análisis integral de las normas proferidas por los poderes constituidos para verificar que no solamente en sus aspectos exteriores, procedimentales o formales, sino también en su sustancia, en su materia, en su contenido, se respeten los postulados constitucionales"[274], por tal razón la vigencia del orden justo, planteado en la Carta Magna como uno de los objetivos esenciales del Estado, es la que corresponde al orden constitucional de 1991, desplegado por los actos administrativos que reglamentan la aplicación de los dos órdenes normativos anteriores, por el

[272] FERRAJOLI, Luigi. El Derecho como garantías, traducción de perfecto Andrés Ibáñez. Jueces para la Democracia. No. 16-17. Madrid. Amoretti. 1992. p. 66. citado por HERNÁNDEZ TOUS, Alfonso y et al. Garantismo y crisis de la justicia. Medellín: Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco y Universidad Simon Bolívar. 2011. p.110. Consultado el 15 de junio de 2016, a las 15:00 horas. En: http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/1269/Garantismo%20crias%20de%20la%20justicia.pdf?

[273] Ibíd., p.110.

[274] CASTAÑO ZUALUAGA. Luis Ociel. El juez constitucional: garante de la democracia y realizador de la justicia. p.39. Consulado el 15 de junio de 2015, a las 22:00 horas, en: http://www.unaula.edu.co/sites/default/files/ratio5.pdf

ordenamiento legal que no le sea contrario, y por las providencias judiciales que dicen cuál es el Derecho aplicable a los casos particulares[275].

A partir de la Constitución de 1991 cambió la imagen del juez, frente a sí el funcionario judicial está obligado a conocer e interpretar la Constitución de manera constante, y, frente al ciudadano respetar todos los principios y preceptos constitucionales[276].

Es decir, el juez en la Justicia Penal a partir de la Constitución de 1991 debe generar un inmenso respeto a la normatividad procesal y a la actividad probatoria. Ya no le es suficiente tener un amplio conocimiento del derecho positivo[277], sino el hacer respetar y cumplir los valores, principios y derechos fundamentales del coasociado, dando un estricto cumplimiento al principio de legalidad, y al precepto constitucional contemplado en el Artículo 29. Es decir el juez a partir de la Constitución de 1991 en la Justicia Penal debe ser un juez cuyas actuaciones estén enmarcadas en la autonomía, libertad e independencia.

Es por eso que consideramos pertinente que a partir de la Constitución de 1991 corresponde hablar en la Justicia Penal de un juez constitucional y no de un juez de control de garantías ni de un juez de conocimiento, términos

[275] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. T-438/93 (Bogotá D.C., 12 de octubre de 1993) Expediente T15781 – T15872. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Consulado el 15 de junio de 2015, a las 22:00 horas, en: http://www.unaula.edu.co/sites/default/files/ratio5.pdf

[276] HERNÁNDEZ TOUS, Alfonso y et al. Garantismo y crisis de la justicia. Medellín: Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco y Universidad Simon Bolívar. 2011. pp. 111. Consultado el 15 de junio de 2016, a las 15:00 horas. En: http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/1269/Garantismo%20crias%20de%20la%20justicia.pdf?

[277] Ibíd., p.111.

que no se adecuan a una Justicia Penal, en un Estado constitucional como el nuestro a partir de la reforma contemplada en la nueva Constitución.

Ahora bien, en el orden constitucional actual el juez es el encargado de dirimir las acciones de tutela, conllevando de esta manera a un acercamiento constante con el grupo social[278]. La figura leal del juez en la Justicia Penal a patir de la Constitución de 1991 tiene un valor fundamental en el proceso de construcción del Estado constitucional[279]. La figura del juez en la Justicia Penal a partir de la nueva Constitución resalta e impone mayor reflexión acerca de la esencia de su función en el juicio oral. En éste, a diferencia del escrito, se muestra más armónico el papel de la judicatura con el ejercicio democrático de ella: se ejerce la función del juez en la Justicia Penal de cara al pueblo, alejado de juicios ocultos, de funcionarios sin rostro conocido, con decisiones arbitrarias[280]; se impone en la Justicia Penal colombiana a partir de la Constitución de 1991 un juez profesional, que genere imparcialidad e independencia, consciente de sus decisiones y, por tanto, cuidadoso de la argumentación que la legitime ante las partes, la comunidad jurídica y la comunidad en general, en lo cual debe mostrar el respeto por los derechos ciudadanos[281].

[278] Ibíd., p.111.
[279] Ibíd., p.111.
[280] Ibíd., p.115.
[281] Ibíd., p.116.

2.2.5 Conclusiones parciales

La labor de retrocesión y de análisis ius teórico desplegado permite arribar a las siguientes conclusiones:

La Justicia Penal "ha devenido a la consideración de ser un principio de valor constitucional por sí misma, tan importante como: la dignidad humana o de la persona, la libertad, la democracia y la igualdad. Lejos está de ser un concepto retórico o secundario, y, antes bien, posee categoría de valor constitucional, y no de cualquier valor, sino de uno fundante y superior, en cuanto impregna al resto del conjunto de principios y valores incorporados en la ley fundamental"[282].

Los Tribunales constitucionales son quienes al asumir su función de intérpretes de las constituciones tamizan con su actividad el alcance de los derechos fundamentales, que a la vez deciden, en última instancia acerca de la estructura básica de la sociedad. De manera que los derechos fundamentales (en seguimiento de los postulados de ALEXY) son los que a través de la interpretación, labor que, máxime si es de contenido constitucional, habrá de generar intenso debate, sobre todo cuando se trata de imponer su trasfondo jurídico referente al espectro de lo político propiamente dicho[283].

[282] CASTAÑO ZUALUAGA. Luis Ociel. El juez constitucional: garante de la democracia y realizador de la justicia. pp.37-38. Consulado el 15 de junio de 2015, a las 22:00 horas, en: http://www.unaula.edu.co /sites/default/files/ratio5.pdf

[283] INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. "Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment…" p.12.

Para llegar a la solución sobre la crisis de la Justicia Penal se debe fortalecer la legitimación de la función judicial mediante un recurso judicial efectivo y garantista de los derechos del ciudadano[284], razón por la cual a continuación se hace una mirada del Derecho Penal colombiano y su relación con el Corpus Iuris Internacional y el garantismo integral.

[284] HERNÁNDEZ TOUS, Alfonso y et al. Garantismo y crisis de la justicia. Medellín: Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco y Universidad Simon Bolívar. 2011. pp. 158. Consultado el 15 de junio de 2016, a las 15:00 horas. En: http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/1269/Garantismo%20crias%20de%20la%20justicia.pdf?

3. EL DERECHO PENAL COLOMBIANO Y SU RELACIÓN CON EL CORPUS IURIS INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN A LA PERSONA

Es pertinente profundizar ahora en el marco teórico que pueda ofrecer una solución satisfactoria a la desprotección fáctica y jurídica padecida por las víctimas y el procesado. El Derecho Penal y la Justicia Penal, no están exentas a la reflexión que se presenta en la sociedad actual, en lo referente a la necesidad que tiene el Estado colombiano de garantizar el control social y la protección de los derechos fundamentales, por eso mismo se recurrirán a los argumentos de mayor peso dentro de la disciplina, como son aquellos concordados con la normatividad y los principios constitucionales, además lo relacionado con el orden público internacional.

Este capítulo se destina a ilustrar las relaciones normativas sostenidas entre el sistema penal colombiano, y el internacional, conllevando al garantismo de los derechos, ostentados por las víctimas, así mismo las del procesado, en lo que respecta al debido proceso, como es el de contar con un Recurso Judicial Efectivo, compartiendo así una importancia jurídica de tal trascendencia hasta el punto de pertenecer al *Ius Cogens,* tal como se demostrará pertinentemente.

Posteriormente, con base en estas consideraciones, se enfatizará en el principialismo de *Garantismo integral,* cuyo núcleo fundamental se compone por principios como la dignidad humana, un Recurso Judicial Efectivo, la igualdad y la proporcionalidad.

3.1 EL IUS COGENS COMO FUENTE DE JUSTICIA PENAL

Con el propósito de sentar las bases conceptuales e internacionales de la Justicia Penal Colombiana, es indispensable desarrollar el concepto de *Ius* Cogens, con relación a la Justicia Penal colombiana. Los postulados del Ius Cogens afirman que, dada su importancia, sería ilógico que un Estado rebelde y disidente pudiera eludir su vinculatoriedad. Tanto que la Corte Constitucional afirmó: el Derecho internacional humanitario no depende de que las reglas y principios sean acogidos por los tratados, pues si se hace, tales instrumentos asumen un valor declarativo y no constitutivo[285]. Por lo anterior, las normas fundamentales referidas al Derecho internacional humanitario, que han sido incorporadas al ordenamiento jurídico penal interno, son perentorias, vinculantes y obligatorias, lo cual exige que la norma interna y todo acto interno se ajuste a ellas.

Por lo tanto, como lo afirmó la Corte Constitucional, al vincular a todos los habitantes de Colombia, al ordenamiento jurídico internacional, el Derecho internacional humanitario se impone no sólo a las fuerzas armadas de aquellos Estados que hayan ratificado los respectivos tratados, sino además a quienes participen en un conflicto armado[286].

En relación con la Justicia Penal colombiana, las partes del conflicto colombiano, vinculadas por el Ius Cogens, deben entender que les es

[285] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-578/95 (Bogotá D.C., 4 de diciembre de 1995). Expediente D- 958. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
[286] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370/06 (Bogotá D.C., 18 de mayo de 2006) Expediente D-6032. Magistrados Ponentes: Clara Inés Vargas Hernández; Manuel José Cépeda Espinosa; Álvaro Tafur Galvis; Marco Gerardo Monroy Cabra; Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño.

imposible justificar una violación del Derecho internacional, esto en razón a que las obligaciones emanadas del Derecho cogente no se rigen por el principio de reciprocidad, dados los intereses que protege y su carácter absoluto e inderogable.

Sobre esto, la Corte Constitucional expresó en una ocasíón que el titular de tales garantías es el tercero no combatiente, y no las partes en conflicto, por tal razón la obligación humanitaria no se funde en la correspondencia, pues ella es exigible para cada una de las partes, sin estar subordinada a su cumplimiento correlativo por la otra parte[287].

Por lo anterior queda de manifiesto, la demostración de cómo ciertos principios constitucionales colombianos, por ejemplo, la dignidad humana, la igualdad y el Recurso Judicial Efectivo, es decir, el trinomio que configura el núcleo de la Justicia Penal, ya han sido reconocidos por la comunidad global, como normas perentorias de Derecho Internacional General.

ECHEVERRI, expone la definición normativa del Ius Cogens, como aquella norma general imperativa aceptada por la comunidad internacional, plasmada en el Derecho, que no admite acuerdo en contra y que sólo una norma ulterior la puede modificar (Convención de Viena, Art. 53 de 1969)[288]. De la definición del Ius Cogens ya expuesta, se destacan dos elementos, uno manifestado como requisito y el otro como consecuencia del *mismo.*

[287] Ibíd., Sentencia C-370/06

[288] ECHEVERRI, Pablo. IUS COGENS en sentido estricto y en sentido lato: Una propuesta para fortalecer la consecución de la paz mundial y la garantía del Corpus Iuris Internacional de protección al ser humano. Memorando de derecho. s.f. pp. 206-207. Consultado el día 25 de junio de 2014, a las 13:00 horas. En: http://www.leyex.info/magazines/me120126.pdf

Para la presente Investigación, teniendo en cuenta al Corpus Iuris Internacional de Protección en sus preceptos como disposiciones de Ius Cogens se entenderán éstas en sentido estricto y las demás en sentido lato[289].

Las primeras como requisito, son normas reconocidas internacionalmente en su conjunto, y las segundas como consecuencia, son normas *interpretadas en concordancia con el principio pro-homine,* ambas necesarias para determinar si nos encontramos frente a disposiciones pertenecientes al *Ius Cogens*[290]*.*

En cuanto a la Justicia Penal colombiana se refiere y el Ius Cogens, es imperativo que Colombia asuma las normas de menor jerarquía según lo dispuesto en las disposiciones contempladas en los convenios internacionales con el objetivo de darles solidez a la materialización de dichos valores[291].

El Estado colombiano en lo que concierne a la Justicia Penal, a través de los jueces y demás asociados, por estar cimentado en el principio de la dignidad humana, y tener como fin, el de garantizar la eficacia de los principios, tiene la obligación de preferir, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca a la dignidad humana. Esta obligación se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia

[289] Ibíd., p. 209.
[290] Ibíd., pp. 210-214.
[291] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-225/95 (Bogotá D.C., 18 de mayo de 1995) Expediente L.A.T-040. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

"principio de interpretación pro homine" o "pro persona", el cual impone aquella interpretación prevalente que propenda por la efectividad de los derechos humanos y fundamentales contemplados en la Constitución, y además por el respeto de la dignidad humana[292]*.*

A propósito del concepto de Ius Cogens, resulta pertinente a continuación, resaltar por qué ciertos principios y derechos protagonistas del orden público internacional, así como del ordenamiento jurídico constitucional colombiano, se integran dentro del supremo cuerpo normativo ya señalado, vinculante tanto para los Estados como para los particulares.

3.1.1 Las garantías procesales y el respeto a los derechos, como disposiciones pertenecientes al cuerpo normativo del Ius Cogens

Para la presente investigación, es importante confrontar directamente el reconocimiento de los derechos con las garantías procesales diseñadas para materializarlos. Dicha relación tan íntima e indivisible, sostenida entre los derechos y las garantías, será resaltada nuevamente en este acápite. Teniendo en cuenta, que dichas garantías serán ostentadas para las víctimas y el procesado, contando así con un proceso garantista, integral y efectivo.

El Ius Cogens cada vez toma mayor importancia en el escenario global, asumiendo un carácter verdaderamente constitucional jurídico político del orden público multilateral, es por esto que se hace necesario incorporal al Ius

[292] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-438/13 (Bogotá D.C., 10 de julio de 2001) Expediente D-9389. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

Congens normas, que profesan como las medidas ideales para la obtención de los fines supremos trazados por la comunidad supranacional, la cual es velar por las garantías procesales, y el respeto por los principios y los derechos fundamentales del ciudadano[293].

Ahora bien, el derecho y garantía a un proceso judicial efectivo, goza de un consenso mayoritario por parte de los estados, es decir se encuentra ubicado en el contexto internacional. Por tal razón, para la Corte Interamericana de los Derechos Humanos existe una relación entre el debido proceso y las normas del Ius Cogens[294], "de esta forma destaca el papel esencial del debido proceso, como un elemento para la eficacia de los derechos en su conjunto, por el que tácitamente se considera dentro de las normas de Ius Cogens"[295].

De lo anterior se desprende, que los derechos reconocidos como de Ius Cogens por la Corte Interamericana son: el "principio de la igualdad y no discriminación; el derecho de acceso a la justicia, en que se incluye el derecho al debido proceso; también establece la prohibición de la desaparición forzada… y el correlativo deber de investigar y sancionar a los responsables como una norma de Ius Cogens"[296].

---

[293] ECHEVERRI, Pablo. IUS COGENS en sentido estricto y en sentido lato: Una propuesta para fortalecer la consecución de la paz mundial y la garantía del Corpus Iuris Internacional de protección al ser humano. Memorando de derecho. s.f. Consultado el día 25 de junio de 2014, a las 13:00 horas. En: http://www.leyex.info/magazines/me120126.pdf. p.205.

[294] QUISPE REMÓN, Florabel. Ius Cogens en el Sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso. En: Revista de Derecho. No. 34, Barranquilla, 2010. ISSN: 0121-8697. p.70.

[295] Ibíd., p.67.

[296] Ibíd., p.74.

Esto demuestra el indiscutible concierto de la inmensa mayoría de los Estados del mundo en torno a reconocer al recurso judicial efectivo como un derecho, y además su ubicación en todos y cada uno de los sistemas internacionales de protección. Sin embargo, el único sistema que consagra expresamente como Derecho inderogable al recurso efectivo es el Inter Americano de acuerdo con sus propias disposiciones convencionales y afortunadísimos desarrollos jurisprudenciales[297]. El ostentarse únicamente de manera expresa, la garantía a un recurso judicial efectivo en el sistema Inter Americano, no reduce su fuerza imperativa global, es decir, no lo imposibilita para ingresar al Ius Cogens. Por lo anterior, el fin específico para los Estados miembros es el de tutelar integralmente al ser humano.

En este sentido, el consenso internacional ha sido unánime hasta el punto de haberse proferido una *Declaración de Principios elementales* en 1985, concerniente a la *Justicia para las Víctimas del Crimen, como* instrumento sin limitaciones geográficas, el cuál seguramente se configurará, tal cual lo ha enseñado la historia de los tratados, en una de las fuentes de la inminente Convención global cuya misión se exprese en la protección directa de los derechos sustanciales y procesales de las víctimas[298].

[297] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts.27.2, 25 y 28 Convención Americana sobre derechos humanos)". Opinión Consultiva OC 09 de 1987, del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9. pp. 11-12.

[298] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. United Nations Human Rights. Consultado el 10 de agosto de 2016, a las 22:00 horas en: http://www2.ohchr.org/englsh/çissues/rule_of_ Law/transjustice.htm.

En virtud del Bloque de Constitucionalidad, el ordenamiento jurídico penal colombiano, ostenta para los Derechos fundamentales, un proceso Judicial garante y efectivo, en lo concerniente a la Verdad, la Justicia y la Reparación. Por tal razón, los derechos fundamentales deberán compaginarse con los principios, también pertenecientes al Ius Cogens.

Ya contamos con la información suficiente para abordar la siguiente sección donde se estructurará un principialismo de Garantismo Integral conformado por las normas perentorias aquí resaltadas.

3.1.2 Conclusiones parciales

Las normas del Ius Cogens siempre se han distinguido por estar en lo más alto de la normatividad internacional. Tratándose de normas universales, éstas pueden contribuir a su reconocimiento por parte de la comunidad internacional. Es decir, que la interrelación entre los órganos nacionales e internacionales para la protección de los Derechos humanos podrá contribuir en su desarrollo y en una protección más efectiva[299].

Si bien es cierto, que "no todos los derechos humanos son considerados normas de Ius Cogens, se debe decir que si constituyen un gran aporte en la protección del ser humano"[300]. Lo anterior, "no significa que el debido proceso ya sea una norma de Ius Cogens, es el inicio en el camino a dicho reconocimiento, teniendo en cuenta la interrelación que existe entre los

[299] QUISPE REMÓN, Florabel. Ius Cogens en el Sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso. En: Revista de Derecho. No. 34, Barranquilla, 2010. ISSN: 0121-8697. p.75.
[300] Ibíd., p.75.

tribunales internacionales y la aceptación cada vez mayor de las decisiones de la Corte Interamericana en el derecho interno"[301].

Al no regirse las obligaciones emanadas del derecho cogente por el principio de reciprocidad, las partes del conflicto colombiano, vinculadas por el Ius Cogens no podrán justificar la violación del derecho internacional humanitario.

Nuestro ordenamiento jurídico y el orden público internacional, han enriquecido a la Justicia Penal colombiana, para una mejor interpretación y aplicación por los funcionarios judiciales, brindando así mayores garantías procesales.

A continuación en los acápites posteriores la prioridad consiste en resaltar, un principialismo de Garantismo Integral el cual se encuentra latente en todo el orden público Internacional garantizando una Justicia Penal efectiva no solamente en beneficio de los procesados, sino también de las víctimas, consiguiendo así la creación de mecanismos procesales destinados a brindar una protección Integral para todos los seres humanos. Por tal razón ha llegado el momento de desarrollar el principialismo de Garantismo Integral o Bilateral.

[301] Ibíd., p.76.

3.2 GARANTISMO INTEGRAL, LA CONSTRUCCIÓN DE UNA JUSTICIA PENAL CONSTITUCIONAL TRASCENDENTE

La mayor parte de la información hasta ahora recolectada confluye en la consecución del propósito fundamental perseguido en esta investigación. El cual es, avanzar en la precisión del nuevo concepto de la Justicia Penal en Colombia a partir de la Constitución de 1991. Porque es verdad incuestionable que el Derecho Penal y por ende la Justicia Penal de hoy se ha constitucionalizado, como lo puso de presente desde hace algún tiempo la Corte Constitucional cuando expresó: ha habido una constitucionalización del Derecho Penal y la Justicia Penal porque en la nueva Carta política se establecen postulados específicamente en el campo de los derechos constitucionales que de manera especial influyen en la justicia. Por tal razón el legislador al definir los procedimientos y tipos penales, deberá aplicar los principios constitucionales de las personas, que aparecen como la razón de ser del poder punitivo del Estado[302]. De ahí que de ello radique el nuevo concepto de la Justicia Penal a partir de la Constitución de 1991 en un Estado Social y de Derecho, como se presentó en los capítulos anteriores.

Al explicar el garantismo integral en la construcción de una justicia constitucional trascendente se debe tener en cuenta al término garantismo enmarcado en la Constitución, es decir hablar de un garantismo

[302] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038/95 (Bogotá D.C., 9 de febrero de 1995) Expediente D- 658. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Consultado el día 19 de agosto de 2015, a las 15:00 horas. En: http://www.domainmarket.com/buynow/juecesyfiscales.com

constitucional el cual “es el reflejo de una concepción moderna del Derecho que se da en dos niveles: el primero es el nivel normativo: un tránsito del formalismo – respeto a la objetividad de las leyes – respeto por la norma constitucional y valores superiores -; el segundo es el nivel de quien aplica las normas: un tránsito del Estado de Derecho al Estado social de Derecho”[303].

El garantismo constitucional se define como el “conjunto de aquellas protecciones jurídicas, políticas y jurisdiccionales que tiene como finalidad hacer vigente el modelo de Estado constitucional de Derecho”[304].

De acuerdo con lo anterior, el Garantismo integral es el conjunto de procedimientos previstos por el ordenamiento para aminorar la distancia entre la normativa y su aplicabilidad[305], para así obtener el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales logrando la construcción de una verdadera Justicia Penal constitucional trascendente.

El concepto de Garantismo Integral, conlleva a la consecución del nuevo concepto de Justicia Penal en Colombia, como un todo y con bases doctrinales lo suficientemente sólidas.

---

[303] HERNÁNDEZ TOUS, Alfonso y et al. Garantismo y crisis de la justicia. Medellín: Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco y Universidad Simon Bolívar. 2011. p.46. Consultado el 15 de junio de 2016, a las 15:00 horas. En: http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/1269/Garantismo%20crias%20de%20la%20justiciapdf?

[304] ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. La protección constitucional del ciudadano; Bogotá: Legis Editores S.A. 2005, 484 p. Citado por HERNÁNDEZ TOUS, Alfonso y et al. Garantismo y crisis de la justicia. Medellín: Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco y Universidad Simon Bolívar. 2011. P.46. Consultado el 15 de junio de 2016, a las 15:00 horas. En: http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/1269/Garantismo%20crias%20de%20la%20justicia.pdf?

[305] HERNÁNDEZ TOUS. Op. Cit., p.46.

No obstante, antes de proseguir resulta conveniente realizar una última aclaración: el objetivo fundamental de esta Investigación siempre se ha centrado en precisar el nuevo concepto de la Justicia Penal a partir de la Constitución de 1991. Por tal razón se hace necesario tener en cuenta el garantismo integral en la construcción de una Justicia Penal constitucional trascendente, debido a que éste "contempla no solamente la edificación de una serie de principios y valores convertidos en derechos, sino también la posibilidad de reclamarlos erigiendo unos mecanismos eficientes, que reafirmen la existencia del Estado constitucional"[306], capaz de generar resultados concretos dentro de la Justicia Penal.

3.2.1 La necesidad de una Justicia Penal constitucional, como solución al problema del garantismo constitucional

HERNÁNDEZ et al., al referirse a la necesidad de una Justicia Penal constitucional, reflexionan entorno al garantismo constitucional y la celeridad en los procesos, ellos, enuncian lo siguiente: "el objetivo no es condenar el garantismo constitucional y abogar por su desaparición, cuando a través de las herramientas que provee al ciudadano, ha conseguido avances ingentes para la sociedad colombiana, desde la no discriminación y reconocimiento de los derechos de la sociedad"[307], el procesado y la víctima.

[306] Ibíd., p.47.
[307] Ibíd., p.48.

"Lo condenable no es el sistema garantista de derechos por sí mismo, sino la equivocada concepción que se tiene de él. Se sostiene que el juicio o noción errada del garantismo es la causa principal"[308] de la deficiencia en la Justicia Penal.

De lo anterior, se desprende "que ni el Estado ni la ciudadanía comprenden de manera correcta cómo debe ser el actuar dentro de un sistema de derechos como el que nos cobija. Y, esto ocasiona como consecuencia un incremento en el "mal" uso de las garantías constitucionales"[309]. Lo cual conlleva a la necesidad de una Justicia Penal constitucional colombiana, garantista, trascendente y efectiva, generando así el problema a resolver.

Se hace necesario la presencia de una Justicia Penal Constitucional, en el entendido que la Justicia Penal es racionalidad y equidad, es proporcionalidad y ética, es sabiduría y armonía, es equilibrio y respeto por el ser, por el Derecho y por las instituciones mismas.

La responsabilidad y el autocontrol, deberán siempre estar presentes en la Corte Constitucional, como parte de las garantías que se han dispuesto para garantizar el control de constitucionalidad que defenderá y preservará los principios, valores y derechos fundamentales del ciudadano.

El jurista alemán, HÄBERLE así parece comprenderlo al estimar que, "el problema no es de si la Justicia Penal constitucional incide o no en política

[308] Ibíd., p.49.
[309] Ibíd., p.49.

sino el de "cómo" incide en la vida política. Pues "el dogma de la justicia constitucional apolítica es tan autoengañoso como la prédica del Derecho constitucional apolítico. Se trata más bien de la cuestión de qué tipo de política de interpretación constitucional es desarrollada por los jueces constitucionales "a partir de" la Constitución Política a través de la interpretación constitucional por la justicia constitucional. La polémica no afecta al sí, sino al cómo de la interpretación jurídico - funcional de las funciones del Estado"[310].

Ahora es oportuno hacer énfasis en que la Justicia Penal constitucional y el Derecho Penal Constitucional surgen entonces: del contenido expreso de las disposiciones que la norma superior establece en materia penal; de "los valores y principios constitucionales"[311] que tienen incidencia en el campo penal; de las normas y principios internacionales aplicables en el orden interno por virtud del bloque de constitucionalidad, y de los acuerdos que el Estado colombiano ha asumido internacionalmente.

La Constitución tanto de forma directa como por inferencia, determina la necesaria vinculación del ordenamiento jurídico a sus postulados. Para la presente investigación es necesario mencionar el concepto de garantismo expuesto por Luigi Ferrajoli, quien lo entiende como una teoría filosófica,

[310] Citado por PEREZ ROYO, Javier. Tribunal constitucional y división de poderes. SC – 180/94 (Bogotá D.C., 14 de abril de 1994) Expediente P.E. -005. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. p.186.
[311] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038/95 (Bogotá D.C., 9 de febrero de 1995) Expediente D- 658. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Consultado el día 19 de agosto de 2015, a las 15:00 horas. En: www.jueces y fiscales.com.

que se debe concebir de manera inicial para el campo penal, mirándosele como un modelo normativo del derecho de estricta legalidad donde se presenta un sistema de vínculos jurídicos que se dan como una carga al Estado, en protección de los derechos fundamentales, de allí que el garantismo conlleva a un control total del ejercicio del poder[312].

De suerte que también la Justicia Penal y el Derecho Penal, en cuanto parten que son de ese orden, deben imperativa y categóricamente estar referidos a ella, es decir, deben estar vinculados a sus valores, normas y principios, al contenido de los derechos fundamentales, propiciando de esa manera la efectiva aplicación de los derechos constitucionales y la protección y garantía de los bienes jurídicos que surgen de aquella[313].

Es de anotar que el verdadero sentido de la Constitución Política, es el de propender para el Derecho Penal y la Justicia Penal, que las leyes que se creen sean ajustadas a las valoraciones que de ella emergen, y desde luego que las decisiones de los fiscales y jueces tomen al interior del proceso penal, sus principios y consulten la justicia material[314].

Se debe interpretar sin embargo que las constituciones democráticas, entre ellas la colombiana, terminarán imponiéndose en todo el mundo, y además las garantías materiales de las normas superiores que acogen como prototipo de Estado al Estado constitucional que se "identifican en sus

[312] FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. 5ta edición. Madrid: Editorial Trotta. 2001. p.854.
[313] SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Derecho penal constitucional: el principialismo penal. Universidad Externado de Colombia. 2014. p.11.
[314] Ibíd., p.61.

postulados esenciales de respeto a la dignidad humana y derechos fundamentales"[315].

En los siguientes párrafos, se dará una mirada a: reglas, principios, derechos fundamentales y garantías. Dicha pretensión se desarrollará de forma breve, casi esquemática si se quiere, pero siempre procurando la mayor contundencia posible, esto con el fin de precisar el nuevo concepto de la Justicia Penal constitucional, en el Estado Social de Derecho originado a partir de la Constitución de 1991.

En el universo normativo, se puede afirmar que "toda norma es bien una regla o un principio"[316], vale la pena establecer una diferenciación entre las reglas y los principios. Así, las primeras sólo pueden entenderse como derivación de los segundos, los cuales –en palabras poco técnicas pero sumamente ilustrativas- "…*desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, "constitutivo" del orden jurídico"*[317]. En efecto, los principios no solamente se consideran verdaderas fuentes de Derecho de las cuales surgen aquellas reglas destinadas a reforzar el cumplimiento de sus designios[318]; también se han posicionado como criterios hermenéuticos vinculantes cuya utilidad para descubrir el sentido de las disposiciones

[315] Ibíd., p.62.
[316] Cfr. Robert ALEXY. "Teoría de los derechos Fundamentales". (Trad. Ernesto Garzón Valdés). Primera reimpresión. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 87.
[317] Gustavo ZAGREBELSKY." *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia."* (Trad. Marina Gascón.) Madrid: Editorial Trotta. 1995a, p. 110.
[318] Desde 1950, para los principios generales del Derecho internacional, la Corte Internacional de Justicia les otorgó la naturaleza de fuentes del derecho.

oscuras[319] ha sido aceptada a lo largo de casi toda la historia jurídica universal.

No obstante lo anterior, en sociedades tan complejas como las modernas, donde sus numerosos habitantes portan toda clase de intereses contrapuestos, mayormente fundamentados en principios jurídicos legítimos expresa o tácitamente reconocidos[320] por ordenamientos normativos los cuales, a su vez, deben armonizar cada uno de estos aparentes conflictos fáctico-axiológicos garantizando así el correcto funcionamiento del sistema, la consecución de la paz social y el fortalecimiento de los derechos.

El ejemplo quizás más claro para reafirmar lo anterior es el principio de la dignidad humana como principio rector, del cual se deriva el derecho fundamental a la vida, que se encuentra reforzado por un cúmulo de garantías ubicadas en distintas disciplinas del Derecho[321], siendo, para los propósitos de esta Investigación, merecedoras de especial mención aquellas ubicadas en el ámbito penal: como la construcción de procedimientos y mecanismos procesales idóneos para proteger a los inocentes de un castigo injusto mientras, por otro lado, se fortalece a la víctima en la potestad de

[319] ZAGREBELSKY. Op. cit., p.110.
[320] Por ejemplo, en esta investigación, el presunto ofensor y la víctima están interesados en obtener un proceso justo que garantice sus principios y derechos fundamentales.
[321] El derecho a la vida, como derecho fundamental primordial, deberá estar enmarcado en el establecimiento de la organización estatal, creado con miras a reforzar la eficacia del Derecho Penal y la Justicia Penal.

perseguir, principal o subsidiariamente, sus legítimos derechos, los cuales también se construyen partiendo del principio de Dignidad Humana[322].

Después de haber sentado las precisiones precedentes, se reflejarán de manera más clara las definiciones de garantías y derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, *todos los derechos constitucionales equivalen al enlace sustancial que condiciona las normas producidas expresando los fines de validez, y a los que está dirigido según ese nuevo artificio que es el Estado constitucional de Derecho[323].* En ese sentido, las garantías *posibilitan la eficacia de los derechos fundamentales en concordancia con su estipulación constitucional, de lo cual puede derivarse manifiestamente en modalidades negativas y positivas, las primeras como prohibiciones al Estado y por ende a los particulares de atentar contra los bienes jurídicos penalmente protegidos, y los segundos con el fin de acceder directamente a la Justicia como garantía constitucional[324].*

Ahora bien, ¿qué significado tiene el Garantismo? Siguiendo al maestro FERRAJOLI, dicho concepto encuentra sus antecedentes en el progresivo fortalecimiento de un fenómeno manifestado en la profunda divergencia experimentada entre las normas constitucionales frente a aquellas

---

[322] En el capítulo 3 (numeral *3.1) se* profundizó en el Ius Cogens como fuente de Justicia Penal sobre el principio rector de la Dignidad Humana el cual, tal como se demostró, no solamente pertenece al cuerpo normativo supremo del Ius Cogens, sino que también se ha erigido en la piedra angular de los Ordenamientos Jurídicos más avanzados. Desde el Corpus Iuris Internacional mismo, pasando por la Ley Fundamental de Bonn e inclusive remitiéndose al art. 1 de nuestra Constitución Política.

[323] FERRAJOLI, Luigi. *"derechos y garantías. La ley del más débil." (*Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi). Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 22. El autorizado autor ofrece una definición aún más completa en la misma obra p.37.

[324] Ibíd., p. 25.

disposiciones jerárquicamente inferiores cuya misión consiste en desarrollarlas. Semejante incongruencia normativa se había expresado con especial intensidad en contra de las garantías penales conquistadas a favor de los procesados desde la Ilustración[325]. Es decir, mientras la mayoría de Estados reconocían en sus Constituciones garantías tan elementales como la presunción de inocencia o el ejercicio de la defensa, normas de menor jerarquía contenían disposiciones, las cuales contradecían o dificultaban abiertamente el desarrollo de los imperativos constitucionales[326].

En ese sentido, el Garantismo se manifiesta en 3 acepciones: en primer lugar, como una "*teoría de la divergencia"*[327] la cual permite poner en evidencia crítica permanentemente por parte de la academia y la jurisprudencia, con ánimo correctivo, aquél nefasto pero inevitable fenómeno que motivó, prima facie, la creación de una corriente garantista. El Garantismo también puede ser entendido como *una filosofía política cuya finalidad es la de imponer al Estado y al derecho la carga de la justificación en lo referente a la tutela y garantía de los bienes e intereses como objetivo de ambos*[328]*.* Finalmente, también se concibe como un "*sistema normativo de Derecho"* el cual influye directamente sobre el valor de las normas pertenecientes al orden jurídico, así como sobre su interpretación y el

[325] FERRAJOLI, Luigi. *"Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal". (Trad. Perfecto Andrés Ibáñez). Tomo II. Madrid: Editorial Trotta S.A, 1995.* pp. 851-903.
[326] Ibíd., p. 851.
[327] Ibíd., pp. 852-853 y 868-880.
[328] Ibíd., pp. 880 y892.

establecimiento de supra-criterios axiológicos los cuales deben ser respetados en todos los niveles del sistema, incluido el de los principios[329].

Es de acotar que el Garantismo marcó una señal invaluable en la historia reciente del Derecho Penal y la Justicia Penal constitucional, más sin embargo sus alcances tutelares se han quedado cortos en la actualidad, debido a la tendencia mundial que hoy existe dirigida a empalidecer la protección a víctimas y su participación procesal directa.

Se deben crear hoy en día verdaderos sistemas integrales de protección para garantizar los derechos de las víctimas, lo mismo que la eficacia de aquellas normas globales y nacionales como deber estatal para proteger a todas las personas en lo concerniente a los bienes jurídicos tutelados por el Estado. Por lo anterior, resulta constitucionalmente legítimo y viable seguir los esfuerzos de la doctrina, la jurisprudencia y la normatividad en el fortalecimiento de sistemas de protección como los actuales.

La fundamentación constitucional e internacional, hasta aquí desarrollada justifica ampliamente la evolución en la corriente garantista, lo mismo que el amparo de un nuevo principialismo de Garantismo Integral, que sirva como fuente de derecho y además de criterio interpretativo vinculante cuya influencia ilumine todo el ordenamiento jurídico penal constitucional.

Ahora bien, con el fin de ampliar la definición sobre el Garantismo Integral es imperioso detenerse primero en el análisis de sus elementos

[329] Ibíd., pp. 851-852 y 855-868.

constitutivos con la finalidad de poder construir un discurso ordenado, el cual se robustezca a medida que avanza la argumentación. Esa será la misión del acápite siguiente.

3.2.2 Garantismo Integral. Desde el esbozo de una definición hacia el desarrollo de unos elementos tutelares de protección en la Justicia Penal

Complementando la definición del garantismo integral este puede entenderse también como: *aquél Sistema Normativo, fundado en el principio de la Dignidad Humana, cuya función suprema consiste en garantizar una Tutela Judicial Efectiva a los participantes de la relación jurídico-penal, en términos acordes con la Igualdad. Reforzándose así la consecución de las dos finalidades fundamentales, complementarias de la sancionatoria-preventiva, emanadas del propio Sistema Penal: por un lado, conservar la libertad de los procesados inocentes, por el otro materializar los derechos en favor de quienes han experimentado un daño injusto sobre sus bienes jurídicos*[330].

El Garantismo Integral, en la construcción de una Justicia Penal constitucional trascendente, contempla la construcción de una serie de principios y valores convertidos en derechos y además la posibilidad de reclamarlos erigiendo unos mecanismos eficientes, que reafirmen la

[330] HERNÁNDEZ TOUS, Alfonso y et al. Garantismo y crisis de la justicia. Medellín: Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco y Universidad Simon Bolívar. 2011. p.127. Consultado el 15 de junio de 2016, a las 15:00 horas. En: http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/1269/Garantismo%20crias%20de%20la%20justicia.pdf?

existencia del Estado constitucional. Como la acción de tutela que se caracteriza por su informalidad, autonomía, inmediatez, subsidiaria y preventiva, sumaria y preferente, permanente, y efectos interpartes[331].

Esto explica el uso que se le da a la acción de tutela efectiva y a la confianza que los ciudadanos tienen de ella, por ser un mecanismo expedito y eficaz. Muchas veces, el no entendimiento del garantismo integral constitucional puede repercutir en un uso excesivo de la tutela y ser un aporte considerable para la congestión[332].

La efectividad de un Garantismo Integral está dada en la construcción de una Justicia Penal constitucional trascendente, que se alcanza como protectora de los derechos de las partes en el proceso judicial y el respeto a la dignidad, tema que se aborda a continuación, pero con la aplicación de la Constitución y la ley.

3.2.2.1 Dignidad humana. La piedra angular del Estado y la Justicia Penal constitucional

La temática concerniente al principio de dignidad humana, ofrece una gigantesca variedad de preguntas y posibles respuestas lo cual, sumado a la constante e interminable línea jurisprudencial proveniente de la Corte Constitucional[333], terminaría por exceder las finalidades mismas de esta

[331] Ibíd., pp.47-48.
[332] Ibíd., p. 48.
[333] Desde la primera sentencia de la CORTE CONSTITUCIONAL, al respecto (T-401/92) la lista ha sido virtualmente infinita. Baste citar solamente, a título meramente enunciativo, las siguientes

Investigación. Sin embargo, este será el espacio pertinente para resaltar su característica relevante así como su relación directa con las víctimas y su correspondiente Derecho a participar efectivamente en el proceso penal.

Es conducente comenzar recordando cómo la Dignidad Humana integra permanentemente el supremo cuerpo normativo del Ius Cogens en sentido estricto, lo cual la ha revestido de una eficacia internacional reforzada que repercute, sin lugar a dudas, en los Estados que integran la comunidad internacional. Igualmente, es imperioso adicionar la siguiente aclaración: la Dignidad Humana se ha instituido en un valor, un principio y un Derecho fundamental el cual "*…soporta la totalidad de los derechos constitucionales"*[334]. Lo cual significa, que el principio de dignidad humana eleva su posición normativa al máximo nivel, pues establece los criterios primordiales para configurar la construcción de un ordenamiento jurídico legítimo compuesto por principios y garantías, unánimes en todos los ámbitos nacionales e internacionales de orden jurídico penal.

En ese orden de ideas la Dignidad Humana, como concepto de naturaleza jurídica tríadica fundante de los órdenes públicos nacionales (art. 1 Constitución Nacional) e internacionales, puede considerarse la única construcción axiológica de índole absoluto dentro de la ciencia jurídica. Es decir, ningún otro valor, principio o Derecho puede serle oponible, ni siquiera

---

providencias para que el lector pueda hacerse una idea al respecto: SU-062/99; T-075/01; T-1055/01; T-881/02; C-111/06; T-562/06; T-244/08 y la reciente C-288/09.

[334] Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL C-288/09 (Bogotá D.C., 21 de abril de 2009) Expediente Lat-330. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Jorge Iván Palacio Palacio.

hacerlo susceptible de un ejercicio de ponderación, muchísimo menos contrariarlo[335]. Lo cual significa, que todos los demás valores, principios, derechos constitucionales y garantías del ordenamiento jurídico penal deben armonizarse atendiendo siempre a sus postulados.

Siendo indiscutible la posición suprema ocupada por la Dignidad Humana, corresponde ahora indagar sobre su contenido. En ese sentido, se entiende como tal *el trato debido por parte de los particulares y, muy especialmente, de las autoridades en favor de todas las personas por el solo hecho de ostentar una naturaleza humana*[336].

De tan simple pero elocuente postulado se extraen dos consecuencias insoslayables:

En primer lugar, de la condición misma emanada de ostentar naturaleza humana se origina en favor de todas las personas un Derecho primario, fuente de todos los demás derechos, a recibir por parte de los particulares y especialmente de las autoridades un trato acorde con tan sagrada posición. La persona como individuo perteneciente a la especie humana, entraña un revolucionario criterio de protección superando aquellas vetustas, odiosas y

[335] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-401/92 (Bogotá D.C., 3 de junio de 2092). Expedientes T-103; T-377; T-426. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, y, sentencia C-288/09 (Bogotá D.C., 21 de abril de 2009) Expediente Lat-330. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Jorge Iván Palacio Palacio.

[336] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA sentencia T-386/02 (Bogotá D.C., 20 de mayo de 2002). Expediente T-498194. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, y, sentencia C-288/09 (Bogotá D.C., 21 de abril de 2009) Expediente Lat-330. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Jorge Iván Palacio Palacio.

restrictivas clasificaciones como las de ciudadano o nacional[337]. Es decir, el principio de dignidad humana se constituye en el sustrato del Estado y el Derecho, y además en el fundamento, de comportamiento vinculante para las autoridades y los individuos; y también en una obligación de protección genérica en favor de todas las personas.

Por otro lado, la segunda consecuencia se estructura con base en las anteriores reflexiones y se manifiesta de la siguiente manera: si de la Dignidad Humana emanan deberes estatales generales de protección, también se originan, por ende, obligaciones tutelares especiales circunscritas a un ámbito jurídico específico como sería, en consideración con el enfoque de esta Investigación, el Derecho Penal o, más concretamente aún, el Sistema procesal penal. En ese sentido, la Corte Constitucional[338] ha reconocido el vínculo directo sostenido entre la participación efectiva de las víctimas durante el proceso criminal con el respeto a la Dignidad Humana ostentada por los ofendidos.

Es decir, la Dignidad Humana se instituye en el fundamento supremo del principialismo de Garantismo Integral, por conformar la piedra angular del Estado y el Derecho, y además por ser la médula axiológica desde el cual emanan los deberes estatales tutelares en beneficio de todas las personas

[337] FERRAJOLI, Luigi. "*derechos y garantías. La ley del más débil". Madrid: Editorial Trotta, 1999.* pp. 97-125.
[338] Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-228/02 (Bogotá D.C., 3 de abril de 2002) Expediente D- 3672. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre; Sentencia C-1033/06 (Bogotá D.C., 5 de diciembre de 2006) Expediente D- 6282. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis, y Sentencia T-1057/07(Bogotá D.C., 6 de diciembre de 2007) Expediente T-14000903. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

como consecuencia del trascendental hecho de pertenecer éstas a la especie humana.

3.2.2.2 Tutela judicial efectiva como desarrollo del ordenamiento jurídico constitucional y legal

Tal como puede deducirse de lo expresado a lo largo de esta investigación, existen diferentes niveles de protección ofrecidos por el ordenamiento jurídico a las personas. Hemos destacado los sustanciales y los de índole procesal, siendo éstos últimos sobre los cuáles se hará mayor énfasis atendiendo los propósitos de esta Investigación. Por eso mismo, en lugar de tratar separadamente asuntos como el Recurso Judicial Efectivo (compuesto por los principios, derechos y garantías procesales, pertenecientes al *Ius Cogens)* así como la necesaria materialización de los derechos de las víctimas de los cuales éstas son titulares; aquí serán estudiados de manera integral bajo la denominación de Tutela Judicial Efectiva[339] por cuanto su naturaleza abarca aquellas materias en lugar de disociarlas, además de brindar un marco conceptual mucho más amplio y completo[340]. No sobra recordar que los propósitos de esta investigación se encuentran orientados a la protección integral, garantías procesales y

[339] SOCHA SALAMANCA, Julio Enrique. "*La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia."* En: Corte Suprema de Justicia. Revista Edición número 28. Diciembre de 2009.
[340] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia la SU-1184/01 (Bogotá D.C., 13 de noviembre de 2001). Expediente T-282730. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynnett; Sentencia C-454/06 (Bogotá D.C., 7 de junio de 2006) Expediente D- 5978. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño, y, reciente Auto 095/09 (Bogotá D.C., 24 de febrero de 2009) Expediente I.C.C 1337. Magistrado Ponente: MP: Humberto Sierra Porto.

constitucionales teniendo en cuenta el nuevo concepto de la Justicia Penal a partir de la Constitución Política de 1991, razón por la cual la tutela judicial efectiva también se enfocará en ese mismo sentido.

Dicho lo anterior se revela entonces la metodología que a continuación, se asume, para desarrollar el principio y Derecho a un Recurso Judicial Efectivo, integrado en su núcleo esencial por las garantías procesales y el acceso a la Justicia Penal, el cual se instituye como el único mecanismo idóneo para garantizar que las víctimas puedan alcanzar sus derechos, finalidades cuyo contenido será estudiado posteriormente. De esa forma, al estar definida su función fundamental, el Garantismo Integral irá adquiriendo mayor solidez conceptual.

3.2.2.2.1 El recurso judicial efectivo como protección procesal

Sin duda, el sistema Inter Americano de protección con relación al Sistema Europeo, se encuentra mucho más avanzado en asuntos como las medidas provisionales, las cláusulas de intangibilidad y, concretamente, en lo concerniente al Recurso Judicial Efectivo. En relación con este último concepto, el liderazgo Inter Americano es aplicable tanto a la regulación ofrecida por las normas convencionales (Art. 6.1 de la Convención Europea) como al desarrollo jurisprudencial del mismo. En el ámbito Internacional, tampoco ofrece una protección normativa más desarrollada a la emanada de

la Convención Americana[341], la jurisprudencia proferida por el Comité de Derechos Humanos ha sido trascendental para el desarrollo de la institución procesal objeto de estudio.

El concepto de un Recurso Judicial Efectivo aquí se entenderá en sentido amplio. Es decir, como una construcción axiológica la cual se encuentra integrada, de manera inexorable e indisociable, por los principios y derechos de Acceder a la Justicia en términos concordantes con el Debido Proceso, ambas instituciones comúnmente reguladas en artículos separados de acuerdo con el texto de las diversas normas multilaterales e inclusive de nuestra propia Constitución Política[342].

Adicionalmente, el concepto de Recurso Judicial Efectivo debe entenderse como un complejo contexto, un sistema general de protección procesal integrado por instituciones, normas, procedimientos, mecanismos y funcionarios[343] los cuales, en conjunto, deben garantizar los derechos humanos eficientemente[344]. El recurso judicial efectivo, no se puede ceñir a una sola disciplina jurídica, o proceso, ello conllevaría a una evidente equivocación porque interpretarlo de esa manera significaría limitar su alcance de protección, en el entendido que lo restringe a controlar (a niveles

[341] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, párr. 19. voto razonado del Juez Cancado Trindade, sobre el Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia.
[342] Véase, CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Arts. 8.1 y 25.1 de la; CONVENCIÓN EUROPEA DE LOS DERECHOS HUMANOS Arts. 6.1 y 13; PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (14.1). CONVENCIÓN AMERICANA y CONVENCIÓN EUROPEA Arts. 8, 6 y 14 (Debido Proceso). CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Art. 29 (Derecho al Debido Proceso), y, el Art. 229 (Acceso a la Justicia).
[343] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Masacre de las dos erres vs. Guatemala", Párr. 235, (ejemplo, oportunidad procesal judicial garantista e integral).
[344] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *"Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia",* Párr. 288, (ejemplo, Recurso Judicial Efectivo) y CONVENCIÓN AMERICANA. *Arts. 8 y 25.*

constitucionales y plurilaterales) un recurso en especial en lugar de un orden procesal completo.

En este orden de ideas, el recurso judicial efectivo se instituye en un modelo rector encaminado a establecer el correcto diseño de los ordenamientos procesales internos de los Estados, y a la vez garantizar los compendios conceptuales para que la Corte Interamericana o la Corte Constitucional dado el caso, puedan ejercer un control sobre los mismos.

Prosiguiendo, es importante resaltar que la institución del Recurso Judicial Efectivo se ha instituido en un principio nacional e internacional del Derecho, ostentando en éste último la categoría suprema de norma perteneciente al Ius Cogens. Adicionalmente también se ha configurado, considerando su naturaleza compleja que abarca al Debido Proceso, en un *Derecho fundamental de aplicación inmediata*[345]. Reflexionando sobre la relación imprescindible que se presenta entre la existencia de los procesos judiciales garantes y la materialización de los derechos sustanciales, entonces el recurso judicial efectivo se configura también en una garantía.

Dada la trascendencia exteriorizada por el Recurso Judicial Efectivo en los ámbitos nacionales e internacionales, también debe destacarse su proyección originada por su inclusión dentro del Ius Cogens, derivándose así dos obligaciones una de carácter Erga Omnes cuyo objetivo primordial consiste en construir el marco jurídico-conceptual mediante el cual deben

[345] Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-766/08 (Bogotá D.C., 31 de julio de 2008). Expediente T – 1 871.233. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

concebirse todos los elementos necesarios (procedimientos, recursos, funcionarios etc…) para estructurar un ordenamiento procesal verdaderamente concordante con la protección y conservación de los derechos humanos desplegados por los protagonistas del proceso penal[346].

Hoy existe una obligación especial de diseñar, una serie de deberes destinados a dirigir la construcción de un sistema procesal idóneo, cuyo objetivo específico consista en materializar, proteger y restablecer los derechos fundamentales y constitucionales. En ese sentido, la sola existencia de los recursos, procedimientos, funcionarios e instituciones no garantiza, por sí mismo, la satisfacción de los requisitos aquí mencionados porque es fundamental considerar lo concerniente a la eficacia de los mismos y que, además, no se constituyan en obstáculos entre ellos para alcanzar los fines trazados por el Recurso Judicial Efectivo[347].

El diseño referido, es de vital importancia como criterio antecedente para que el legislador pueda establecer un sistema procesal que sea acorde a los estándares internacionales de protección, y además como elemento fundamental de control constitucional sobre normas procesales que no cumplan con los requisitos aquí previstos. Esto conlleva a una profunda relación con el principialismo de Garantismo Integral, teniendo en cuenta que el Recurso Judicial Efectivo instituye un parámetro axiológico, por medio del

[346] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "*Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras"* .Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Párr. 166.
[347] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Caso Masacre de las dos erres vs. Guatemala". Sentencia de 24 de noviembre de 2009.

cual puede discurrir la concordancia de algún ordenamiento jurídico con los lineamientos internacionales vigentes en la materia, los cuales, hoy en día, incontrovertiblemente otorgan a la víctima un protagonismo sustancial en el ordenamiento jurídico - procesal penal, en concordancia con el Sistema de responsabilidad estatal inter Americano[348].

Ahora bien, no debe perderse de vista que los propósitos de esta investigación se relacionan directamente con la Justicia Penal, razón por la cual una obligación de naturaleza tan abstracta como ésta será puntualizada en concordancia con aquella disciplina. Teniendo en cuenta la correcta aplicación de las normas procesales en el ámbito criminal, implicando así compromisos de índole estatal como son: los deberes de indagar, dictaminar y sancionar a los responsables de haber causado un daño excesivamente notorio a sus semejantes, en relación a los bienes jurídicos tutelados, lo mismo que a los derechos humanos, y además garantizar a cada uno de los intervinientes en el conflicto de orden jurídico penal la observación de todas las garantías de las cuales son titulares[349].

El primero de estos deberes específicos consiste en realizar una investigación y enjuiciamiento diligentes ante la noticia criminal de una conducta punible, con justa razón, cuando se trata de la vulneración de

[348] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "*Caso Radilla Pacheco vs. México."* Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C. No.209. Párr. 247.
[349] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras". Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7. Párr. 174.

derechos humanos[350]. Es importante aclarar que ambos configuran obligaciones de medio, es decir, los Estados deben garantizar un actuar diligente y su incumplimiento no puede discurrir únicamente en los resultados, sin embargo, éstos siempre constituirán un indicio vital para determinar si un Estado ha sido negligente en cuanto a la correcta aplicación de su ordenamiento jurídico penal[351].

Ahora bien, el deber concreto de investigar y enjuiciar se instituye, en la fuente de otras obligaciones aún más concretas mediante las cuáles éste se desarrolla plenamente. La Corte Interamericana de derechos humanos en una de sus providencias más recientes[352] enumeró algunas: el investigar todos los acontecimientos ocurridos durante el crimen, lo mismo que el nivel de violencia desplegado e investigar a los responsables a cualquier título, como: sujeto determinador, autor o partícipe, porque tratándose de hechos revestidos de notoria gravedad, el Estado no puede renunciar a la investigación penal con base en algún excluyente de responsabilidad[353].

Por lo tanto, el Estado debe garantizar un régimen sancionatorio de índole disciplinario, administrativo y penal, con el fin de castigar a los funcionarios públicos quienes no colaboren en los términos aquí expresados.

---

[350] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "*Caso de la masacre de Pueblo Bello vs Colombia". Sentencia de 31 de enero de 2006.* Párr. 144. y cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "*Caso Valle Jaramillo vs. Colombia". Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.* Párr. 99.

[351] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "*Caso Valle Jaramillo vs Colombia". Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.* Párr. 100. Con antelación en el marco de otra sentencia condenatoria proferida contra Colombia (Serie C No. 178. Párr. 3. 2008).

[352] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "*Caso de la masacre de las dos Erres vs. Guatemala"*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Párr. 233.

[353] Cfr. Ibíd. Párr. 233 literal A.

Además, el Estado también debe proporcionar a sus funcionarios con los recursos humanos y materiales suficientes para cumplir con su labor investigativa así como para proteger a las víctimas o testigos que apoyaren la misma[354]. Es de resaltar que existe otro deber concreto en cabeza del Estado, emanado de la obligación de investigar y enjuiciar, consistente en capturar e iniciar el correspondiente proceso penal con todas las garantías procesales y constitucionales, a quienes se encuentren acusados de cometer serias violaciones contra los derechos humanos[355].

Por lo tanto, de la obligación general consistente en aplicar correctamente el Sistema Penal constitucional, se deriva el deber concreto de sancionar a los sujetos determinadores, autores, coautores y partícipes en la comisión de conductas punibles, especialmente aquellos cuya gravedad impacta notablemente los derechos humanos. Dicho mandato categórico no solamente ha encontrado sustento en la jurisprudencia, sino también en los diferentes Sistemas Jurídicos integradores del Orden Público Internacional[356].

Antes de plantear una definición, es importante resaltar la última característica fundamental del Recurso Judicial Efectivo: su bilateralidad en materia penal, la cual encuentra su sustento jurídico desde luego a nivel internacional en las normas convencionales como en la jurisprudencia

---

[354] Ibíd. Párr. 233 literal F; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Op. cit., "Párr. 101, y, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS "*Caso masacre de la Rochela vs. Colombia." Sentencia de 11 de mayo de 2007.* Párrs. 171 y 174.

[355] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "*Caso de la masacre de la Rochela vs. Colombia." Sentencia de 11 de mayo de 2007.* Párr. 173.

[356] Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención Internacional contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Aprobado 18 de diciembre de 2002.* Art. 4

proferida por los órganos plurilaterales de protección a los derechos humanos, lo mismo que en la jurisprudencia colombiana. Es decir, tanto los procesados como las víctimas tienen Derecho, en concordancia con el principio de igualdad, de acceder a la Justicia en términos acordes con el debido proceso, cada uno de ellos, por supuesto, persiguiendo distintos objetivos, si se quiere contrarios. Es de anotar que hoy día los parámetros internacionales exigen dotar a las víctimas de las mismas facultades[357]. En otros términos, se nota de manera evidente la posición del Recurso Judicial Efectivo como la columna vertebral de la Justicia Penal Constitucional.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, es posible enunciar una definición sobre el concepto de Recurso Judicial Efectivo, el cual será utilizado en esta Investigación. En ese sentido, *el Recurso Judicial Efectivo se instituye en un Derecho de aplicación inmediata; un principio rector del Estado; una meta-garantía procesal así como, finalmente, en un deber estatal perentorio del cual se derivan obligaciones generales de diseño normativo y de correcta aplicación. Aquella institución, de carácter bilateral o integral, pretende garantizar a todas las personas, en términos acordes con*

[357] Véase: CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias: SU-1184/01 (Bogotá D.C., 13 de noviembre de 2001) Expediente T-282730. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynnett. Cap. II. Fundamento Jurídico 3; CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-454/06 (Bogotá D.C., 7 de junio de 2006) Expediente D- 5978. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Cap. VI. Fundamentos Jurídicos 43, 58 y 67 y CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-575/06 (Bogotá D.C., 25 de julio de 2006) Expediente D- 5994. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Cap. VI. Fundamento Jurídico. 6.1.6.; Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. *Sentencia de Casación proferida el 18 de abril de 2007.* Radicación: 24.829. Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas, y, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. *Sentencia de Casación proferida el 4 de marzo de 2009.* Radicación: 28.406 Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Y, en cuanto a la parte doctrinal se refiere, remítase a BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. "*El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio".* 5ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 202-203.

la Igualdad[358]*, no solamente la facultad de acceder ante la administración de Justicia, sino también que dicho acceso se desarrolle en concordancia con los postulados emanados del debido proceso, para así garantizar la eficacia del recurso, tornándose en una realidad cada vez más sólida teniendo presente* el principialismo del Garantismo Integral. Por lo cual es conducente adentrarnos en el estudio de los principios y al debido proceso como acceso a la Justicia Penal.

3.2.2.2.1.1 La justicia como presupuesto jurídico estructural en el Estado Social de Derecho

A partir de la proclamación francesa del hombre y del ciudadano, los derechos fundamentales se instituyeron en la piedra angular del Estado. Desde luego su objetivo no debe agotarse únicamente en un reconocimiento prolijo, por lo tanto el Estado deberá garantizar tales derechos, razón por la cual tiene que diseñar todo un sistema jurídico estructural destinado a condensar tan fundamental propósito, de lo contrario puede repercutir para la no vigencia de los mismos.

Es decir el acceso a la Justicia Penal, no solamente se precisa como un Derecho de inmediata aplicación y un principio subyacente a todo el sistema, también se instituye como baluarte para el correcto ejercicio y goce de los derechos sustantivos. Por tal razón la Justicia Penal comparte una innegable

[358]COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General # 32.* Proferida por el nonagésimo período de sesiones celebrado en Ginebra del 9 al 27 de julio de 2007. Párr. 14.

similitud con el principal derecho sustancial: la vida, como *el más importante de los derechos humanos y fundamentales*[359]*.Es decir el acceso a la Justicia Penal puede conceptualizarse de manera concordante con el Recurso Judicial Efectivo como* un principio general del Derecho Penal de inmediata aplicación como garantía perentoria por parte del Estado.

Adicionalmente, el derecho a un proceso judicial efectivo debe garantizarse a todas las personas en concordancia con los postulados originados en la Igualdad, es decir, sin que puedan oponerse diferenciaciones de ningún tipo, salvo que sean constitucionalmente razonables. En ese sentido, el Estado debe remover cualquier obstáculo normativo que estableciere distinciones irracionales, por ejemplo, entre las partes[360], desarrollando, a su vez, la obligación general de diseño explicada con anterioridad. Por otro lado, desde las instancias internacionales se ha estructurado un deber –al menos en el ámbito penal- en cabeza del Estado consistente en corregir, a través de medidas o acciones institucionales, las desigualdades de origen fáctico entre las cuales son paradigmáticas, aunque no exclusivas, las económicas[361].

El acceso a la Justicia Penal, implica una facultad incuestionable desplegada en igualdad para todas las personas, sin excepción alguna, con el fin de materializar sus derechos sustantivos, ante la administración de

[359] GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *"Introducción al nuevo Derecho procesal".* Bueno Aires: Ediar. 1998. p. 198.
[360] COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General # 32. Proferida por el nonagésimo período de sesiones celebrado en Ginebra del 9 al 27 de julio de 2007.*
[361] Ibíd., Art. 14, apartado d, párr. 3 y Párr. 10.

Justicia sobre la cual el Estado es responsable tanto en su diseño así como en lo concerniente a su correcto funcionamiento. Recordando las palabras del Juez Cancado Trindade, quien define el Acceso a la Justicia simplemente como *"el Derecho al Derecho"* [362].

Considerando lo anterior, y teniendo en cuenta la responsabilidad estatal en diseñar y aplicar las normas procesales de manera concordante con los postulados emanados del Recurso Judicial Efectivo, se derivan obligaciones oponibles al Estado para asegurar un acceso a la Justicia Penal lo más eficaz posible. Estas obligaciones, originan deberes concretos los cuales se identifican con facilidad en las normas procesales[363].

De lo anterior, se puede decir que en primer lugar, por tautológico que pudiera parecer en un principio, existe la primaria obligación abstracta consistente en garantizar el correcto acceso al aparato jurisdiccional estatal.

En segundo lugar, se configura una obligación general de garantía directamente relacionada con la protección de quienes acceden a la jurisdicción. Es evidente, si la integridad física, moral o patrimonial de éstos se viera amenazada por causa del proceso, los objetivos perseguidos por el Acceso a la Justicia se tornarían inocuos.

[362] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, párr. 19. voto razonado del Juez Cancado Trindade, sobre el Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia.
[363] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración de los principios básicos de justicia para las víctimas del crimen y el abuso *de poder. 2013.*

Y en tercer lugar, existe también una obligación general de garantía enfocada en asegurarle una solución satisfactoria al conflicto o reclamo planteado por quien accede a la jurisdicción con ese propósito.

Existen varios deberes concretos destinados a desarrollarla, no obstante los tres más importantes son: el deber de proferir soluciones de fondo, las cuales siempre deben ser suficientemente motivadas, la relación existente entre la motivación y la materialización de los valores a la verdad, la justicia y la reparación es notoria. En ese sentido, la verdad solamente se consigue después de un ejercicio intelectivo donde el juez, al motivar su decisión, está aportando a la construcción de la verdad, y, ya en firme, sin duda alguna ejecutoriarlas[364], garantizando una solución satisfactoria en los términos ya planteados, buscando la creación de un derecho legítimo a obtener soluciones favorables.

Se ha dado la suficiente aclaración en cuanto a la función del derecho al proceso judicial efectivo, el cual consiste en facultar a todas las personas para acudir en igualdad, de manera directa al aparato jurisdiccional del Estado, con el objeto primordial de obtener una solución satisfactoria en relación con las solicitudes o conflictos dotados de connotaciones jurídicas[365]. Ubicando así al Recurso Judicial Efectivo como el elemento integrador más importante que fundamenta el principialismo de Garantismo Integral.

---

[364] Cfr. Ibíd., Art. 6.e.

[365] Cfr. SOCHA SALAMANCA, Julio Enrique. "*La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia".* En: Corte Suprema de Justicia, "*Revista Corte Suprema de Justicia".* Edición no. 28, diciembre de 2009. p. 18. Consultado el 1 de junio de 2015, a las 21:00 horas. En: http: //190.24.134.121/webcsj/Documentos/Revistas/REVISTA%20No.%2028[1].pdf.

Es de anotar que su contenido no puntualiza las características, los principios a los cuales debe ajustarse de manera dinámica e inherente a la administración de justicia. Para dar respuesta a este interrogante, y de paso desarrollar el segundo elemento integrador del Recurso Judicial Efectivo, es necesario adentrarse en el estudio del debido proceso.

3.2.2.2.1.2 Hacia un nuevo enfoque del debido proceso en la Justicia Penal como protectora constitucional

El debido proceso, ostenta una naturaleza de carácter general aplicable a todas las personas y situaciones, siempre ha sido desarrollado, normativa e históricamente, como una institución especialmente vinculada con el Derecho a la defensa del cual es titular cualquier persona señalada de cometer una conducta punible.

Las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ocupan un espacio vital dentro del ordenamiento jurídico colombiano, esto debido a su inclusión al Bloque de Constitucionalidad, por lo cual ha sido la protagonista esencial en la construcción de una nueva realidad, planteando las reglas especiales referidas a la inclusión de las víctimas en el marco del proceso penal, seguidas por nuestra jurisprudencia constitucional[366].

[366] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370/06 (Bogotá D.C., 18 de mayo de 2006) Expediente D- 6032. Magistrados Ponentes: Clara Inés Vargas Hernández; Manuel José Cépeda Espinosa; Álvaro Tafur Galvis; Marco Gerardo Monroy Cabra; Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño; sentencia C 454/06 (Bogotá D.C., 7 de junio de 2006) Expediente D- 5978. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño, y sentencia C 209/07 (Bog14otá D.C., 21 de marzo de 2007) Expediente 6396. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Posiblemente la evolución más importante liderada por la Corte Interamericana en este sentido se relaciona con los derechos de participación procesal ostentados por las víctimas en el marco del ordenamiento interno. En ese sentido, a partir del año 2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos comenzó a reconocer a las víctimas como sujetos procesales revestidos de plenas potestades participativas dentro de los procesos penales internos[367].

De lo anterior, se explica que los Estados tienen el deber de organizar sus procedimientos penales internos –en el orden legal y constitucional- con base en la Convención y la sentencia del caso "Valle Jaramillo"[368].

Cabe anotar, que la Corte Interamericana ha establecido la evolución de los derechos de las víctimas, lo cual demuestra una nueva concepción al debido proceso, fortaleciendo en los ámbitos internacionales la tendencia mundial del Garantismo Integral.

En el primer caso, refiriéndonos a la garantía para ser juzgado en el término de un plazo razonable, tradicionalmente los órganos judiciales supranacionales habían definido, con claro liderazgo de la Corte Europea, tres elementos necesarios para considerar si los procesos se habían sustanciado en concordancia con un plazo razonable: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado y c) la diligencia o negligencia

[367] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "*Caso Del Caracazo Vs. Venezuela."* Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95. Párr. 118.
[368] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia". Párr. 233.

de las autoridades competentes[369]. Sin embargo, en el marco del *Caso Valle Jaramillo* la Corte Interamericana enriqueció su jurisprudencia configurando un cuarto elemento mediante el cual se valora cuánto ha sido el desmejoramiento, causado por el pasar del tiempo, experimentado por la persona sobre su situación jurídica concreta[370]. Recordemos que todas las disposiciones del Derecho Internacional de los derechos humanos deben ser interpretadas en concordancia con el principio Pro-Homine, el cual nos obliga a tomar, en caso de duda, la decisión más acorde con la protección del ser humano.

Paralelamente, el deber de motivación constituyó también durante muchos siglos una institución indispensable para garantizar la imparcialidad del juez, mientras le otorgaba al interesado soportes racionales que le permitieran controvertir la decisión proferida por éste ante una instancia superior[371]. Hoy día la motivación se ha instituido en una garantía fundamental como un derecho ostentado por los ofendidos como es el de alcanzar la verdad misma.

De la misma manera, aunque mucho más pertinente para cumplir los objetivos de Esta Investigación, en relación con el Sistema originado en la

---

[369] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHO HUMANOS. "Caso Valle Jaramillo vs. Colombia". Párr. 157, y, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones." Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Párr. 117.

[370] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Caso Valle Jaramillo vs. Colombia". Párr.155.

[371] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **"***Caso Tristán Donoso Vs. Panamá***."** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193. Párrs. 153-154.

Corte Penal Internacional las *reglas del procedimiento y la prueba* permiten la interrogación de los testigos, previa autorización de la Corte, por parte del representante de las víctimas.

Tal como puede apreciarse, la concepción tradicional del debido proceso –enfocado históricamente en proteger de forma exclusiva a los procesados- ha evolucionado notablemente en el ámbito internacional hasta el punto que las Convenciones fundamento normativo del orden público internacional, se han quedado cortas[372], frente a la creciente exigencia de las víctimas de ser tenidas en cuenta, lo cual, nuevamente, demuestra la enorme importancia emanada de la jurisprudencia, sin duda alguna el motor del Derecho Internacional.

3.2.2.2.2 El debido proceso como garantía penal constitucional de los principios ostentados por las víctimas

La finalidad de este acápite consiste, primeramente, en desarrollar el contenido de los derechos de las víctimas para poder demostrar posteriormente su importancia implícita la cual los ha instituido tanto en el fundamento así como en el objetivo mismo pretendido por el proceso penal.

Por tal razón, históricamente para la Justicia Penal el encontrar la verdad, siempre ha sido uno de sus objetivos primordiales. Más sin embargo,

[372] Véase, ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración sobre los derechos Básicos para las Víctimas del crimen y el abuso de poder.*

las exaltaciones para hallarla fueron distintas dependiendo del momento histórico.

A partir de la ilustración, los movimientos garantistas al ser conscientes de tal realidad, aceptaron la verdad como evidencia relevante para condenar o absolver a un ser humano, lo cual los motivó a establecer una serie de garantías procesales que pretendían, por un lado, detener los abusos incurridos por las autoridades, mientras por el otro se ideaban filtros éticos destinados a poder construirla legítimamente en el marco del proceso penal[373]. Por tal razón, la verdad pasó a ser en ese momento una garantía procesal, aumentando considerablemente la confianza del acusado en que su responsabilidad penal o inocencia serían determinadas con absoluta transparencia sin vulnerar sus derechos fundamentales.

A diferencia del procesado, la titularidad de las víctimas es más vinculante para el Estado, quien tiene como obligación general de investigación garantizar que los damnificados por el delito conozcan todos los elementos fácticos, relacionados con el suceso generador de su victimización[374]. Es decir, mientras la verdad protege indirectamente al presunto responsable, para la víctima se ha configurado en una de las fuentes de la cual emanan sus más fundamentales derechos sustanciales y

[373] Como ejemplos, se tienen: los principios de contradicción, concentración e inmediación, la exclusión de la prueba ilícita y en absoluto la prohibición de la tortura.
[374] CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 906 de 2004. Art. 11.e. Y CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005. Art.7.

procedimentales (como, entre otros, el Recurso Judicial Efectivo). Por eso mismo aquí se le ha denominado como un meta-derecho[375].

Ahora bien, es indispensable dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿Qué elementos se deben puntualizar para alcanzar la verdad? El Estado, tiene especial obligación de índole constitucional y multilateral de investigar todos aquellos factores relacionados ya sea de manera directa o indirecta los fenómenos fácticos generadores de la victimización. Es decir, el accionar de los victimarios, que de manera relevante sea de interés a la víctima, dicha investigación deberá hacerse oficiosamente, o en su defecto, a petición de parte. Y ¿Por qué es determinante la persecución de la verdad? Existen dos funciones reivindicadoras de ese valor: la primera reparativa, es decir, muchas víctimas encuentran sosiego tan solo con alcanzarla[376]. La segunda, por otro lado, no es una función individual sino más bien colectiva, de índole preventivo general, la cual consiste en dar a conocer a toda la sociedad –en una medida que no riña con la intimidad de las víctimas- la verdad relacionada con los más atroces fenómenos fácticos generadores de victimización de garantizar

[375] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS "*Caso masacre de Pueblo Bello vs. Colombia"*. Párr. 219.
[376] IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J. "*Extradición y derechos de las víctimas".* En: revista de la Corte Suprema de Justicia, edición número 27 de diciembre de 2009, pp. 4-8. Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. *Concepto de Extradición de agosto 19 de 2009.* Rad: 30.451. MP: Yesid Ramírez Bastidas. Fundamentos Jurídicos 8 y ss., CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. *Concepto de extradición proferido el 4 de mayo de 2010.* Rad: 32.794. Magistrado Ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán, e Ibíd., párr. 219.

la no-repetición de los más execrables crímenes[377]. Como tan diáfanamente lo refleja aquella conocidísima frase escrita por el filósofo español Jorge Santayana: "*aquellos que no pueden recordar el pasado están condenados a repetirlo".*

Es decir, la verdad se fundamenta hoy día en un meta-derecho colectivo e individual, ostentado por los procesados y las víctimas, es un deber de estricto cumplimiento, y la responsabilidad recae en el Estado, deber proyectado más allá de la jurisdicción. En cuanto a las víctimas se refiere, dicha institución es portadora de funciones preventivas y reparativas, con el fin de satisfacer las necesidades de los ofendidos, lo mismo para la convivencia y armonía de una paz estable y duradera. Constantemente, la verdad se instituye en una de las bases sobre las cuales reposa la superestructura axiológica del *Garantismo Integral.*

Por último, es indispensable desplegar el concepto de reparación, a través de las sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto en razón, a que la jurisprudencia interamericana, ha sido la piedra angular sobre la cual se ha construido el concepto de *reparación integral.* La jurisprudencia colombiana ha tomado como referencia a la Corte Interamericana, y tal como se demostró oportunamente, las decisiones proferidas por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia a partir

[377] Cfr. "CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Masacre de las dos erres vs. Guatemala",* Párr. 149 y Párr. 232.

de la sentencia C-228 de 2002 simplemente han incorporado los desarrollos Inter Americanos a nuestro ordenamiento jurídico[378].

Lo más importante, es dar respuesta al siguiente interrogante ¿qué es lo que justifica la obligatoriedad jurídico penal de reparar? El daño causado se instituye en el fundamento justificante de la reparación, por tal razón la víctima directa e indirecta es la única llamada a recibir tal reparación, teniendo como fundamento los perjuicios ocasionados por éste.

¿Qué otra fuente puede elegirse para que justifique la exigencia jurídico penal de dar, o el derecho a recibir una reparación integral? Del daño ocasionado se deriva el derecho a la reparación y además a encontrar la verdad y la justicia.

De lo anterior, se desprende el siguiente interrogante: ¿Quiénes tienen Derecho a obtener la reparación integral? Toda persona como sujeto de derecho, al haber sufrido un daño, tiene la oportunidad de acceder ante la jurisdicción con el fin de esclarecer la verdad sobre lo acontecido, lograr una verdadera justicia, y con ello obtener así la reparación integral. Existe, finalmente, una entidad atípica la cual también podría ser acreedora a una reparación -aunque no en los mismos términos de los sujetos aquí esbozados- en aquellas ocasiones cuando alguien cometa un hecho punible mediante el cual, debido a la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos

[378] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-228/02 (Bogotá D.C., 3 de abril de 2002). Expediente D- 3672. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

vulnerados, no se generen víctimas concretas[379]. En algunos de esos casos la sociedad podría llegar a ser considerada como víctima lo cual configuraría un deber concreto en cabeza del ofensor consistente en reparar el daño causado.

Ahora bien, se genera el siguiente interrogante: ¿cómo se repara? Para dar respuesta al interrogante, se deberá tener en cuenta los derechos de las víctimas plasmados en el derecho internacional de los derechos humanos.

En primer lugar, el responsable siempre debe procurar la restitución completa de los bienes jurídicos perjudicados restableciendo, en lo posible, la situación original imperante hasta el momento previo de haberse cometido el ilícito[380]. Empero, considerando la extrema dificultad de lograrlo tratándose de algunos crímenes (como el homicidio, el secuestro, la tortura, la violación etc…) debe puntualizarse que la indemnización[381] de perjuicios materiales y morales se erige en una opción vinculante sin constituirse, por sí misma, en la única alternativa.

Es más, la naturaleza del daño causado, así como las necesidades concretas portadas por cada víctima[382], pueden ser factores determinantes para el juez fijar, complementariamente a una indemnización de contenido

[379] Como ejemplo: los delitos contra la administración pública, plasmados en la ley 599 de 2000 en los artículos: 406, 407, 413,415, en donde para estos casos si el funcionario público es condenado, en la mayoría de los casos no existe un sujeto individual a quien reparar.
[380] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras". Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7. Párrs. 25 y 26.
[381] En cuanto a las indemnizaciones deberá tenerse en cuenta el principio 20 expresado en las directrices internacionales, el cual contempla los principios y elementos garantes de los derechos fundamentales de las víctimas.
[382] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "*Caso de la Masacre de las 2 erres vs. Guatemala".* Párrs. 226 y 227.

patrimonial, reparaciones que repercutan en otros aspectos igual o inclusive más importantes que los económicos, lográndose así la consecución de una verdadera reparación integral. En ese sentido, conceptos tales como la rehabilitación[383], la satisfacción[384] y las garantías de no repetición[385] cobran especial importancia en el ordenamiento jurídico interno como pautas reparativas las cuales deben ser tenidas en cuenta por nuestros jueces y legisladores.

Antes de formular una definición, es importante resolver la siguiente pregunta: ¿obligatoriamente quién debe reparar? Desde luego sin equivocaciones el particular, o funcionario público, lo mismo que los individuos declarados penalmente responsables, de ningún modo podrá ser el indiciado, ni el imputado, acusado, sino exclusivamente el condenado, sobre quien se ha desvirtuado judicialmente la presunción de inocencia. Esta es, de hecho, la tesis sostenida por el Código de Procedimiento Penal (art. 102 CPP) cuyas normas sólo permiten la apertura del incidente de reparación integral cuando exista un pronunciamiento en sentido condenatorio[386].

[383] En concordancia con el Principio 21, las víctimas cuentan con el derecho a interponer recursos y a la rehabilitación entre otros.
[384] En cuanto la naturaleza del daño ocasionado para la reparación integral de las víctimas deberá tenerse en cuenta el principio 22 expresado en las directrices internacionales.
[385] En cuanto a la reconciliación y la paz para una nación deberá tenerse en cuenta el principio 23 de las directrices internacionales, lo mismo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
[386] CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 906 de 2004. Art. 102.

El Estado colombiano, está en la obligación de manera decisiva de hacer la aplicación correcta y adecuada de la retribución efectiva a favor de las víctimas del delito, recurriendo a los medios legítimamente disponibles.

Es importante adicionar que el Estado será el principal responsable de reparar en caso tal cuando agentes oficiales del Estado participen por acción o por omisión en la materialización de una conducta punible.

En el marco del proceso penal, cuando el daño causado se debe a actuaciones de particulares no es fácil reparar, en el entendido que se presentan deficiencias en el deber de investigación imputables al Estado, no logrando una condena bien sea por negligencia de los investigadores o por la inobservancia manifestada e incumplimiento relacionado con la obligación internacional consistente en investigar, enjuiciar y sancionar.

En cuanto al deber de capturar con el fin de llevar a cabo la ejecución de una sentencia condenatoria, y no logrando dicha captura, sería imposible la reparación integral para la víctima por parte de su ofensor prófugo, teniendo en cuenta lo anterior, surge el siguiente interrogante ¿debido a la negligencia desplegada por el Estado, será justo que las víctimas asuman las consecuencias de tal conducta? [387].

Para evitar procesos dilatorios y costosos por parte de las víctimas, se hace necesario que el Estado repare económicamente de forma directa a los ofendidos, desde luego conservando la facultad de repetir en contra de quien

[387] Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración de los Principios Básicos de Justicia para las Víctimas del Delito y el Abuso de Poder.* 1950. Art 2.

llegare a ser condenado, o también en contra de los funcionarios quienes de manera dolosa o culposa hayan influido en el mal desempeño jurisdiccional imputable al Estado, de esta manera se obtendrá una reparación de forma más expedita para las víctimas.

En este orden de ideas, para evitar consecuencias negativas que atenten de manera grave contra las finanzas públicas, se hace absolutamente necesario que las víctimas deban probar con criterios rigurosos, la negligencia estatal, proveniente de los funcionaros judiciales, en relación con el incumplimiento de sus obligaciones: investigar, enjuiciar y eventualmente sancionar. No puede dejarse de lado la posibilidad de que el Estado por el afán de recuperar su erario debido a su incompetencia, decida construir culpables a toda costa, ejemplo de ello, el caso de los falsos positivos.

Por lo anterior es indispensable proponer el concepto de reparación: la reparación se declara, como un principialismo ostentado exclusivamente por las víctimas accediendo a una restitución integral o, en su defecto a la indemnización económica que deberá ser proporcional con los perjuicios materiales y morales causados a las mismas. También es necesario acotar que la reparación es un deber subsidiario que debe asumir el Estado en desarrollo de las obligaciones de investigación y captura, garantizando así que la reparación provenga del penalmente declarado responsable.

Uno de los fundamentos del Derecho Procesal Penal y por ende de las garantías procesales radica en que las víctimas de un delito puedan materializar sus derechos.

No obstante, la verdad, la justicia y la reparación no pueden concebirse únicamente como los fundamentos del proceso sino también en el objetivo perseguido por el mismo. En efecto, al acceder al aparato jurisdiccional ninguna intensión diferente pretende la víctima a lograr la materialización de por lo menos alguno de estos derechos[388].

Teniendo en cuenta las flagrantes violaciones de los derechos humanos, algunos autores[389], proponen que éstos se apliquen exclusivamente a los crímenes más graves, ejemplo de ello, "*desaparecidos en una dictadura*"[390], excluyendo a los delitos comunes por considerar que hacerlo convertiría el proceso penal en "…*una herramienta de retaliación en contra de los procesados"*[391].

Ahora bien, la ley 906 de 2004 no comulga con dicha apreciación. Por esta razón su artículo11 positiviza expresamente, los valores a la verdad, la justicia y la reparación. Si bien es cierto la sociedad colombiana no se interesa en conocer la realidad subyacente a los delitos menores, ésta si

[388] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-454/06 (Bogotá D.C., 7 de junio de 2006) Expediente D-5978. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Cap.: VI, Fundamento Jurídico 41. Y, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Radicación: 32.672. Fundamentos Jurídicos 8.4-8.6 y punto resolutivo 2.
[389] CÓRDOBA ANGULO, Miguel. "*Protección de la víctima en el nuevo sistema procesal colombiano".* En: Universidad Externado de Colombia. Revista Penal y Criminología, Consultado el 10 de agosto de 2013, a las 15:00 horas, directamente en: http://portal.uexternado.edu.co/irj/portal/anonymous?guest_user=derpenal&NavigationTarget=navurl: //18a1118d61fa96ff394a2cff6e08bd57.
[390] Ibíd., p.4
[391] Ibíd., p.4.

debe ser una obligación para el Estado siempre y cuando, en ese contexto preciso, la víctima desee construirla. Es decir, la aplicación del proceso judicial es de índole general, no específica, ni mucho menos transicional[392].

Es preciso enfatizar que si para los delitos contemplados en el código penal y en las normas internacionales otorgan por el daño sufrido a la víctima la titularidad, lo mismo que la potestad procesal de materializar la verdad, la justicia y la reparación; entonces los derechos para los delitos menores deberán matizarsen en todas sus implicaciones prácticas aplicables a las conductas punibles[393]*.*

Algunos penalistas miran con recelo la revalorización procesal de la víctima, asimilándola con una correlativa desprotección en contra del procesado. Situación ésta que hoy en día está desvalorizada por la protección garantista de la normatividad internacional, afortunadamente las tendencias internacionales, la normatividad y parte de la jurisprudencia siguen moviéndose en la dirección contraria a tan vetustos conceptos[394].

La verdad, la justicia y la reparación, estudiadas en este acápite, se constituyen en el fundamento y en el objetivo perseguido por el Derecho Procesal Penal Constitucional en su dimensión protectora de las víctimas. Es, sin lugar a dudas, el Alfa y el Omega de nuestra disciplina así como una

[392] CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 906 de 2004. Art. 11.
[393] CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley de justicia y paz - 975 de 2005. Artículos: 2 y 7.
[394] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-293/95 (Bogotá D.C., 6 de julio de 1995) Expediente D-810. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Cap. IV. Fundamento Jurídico 3.b.

de las finalidades concretas perseguidas por el principialismo de *Garantismo Integral.*

A continuación daremos una mirada a la tutela judicial efectiva como recurso y acceso a la justicia penal constitucional.

3.2.2.2.3 La tutela judicial efectiva como recurso judicial de acceso a la Justicia Penal

La Tutela Judicial Efectiva se ha instituido en el corazón del Garantismo Integral, porque posibilita el acceso a la Justicia Penal en condiciones de igualdad, frente a la cual se actúa con plena defensa de los derechos fundamentales para su protección por parte del Estado[395].

Para Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, el derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho que tiene toda persona a que se le haga justicia, teniendo en cuenta que a través de un proceso jurisdiccional se garanticen sus derechos, porque en el ordenamiento jurídico penal constitucional, la Justicia Penal tiene como objetivo primordial el acceso libre, la defensa, la celeridad y la efectividad del fallo[396].

La tutela judicial efectiva se compromete con la eficacia, la ejecución y el cumplimiento de los fallos y sentencias. Desde el punto de vista técnico la

[395] HERNÁNDEZ ISLAS, Juan Andrés. Derecho Penal y filosofía. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Entrevista personal con el Doctor Moisés Moreno Hernández, en las instalaciones de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México (UNAM), el 24 de Noviembre de 1998. p.245.

[396] GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. Civitas. 2da Edición.1989. pp.27, 43-44.

tutela judicial efectiva se refiere a aquellos mecanismos que buscan el cumplimiento efectivo de las decisiones judiciales como garante de los derechos subjetivos[397]. Es decir, el derecho procesal penal constitucional no debe preocuparse única y exclusivamente porque los particulares cumplan los fallos, sino que la administración pública está sometida a la Constitución Política[398] y a la ley y por tal motivo está obligada a cumplir las resoluciones judiciales[399].

Para garantizar la tutela judicial efectiva no basta únicamente con el acceso a la justicia, y el cumplimiento de los fallos, sino que deberá existir un juez constitucional y un acto fin del proceso, como es la sentencia motivada, y la posibilidad de impugnarla, todo ello en condiciones de celeridad. El derecho a la tutela judicial efectiva implica la participación activa por parte del aparato estatal, teniendo en cuenta sus actuaciones legales y administrativas[400]. Es decir, con el objeto de garantizar la tutela judicial efectiva, debemos diseñar una serie de estrategias que nos permitan desde el punto de vista del proceso penal constitucional, abordar los conflictos con mejores herramientas sólidas con las cuales pueda instituirse una sociedad pacífica donde la victimización fáctica y la posterior revictimización

[397] HERNÁNDEZ. Op cit., p.246.
[398] CONGRESO DE COLOMBIA. Constitución Política de la Republica de Colombia de 1991. Principio de responsabilidad. Art. 6
[399] GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. Civitas. 2da Edición.1989. p. 232.
[400] HERNÁNDEZ ISLAS, Juan Andrés. Derecho Penal y filosofía. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Entrevista personal con el Doctor Moisés Moreno Hernández, en las instalaciones de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México (UNAM), el 24 de Noviembre de 1998. p.248.

institucional dejen de tornarse en evidentes factores criminógenos así como en los diáfanos reflejos de un Estado inviable.

3.2.3 Proporcionalidad e igualdad como principios garantes en la Justicia Penal Constitucional

Según la Justicia Penal constitucional, el principio de proporcionalidad para ponderar los bienes jurídicos constitucionales, manifiesta que la necesidad como requisito legítimo de la facultad legal será mayor, si la intensidad de la restricción a la libertad es mayor[401].

En palabras de la Corte Constitucional el juicio de proporcionalidad "es una herramienta argumentativa que incorpora exigencias básicas de racionalidad medio – fines, así como una exigencia de justificación de la actividad estatal cuando esta restringe los derechos constitucionales de las personas"[402].

Lo esencial del principio de proporcionalidad derivado desde luego del principio de igualdad en el campo jurídico penal, está dado por el hecho de establecer un fundamento de los principios penales constitucionales, que es una finalidad esencial del derecho penal, y desde luego de la categoría dogmática de la culpabilidad[403].

---

[401] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-070/96 (Bogotá D.C., 22 de febrero de 1996). Expediente D- 1021. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
[402] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-799/03 (Bogotá D.C., 16 de septiembre de 2003). Expediente D- 4517. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
[403] SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Derecho penal constitucional: el principialismo penal. Universidad Externado de Colombia. 2014. p.239.

En el desarrollo jurídico del mundo actual "el análisis de proporcionalidad no es una panacea para los desafíos que enfrentan las Cortes Constitucionales, evita estas patologías ofreciendo un procedimiento analítico relativamente sistemático, transparente y trans-sustantivo para la solución de casi todas las demandas relativas a los derechos fundamentales"[404].

El principio de proporcionalidad unifica criterios de tal manera que el legislador en materia jurídico penal, al generar una sanción para una conducta típica y antijurídica, pueda establecer una relación valorativa, teniendo en cuenta lo grave de la conducta, el objeto de protección y por ende la consecuencia jurídica. Es decir, analiza que dicha protección tenga la suficiente importancia de merecer la imposición de una sanción penal, para aquella persona que transgreda el ordenamiento jurídico[405].

Según el principio de proporcionalidad para su aplicación se deberá tener en cuenta la ponderación de derechos, porque solo se podrán restringir los derechos constitucionales cuando existan razones de peso suficientes para justificar tal decisión[406]. Por tal razón el principio de proporcionalidad debe servir al propósito esencial de controlar la constitucionalidad de las

[404] STONE, Sweet y MATTHEWS, Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global. p.39.
[405] SÁNCHEZ. Op. Cit., p.239.
[406] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-296/12 (Bogotá D.C., 18 de abril de 2012). Expediente D-8790. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

decisiones de los órganos políticos que pueden comprometer los derechos fundamentales[407].

Por lo anterior, el principio de proporcionalidad se instituye como un límite esencial en materia penal, y los tipos penales que no estén ajustados a este principio, entonces están en contravía al ordenamiento jurídico constitucional[408].

El principio de igualdad ante la Justicia Penal, impone que la ley sea aplicada a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en la ley. Por lo anterior, se debe afirmar entonces que los funcionarios judiciales tendrán especial atención cuando se trate de valorar el injusto. La Constitución Política de 1991 considera a la igualdad como uno de los principios fundamentales en el Estado Social Democrático y de Derecho[409]. En ese sentido, el principio de igualdad se identifica con el principio de legalidad y con la seguridad jurídica.

El principio de igualdad "contribuye de manera eficaz a conformar los contenidos de las categorías dogmáticas de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad"[410].

El principio de igualdad, en la Justicia Penal constitucional, en materia probatoria significa "equiparar la participación en el proceso penal

[407] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-720/07 (Bogotá D.C., 11 de septiembre de 2007). Expediente D- 6692. Magistrado Ponente: Catalina Botero Marino.
[408] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-575/09 (Bogotá D.C., 26 de agosto de 2009). Expediente D- 7584. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
[409] CONGRESO DE COLOMBIA. Constitución Política de la República de Colombia.1991. Preámbulo, Artículos: 7 y 13. pp. 13-15.
[410] SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Derecho penal constitucional: el principialismo penal. Universidad Externado de Colombia. 2014. p.159.

optimizando las garantías de la defensa y a la vez incrementando la exigencia del cumplimiento de la labor probatoria del acusado"[411].

Los principios: de dignidad humana, proporcionalidad, solidaridad, igualdad y libertad, incorporados en el ordenamiento jurídico constitucional, son derechos reconocidos para la persona, por parte del Estado como exigencia garantista integral por medio del ejercicio de mecanismos jurídicos contemplados en la justicia penal constitucional, en el ámbito del Estado social Democrático y de Derecho a partir de la Constitución de 1991[412].

A continuación serán estudiadas, conjuntamente, la proporcionalidad y la Igualdad: instituciones portadoras de una trascendencia suprema en el ámbito de la aplicación de los derechos constitucionales, la viabilidad de las restricciones impuestas a los mismos, así como en el reparto de las cargas públicas.

En primer lugar, la proporcionalidad y la igualdad serán precisadas por separado para, después de haber adquirido certeza sobre los fundamentos así como los elementos definidores de cada una, posteriormente realizar un Juicio Integrado de Igualdad donde sea analizada aquella protuberante desprotección procesal en perjuicio de las víctimas.

[411] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 799/11(Bogotá D.C., 21 de octubre de 2011) Expediente T- 3057830. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
[412] SÁNCHEZ. Op.cit., p.165.

3.2.3.1 Igualdad y no discriminación como juicio jurídico de razonabilidad suprema en el ordenamiento nacional e internacional

Resulta pertinente recordar la naturaleza suprema ostentada por la Igualdad en el ámbito internacional por cuanto ésta integra el cuerpo normativo del Ius Cogens, como fué reconocida por la Corte Interamericana de derechos humanos. La Igualdad también tiene un alto grado de complejidad dentro de nuestro ordenamiento constitucional, esto debido a que se considera como: valor, principio y Derecho fundamental al mismo tiempo[413].

Ahora bien, la igualdad y la dignidad humana tienen similitudes notables. Más sin embargo, la igualdad a diferencia de la dignidad humana, no porta un carácter absoluto.

Continuando el análisis, la Igualdad en su faceta como derecho ofrece la posibilidad de esbozar algunos comentarios interesantes al respecto. En primer lugar, su ámbito de protección siempre revestirá proyecciones generales e inclusive accesorias. Tal como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, es muy raro encontrar una hipótesis donde se viole

[413] CORTE CONSTITUCIONAL sentencia C-022/96 (Bogotá D.C., 23 de enero de 1996) Expediente D-1008. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Fundamento Jurídico 6.3.2; CORTE CONSTITUCIONAL sentencia C-862/08 (Bogotá D.C., 3 de septiembre de 2008) Expediente D- 7166. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Cap. II. Fundamento Jurídico 4, y, CORTE CONSTITUCIONAL sentencia C-242/09 (Bogotá D.C., 1 de abril de 2009) Expediente D- 7388. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Cap. II. Fundamentos Jurídicos 5.1 y 5.2.

autónomamente el derecho de igualdad sin vulnerar en el proceso otros derechos constitucionales[414].

En segundo lugar, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia consagra de manera expresa como un deber estatal, promover una igualdad real y efectiva, en lugar de la inmemorial e insuficiente versión formal de la misma. Mandato constitucional que le imprime una naturaleza relacional al derecho de igualdad[415].

Por otro lado, una concepción formal de la igualdad no requeriría un análisis de ese tipo sencillamente porque no sería necesario: aplicar un igualitarismo radical, sólo necesitaría mecanismos normativos y prácticos diseñados para ese propósito sin detenerse a examinar las diferencias inherentes a la experiencia humana[416].

El concepto de discriminación proscrita en el ordenamiento público nacional e internacional representa la negación misma de la igualdad, porque sin ninguna clase de justificación da un tratamiento distinto a los derechos del individuo o grupos, olvidando el alma y principio constitucional. De otra parte, la diferenciación se instruye en el complemento de la igualdad material considerando la racionalidad implícita en su procedencia dado que ésta depende de la satisfacción de unos requisitos, principalmente de una

[414] Ibíd., C-242/09. Cap. II. Fundamento Jurídico 5.1 corrobora una sólida línea jurisprudencial en ese sentido.
[415] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-667/06 (Bogotá D.C., 16 de agosto de 2006) Expediente 6152. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Cap. VI, Fundamento Jurídico 2. E Ibíd., Sentencia C-242/09.
[416] BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo "El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio." 5ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 40.

justificación razonable, desarrollados por la jurisprudencia constitucional, los cuales blindan el proceso de cualquier tentación discriminatoria[417].

La característica que define un acto legítimo de diferenciación o discriminación, radica en la exigencia de justificar el tratamiento a seguir, el cual recae en la autoridad competente al realizar el proceso de crear, interpretar o aplicar las normas jurídicas[418].

¿Cuáles son los requisitos necesarios para aplicar el principio de igualdad? Teniendo en cuenta el artículo 13 constitucional, cuando se trata de grupos marginados y de personas en circunstancias de inferioridad, las autoridades administrativas, legislativas y judiciales están en la obligación de tomar medidas diferenciales, como lo son: ventajas y beneficios cuyo objetivo consistirá en distribuir de manera equitativa las cargas y los derechos en el seno de la sociedad[419]. Es decir, el tratamiento diferenciado no solamente se autoriza para estos eventos, simplemente se exige si de verdad quiere promoverse una Igualdad efectiva y real[420] tal como lo ordena categóricamente la Constitución de 1991.

[417] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva 18/03. 17 de febrero de 2003. Párr. 105, y, cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-242/09 (Bogotá D.C., 1 de abril de 2009) Expediente D- 7388. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.
[418] CORTE CONSTITUCIONAL. C-862/08 (Bogotá D.C., 3 de septiembre de 2008) Expediente D-7166. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Cap. II. Fundamento Jurídico 6.
[419] Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. T-140/09 (Bogotá D.C., 27 de febrero de 2009) Expediente T-2.055.966. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Cap. II. Fundamento Jurídico 5.2.
[420] Ibíd. Fundamento Jurídico 5.4.

Ahora bien, el principio de igualdad[421] deberá aplicarse también a los grupos, las personas, las situaciones y los contextos donde sea necesario determinar la distribución de cargas y derechos sociales a partir de un juicio de igualdad[422].

La igualdad y la proscripción de la discriminación se han instituido en un precepto indispensable de Derecho Internacional General (Ius Cogens), así como en un valor, principio y Derecho fundamental de aplicación inmediata dentro de nuestro ordenamiento jurídico, vinculante para todas las ramas del poder público en el marco de sus respectivas competencias[423]. Por otro lado, prohíbe en forma definitiva la discriminación al imponer la carga de la argumentación en cabeza de la autoridad correspondiente.

3.2.3.2 Máxima de proporcionalidad. Una técnica protectora garantista de los derechos contemplados por la Constitución y el Corpus Iuris internacional

Para proponer el fundamento de la máxima de proporcionalidad es importante tener presente, a Robert ALEXY, quien manifiesta que, "los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mejor forma posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Una de las tesis fundamentales expuestas en la teoría de los derechos fundamentales, es que

[421] Como las enunciadas por el art. 13 CN las cuales, además, no son taxativas. Cfr. Ibíd. Fundamento Jurídico 5.3.
[422] T-1090/05 (Bogotá D.C., 26 de Octubre de 2005) Expediente T- 1.1315. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas. Cap. III. Fundamento Jurídico 6.2.
[423] CONGRESO DE COLOMBIA. Constitución Política de la República de Colombia.1991. Artículo 13. p.15.

esa definición implica el principio de proporcionalidad"[424], como "mandatos de optimización". Es decir, entre la proporcionalidad y los principios existe una relación directa en el sentido de que ésta se deriva de la esencia relativista ostentada por éstos últimos[425]. En ese orden de ideas, la proporcionalidad en sentido amplio (compuesta por los elementos de *idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad estricta)* no es un principio como frecuentemente se le clasifica doctrinariamente. Es más bien una institución normativa[426] derivada como consecuencia de la naturaleza relativista (eventualmente conflictiva) emanada de los principios, la cual permite establecer criterios razonables destinados a resolver aquellos conflictos de orden axiológico.

La proporcionalidad adquirió una trascendencia inusitada para controlar las afectaciones contra los derechos fundamentales provenientes de los poderes públicos. Es decir, siempre que el Estado pretenda imponer alguna clase de restricción a cualquier Derecho no sólo debe asegurarse de abstenerse a contrariar el núcleo esencial del mismo, sino que también debe armonizar su actividad o inactividad legislativa, administrativa y judicial con los postulados de la proporcionalidad[427].

---

[424] ALEXY, Robert. "*Epílogo a la Teoría de los derechos Fundamentales".* (Trad. Carlos Bernal Pulido). En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22. Número 66. Septiembre-Diciembre de 2002. pp. 111-115.

[425] Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático en Neoconstitucionalismo. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. p.* 111.

[426] Cfr. Carlos BERNAL PULIDO. *El Derecho* de los derechos. Primera reimpresión de la primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.p. 66.

[427] CORTE CONSTITUCIONAL. sentencia C-756/08 (Bogotá D.C., 31 de julio de 2008). Expediente T – 1 871.233. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Cap. II. Párr. 15.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, solamente pueden ser objeto de control de constitucionalidad[428], las omisiones legislativas relativas las cuales tienden a vulnerar con suma frecuencia la igualdad y el debido proceso, en resumidas cuentas, tanto los excesos como las omisiones[429] que repercutan en una protección deficiente se encuentran prohibidos y son susceptibles de atravesar un juicio de proporcionalidad[430].

La proporcionalidad más que un principio se configura en una herramienta valiosa para determinar la constitucionalidad de las medidas, acciones u omisiones imputables a los poderes públicos. Es decir, se instituye como un mecanismo de contención a priori cuyos destinatarios son todas las entidades públicas.

Se puede afirmar que la proporcionalidad es una institución aplicable a todos los ámbitos regulados por el Ordenamiento Jurídico (civiles, administrativos, laborales, fiscales, penales[431] etc…).

Teniendo claridad sobre la función y la misión fundamental confiada a la proporcionalidad, es importante adentrarse ya en la definición de sus elementos nucleares lo cual garantizará no solamente un correcto entendimiento sobre una institución de tanta trascendencia para el Ordenamiento Jurídico penal colombiano, sino que también nos permitirá

[428] CORTE CONSTITUCIONAL. sentencia C-317/12 (Bogotá D.C., 3 de mayo de 2012). Expediente D 8636 y D 8637 Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.
[429] Cfr. C-454/06 (Bogotá D.C., 7 de junio de 2006). Expediente D- 5978. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Cap. VI. Fundamento Jurídicos 9.
[430] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-141/13 (Bogotá D.C., 14 de marzo de 2013). Expediente T- 3.678888 Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
[431] *Cfr.* CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-417/0. (Bogotá D.C., 26 de junio de 2009) Expediente D- 7486. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Cap. VI. Párr. 76.

contar con los fundamentos suficientes para señalar, en el acápite siguiente, cómo la protección deficiente en el ámbito procesal penal a la que históricamente han sido sometidas las víctimas, no se compadece en ninguna forma con los postulados originados en la proporcionalidad.

3.2.3.3 Juicio integrado de igualdad. El fundamento del Garantismo Integral en la estructura jurídica de la Justicia Penal

Según las consideraciones expuestas anteriormente, se hace necesario plantear el siguiente interrogante: ¿la desproporción histórica presente entre las garantías procesales ostentadas por el presunto agresor frente aquellas incipientemente reconocidas a las víctimas, es concordante con los postulados de la Igualdad material? Para generar una respuesta adecuada a dicho interrogante es indispensable constituir un juicio de igualdad completo.

Es decir, se hace indispensable precisar cuál es la naturaleza del juicio integrado igual, con el fin de establecer la razonalidad y posteriormente la proporcionalidad, en relación con las medidas estatales que instituyen diferencias violatorias, de la prohibición a discriminar o al deber de promover la igualdad material. Ahora bien, surge la siguiente pregunta: ¿es conveniente desarrollar la razonabilidad y la proporcionalidad de manera conjunta? Sí es indispensable, considerando que los dos principios tienden a establecer y valorar circunstancias distintas, "*mientras el objeto de la*

razonabilidad es la finalidad de la diferenciación, la proporcionalidad se refiere a las consecuencias jurídicas de dicha diferenciación"[432]*.*

Enfrentando la definición anterior con los tres elementos integrantes de la máxima de proporcionalidad, se puede asumir lo siguiente: mientras la adecuación y la necesidad se instituyen en las partes esenciales, por medio de las cuales se mide la legitimad innata a la finalidad, perseguida por la diferenciación (razonabilidad), la ponderación nos permite aclarar lo propio frente a las consecuencias jurídicas de la distinción (proporcionalidad estricta). Recalcando así, que mientras : "la proporcionalidad es un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales"[433], la razonabilidad para el derecho penal es un sustento categórico de la culpabilidad, es decir para predicar la conciencia de la antijuridicidad se hace necesario, establecer si el agente tenía la oportunidad en términos razonables de actualizar el conocimiento de lo injusto de su comportamiento[434]. Ahora bien, por tratarse de un proceso de valoración de índole epistemológico, este proceso deberá seguir una secuencia a través de la cual se establezca, si la medida diferenciadora

[432] BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 75.
[433] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-799/03 (Bogotá D.C., 16 de septiembre de 2003). Expediente D-4517. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
[434] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-022/96 (Bogotá D.C., 23 de enero de 1996). Expediente D- 1008. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

resulta ajustada a los postulados originados en la razonabilidad y la proporcionalidad.

Por lo expuesto anteriormente, surge el siguiente interrogante: ¿cuál es la secuencia del juicio objeto de estudio? La secuencia a seguir según la Corte Constitucional, para realizar un juicio Integrado de Igualdad que resuelva el problema jurídico en torno a la legitimidad o ilegitimidad de la diferenciación bajo análisis, es la siguiente: primero, establecer la existencia de supuestos de hecho, contextos o tratamientos diferenciadores, para fijar así los sujetos del debate. Segundo, es indispensable determinar el objeto de la distinción, es decir la disciplina jurídica sobre la cual se expresa dicha diferencia. Y, tercero, se hace necesario indagar si la finalidad perseguida por la medida diferenciadora enjuiciada es razonable, siendo indispensable confrontarla con los dos primeros elementos integradores de la proporcionalidad como lo son la adecuación y la necesidad[435].

Para continuar, es indispensable hacer precisiones relacionadas con las secuencias segunda y tercera. Determinando la intensidad del juicio, quien

[435] Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. sentencia C-530/93 (Bogotá D.C., 11 de noviembre de 1993) Expediente D- 260. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, pp. 63-64; CORTE CONSTITUCIONAL. sentencia T-230/94 (Bogotá D.C., 13 de mayo de 1994) Expediente T- 28319. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Cap. III. Literal C. Fundamento Jurídico 1; CORTE CONSTITUCIONAL. sentencia C-022/96 (Bogotá D.C., 23 de enero de 1996) Expediente D- 1008. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Fundamento Jurídico 6.3.3.; CORTE CONSTITUCIONAL. sentencia C-841/03 (Bogotá D.C., 23 de septiembre de 2003) Expediente D- 4352. Magistrado Ponente: Manuel José Cépeda Espinosa. Cap. VI. Fundamento Jurídico 4; CORTE CONSTITUCIONAL. sentencia C-227/04 (Bogotá D.C., 8 de marzo de 2004) Expediente D- 4792. Magistrado Ponente: Manuel José Cépeda Espinosa. Cap. VI. Fundamento Jurídico 13; CORTE CONSTITUCIONAL. sentencia C-862/08 (Bogotá D.C., 3 de septiembre de 2008) Expediente D- 7166. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Cap. II. Fundamento Jurídico 7, y, CORTE CONSTITUCIONAL .sentencia C-227/04 (Bogotá D.C., 8 de marzo de 2004). Expediente D- 4792. Magistrado Ponente: Manuel José Cépeda Espinosa.

ejerce la función de valorar deberá en primer lugar, indicar la disciplina jurídica sobre la cual se manifiesta la medida diferenciadora bajo sospecha de ser discriminatoria. Esto con la finalidad de establecer el grado de libertad configurativa ostentada por el legislador frente al correlativo rigor que debe emplear el juez constitucional en desarrollo del control de constitucionalidad. Siguiendo aquella afirmación[436].

En ese orden de ideas, la procedencia de fijar la intensidad del juicio en cuestión se justifica entre otros por los límites trazados entre la libertad configurativa del legislador y el control de constitucionalidad ejercido por la Corte[437].

Para la realización de un juicio integrado de igualdad, se hace indispensable resolver en primer lugar la secuencia primera, anteriormente expuesta, mediante la cual se establece la existencia de medidas imputables al Estado, cuyos efectos deriven una diferenciación concreta entre individuos o grupos de personas. Por lo tanto, se debe resaltar, una fuente procesal entre las tantas que existen de desprotección a las víctimas, y, o perjudicados, como lo es, la contemplada por la Corte Constitucional con fundamento en la sentencia C-209/07, mediante la cual se les despoja de la

[436] CORTE CONSTITUCIONAL. sentencia C-227/04 (Bogotá D.C., 8 de marzo de 2004). Expediente D- 4792. Magistrado Ponente: Manuel José Cépeda Espinosa.
[437] Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. sentencia C-841/03 (Bogotá D.C., 23 de septiembre de 2003). Expediente D- 4352. Magistrado Ponente: Manuel José Cépeda Espinosa.

indispensable facultad relacionada con la práctica de pruebas durante el juicio oral[438].

Teniendo en cuenta lo anterior, el no permitir la intervención de las víctimas en la práctica de las pruebas, durante la única oportunidad procesal destinada para ese propósito, incide en la acción de sus derechos: dignidad humana, igualdad, discriminación, así como el recurso judicial efectivo, el debido proceso, las actuaciones públicas orales y permanentes y el derecho de acceder a la administración de justicia[439]: los cuales ostentan, además de su naturaleza ius-fundamental, una especial jerarquía en el ámbito internacional habiéndose erigido hace lustros en normas perentorias pertenecientes al Ius Cogens.

Se hace necesario, realizar el análisis, para determinar si los fines y consecuencias de la medida diferenciadora se encuentran dentro de los límites expuestos por la máxima de proporcionalidad y sus elementos como son: la necesidad, la adecuación y la ponderación. Es evidente, que el no permitir la participación activa y dinámica de las víctimas en el debate probatorio en la segunda etapa de juicio oral, conlleva a efectos nefastos, contrariando el principio de proporcionalidad, efectos originados de la sentencia C-209/07[440].

---

[438] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-209/07 (Bogotá D.C., 21 de marzo de 2007). Expediente 6369. Magistrado Ponente: Manuel José Cépeda Espinosa.
[439] CONGRESO DE COLOMBIA. Constitución Política de la República de Colombia de 1991. Artículos: 1, 5, 13, 29,228 y 229.
[440] CORTE CONSTITUCIONAL. Op. cit., Sentencia C-209/07.

Si en el juicio oral se trasladan las facultades probatorias desde el Ministerio Público, como participación facultativa hacia las víctimas, y, o perjudicados, es más idóneo y necesario para fortalecer el derecho de defensa sin perjudicar los derechos ostentados por los damnificados de la conducta punible. Por lo tanto, la medida objeto de estudio no se compadece con los *postulados del medio más benigno*[441].

Por tal sentido, el interés procedido para las víctimas: de acceder de manera eficaz al apartado judicial del Estado y a sus derechos, es un interés deseable que se sustenta en varios principios fundantes del orden público internacional e inclusive de nuestro sistema jurídico, como lo son: la dignidad Humana, el recurso judicial efectivo, así como la necesidad de garantizarles a las víctimas un correcto ejercicio de sus derechos: verdad, justicia y reparación.

Pero, el interés legítimo albergado por el procesado no es claro. Podría pensarse que el principal anhelo, siendo responsable o inocente, consiste en ser absuelto por parte del juez. Para el caso de las víctimas ese interés no puede ser aceptado como moral o jurídicamente viable para quienes hayan causado un daño penalmente relevante por cuanto, si se comulgara con dicha tesis, debería aceptarse que los intereses de la víctima a obtener

[441] Cfr. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos Fundamentales. (Trad. Ernesto Garzón Valdés). Primera reimpresión. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.p. 112.

verdad, justicia y reparación son equiparables a los de su agresor dirigidos a lograr la impunidad[442].

El acusado, quien tiene pleno conocimiento que ha dañado a otros y busca una absolución, está en todo el derecho a luchar por ese resultado, tanto como le complazca[443]. No obstante, eso es muy diferente a pretender que el ordenamiento jurídico equipare jerárquica y axiológicamente el interés legítimo de quien ha sufrido un daño penalmente relevante ante el de su agresor encaminado no a recibir un juicio justo pleno de garantías procesales y sustantivas, sino más bien a procurar la injusticia, la impunidad así como, consecuentemente, la insatisfacción de sus víctimas[444].

Ahora bien, mientras el interés de las víctimas se encuentra cimentado en los principios de la dignidad humana y el Recurso Judicial Efectivo, el mezquino anhelo de obtener impunidad no desarrolla ningún principio provisto de valor altruista alguno[445]. En ese orden de ideas, como el interés de lograr una absolución siendo responsable es notoriamente inferior desde un punto de vista moral, ético, axiológico y jerárquico al ostentado por las víctimas encaminado a obtener sus derechos; así como tampoco reposa su

---

[442] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala... Párr. 234.
[443] CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005. Diario oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005.
[444] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia." Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.
[445] FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. (Trad. Perfecto Andrés Ibáñez). Tomo II. Madrid: Editorial Trotta S.A, 1995. p. 604. Y, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Caso *Masacres de Ituango vs Colombia".* Párr. 299.

fundamento en algún principio válido; no sería procedente un juicio integrado de Igualdad[446].

Planteados así los intereses y los principios fundantes en aparente contraposición, podemos finalizar adecuadamente un juicio integrado de Igualdad el cual arrojará las conclusiones necesarias para fundamentar la existencia de un nuevo principialismo de Garantismo Integral en el ámbito penal.

En ese orden de ideas, es importante esbozar nuevamente la pauta general expuesta por ALEXY: *a mayor satisfacción de un principio, mayor es la importancia de la satisfacción del otro*[447].

En ese sentido, es importante recordar que las víctimas y los presuntamente ofensores, pese a portar intereses contrapuestos, comparten la protección emanada de los principios de la dignidad humana y del recurso Judicial efectivo. Los principios e intereses legítimos portados por las víctimas y los presuntamente ofensores se instituyen en criterios axiológicos rectores los cuales regulan el proceso penal de forma complementaria cuya misión consiste en humanizar y racionalizar la cruda dinámica del proceso penal. Es decir, se configuran en la esencia misma del Garantismo Integral.

Se hace evidente, aclarar que los derechos de las víctimas afectados por la sentencia C-209 de 2007 debe ser objeto de interpretación**,** porque despojar a las víctimas de practicar pruebas durante la única oportunidad

[446] Cfr. ALEXI, Robert. Teoría de los derechos Fundamentales. (Trad. Ernesto Garzón Valdés). Primera reimpresión. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.pp. 89-98.
[447] Ibíd., p.161.

procesal destinada a ese propósito repercute negativamente en la consecución de la verdad, la justicia y la reparación. El establecer una limitante probatoria en desfavorecimiento de las víctimas se configura en una medida diferenciadora ilegítima tanto en su dimensión teleológica como en lo relacionado con las consecuencias extraíbles de la misma, aún pretendiendo la consecución de los fines más loables en beneficio del procesado.

El Juicio Integrado de Igualdad, aquí propuesto y aplicado se instituye en una valiosa herramienta general dirigida a reforzar la eficacia implícita en un principialismo tan importante como el Garantismo Integral, el cual plantearemos a continuación.

3.2.3.4 Alcances normativos del Garantismo Integral. La concreción de una definición como control constitucional

Se hace necesario un pronunciamiento, en lo concerniente a las precisiones de los alcances normativos ostentados por el Garantismo Integral dentro del ordenamiento jurídico. En tal sentido, el Estado constitucional debe plantear estrategias para garantizar los derechos sociales; con el fin de desarrollar un sistema garantista que conlleve al constitucionalismo de la igualdad, que sea capaz de actuar de manera eficaz con mecanismo parecidos a los que ya funcionan para el constitucionalismo de la libertad[448].

[448] CARBONEL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. En garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta. 2005. p.171.

El alcance normativo del Garantismo Integral, es el de proteger los derechos sociales fundamentales[449], como basamento primordial del Estado Social de Derecho, y el respeto, lo mismo que la satisfacción de las obligaciones derivadas de este tipo de derechos que están relacionados íntimamente con la posibilidad de prevención de los riesgos que pueden dar lugar a la vulneración de la normativa, que ameritaría la intervención punitiva del Estado.

En cuanto a la concreción de la definición del Garantismo Integral como control constitucional, se puede decir, que el Garantismo Integral es el que está representado en la doctrina del reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales, del establecimiento de límites al ejercicio del poder, siendo el vivo reflejo del Estado Constitucional de derecho reflejando así un discurso contrario al totalitarismo y del absolutismo[450]. Por lo anterior, recalcamos, que el garantismo constitucional es aquel que protege jurídica, política y jurisdiccionalmente, los derechos fundamentales y sociales vigentes en el Estado constitucional de derecho[451].

La expresión Garantismo, para Ferrajoli representa tres acepciones a saber: en primer lugar, para hacer alusión a un modelo normativo, Estado de

[449] ARANGO RIVADANEIRA, Rodolfo. El concepto de los derechos fundamentales. Bogotá: Legis. 2005. p. 37.
[450] ROJAS LÓPEZ. Juan Gabriel. "Garantismo cuestión de proceso y de Estado". Ponencia. XXIII Foro Procesal de la Universidad de Medellín. 2009.
[451] ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. La protección constitucional del ciudadano. Bogotá: Legis. 2005. p.484.

derecho y democracia; en segundo lugar, el garantismo representa una garantía del derecho, y en tercer lugar una filosofía política[452].

Para la presente investigación, se asume el concepto de Garantismo a partir del planteamiento de Luigi Ferrajoli, quien lo interpreta como una teoría filosófica concebida de manera inicial para el campo penal, pero aplicable para todo el ordenamiento jurídico[453]. Se le mira como un modelo normativo del derecho, de estricta legalidad, donde se genera un sistema de vínculos jurídicos que se dan como una carga al Estado, en protección de los derechos fundamentales[454], ciudadanos; de ahí que el Garantismo Integral conlleva un control total al ejercicio del poder.

Con fundamento en la posición ocupada por el Garantismo Integral como punto de referencia para la protección de los derechos fundamentales, se hace necesario, la aplicación inmediata de los artículos: 1, 13,29 y 229 de la Constitución, que también son exigibles mediante la acción de tutela efectiva.

Si aún persisten dudas en el sentido de no considerar al Garantismo Integral como un Derecho fundamental de aplicación inmediata con base en su falta de tipificación expresa en la Constitución y en los instrumentos multilaterales de protección, es porque todavía no se ha considerado el artículo 94 de la Constitución (la cláusula de derechos innominados)[455].

---

[452] FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Trotta: 1989. p.851.
[453] FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. 5ta edición. Madrid: Editorial Trotta. 2001. p.854.
[454] FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta.1997. p.132.
[455] CONGRESO DE COLOMBIA. Constitución Política de la República de Colombia de 1991. Artículo 94 y Artículo 29; ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre los Derechos Humanos. 1969. CONVENIO DE LA HAYA DE 1899. Cláusula Martens (Preámbulo), y,

Según la Constitución las garantías y los derechos contemplados en las convenciones a nivel internacional, no deben interpretarse como negación de otros que siendo inherentes a la persona, *no se citen de manera expresa en ellos"*[456]*.* En ese orden de ideas, nadie podría legítimamente oponerse a que el Garantismo Integral se constituya en un Derecho de aplicación inmediata.

3.2.4 Beneficios concernientes a la adopción de un modelo de orden jurídico y pragmático concordantes con el debido proceso

El principialismo de Garantismo Integral, aquí desarrollado trae consigo algunos beneficios, de orden jurídico y pragmático, los cuales resultan aplicables tanto a las víctimas como a la sociedad misma.

El Garantismo Integral permite armonizar los principios aparentemente contrapuestos portadores de un valor constitucionalmente equivalente, lo cual repercute de manera positiva en una mayor eficacia de los derechos constitucionales a favor de las víctimas o perjudicados. Esto conllevaría a la adopción de una legislación que garantice de manera efectiva e integral las garantías procesales, el debido proceso, el respeto de los derechos fundamentales que se desprenden de la Constitución Política de Colombia[457].

TICEHURST, Rupert. "La cláusula de Martens y el Derecho de los conflictos armados". En: Revista Internacional de la Cruz Roja. No. 140, pp. 131-141. Consultado el 11 de agosto de 2016, a las 22:00 horas. En: http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDLCY.

[456] LÓPEZ, Juan Sebastián. Del servillismo a la traición: el modelo de subdesarrollo para Colombia. Consultado el 10 de agosto de 2016, a las 22:00 horas. En: http://www.polodemocratico.net/IMG/pdf/Demanda.pdf.

[457] CONGRESO DE COLOMBIA. Constitución Política de la República de Colombia de 1991. Artículo 1, Artículo 2, Artículo 5, Artículo 13, Artículo 29, Artículo 95 - numeral 7, y Artículo 229.

Adicionalmente, las consecuencias de instituir el Garantismo Integral en un principialismo rector también impactarían ámbitos como la impunidad[458] sin que, tal cual se desprende de su propia esencia, esto puede proyectarse negativamente en contra de los procesados y de sus garantías conquistadas desde la Ilustración.

Es pertinente realizar una última consideración relativa a la sólida relación establecida entre el principialismo de Garantismo Integral aquí propuesto y el mayor anhelo de nuestra nación: la Paz, que se instituye también en un Derecho fundamental y un deber perentorio en cabeza del Estado[459]. Dotando así a las víctimas o perjudicados con mayores garantías procesales, se garantiza también una sociedad más lejana a la impunidad y, desde luego más cercana a la reconciliación y a la consecución de la Paz, y robusteciéndola siempre que las víctimas puedan obtener: verdad, justicia y reparación.

Es importante resaltar también lo enunciado por Mir PUIG, en cuanto a la justificación de la Justicia Penal, como sistema de protección de la sociedad. De ahí que los intereses sociales que por su relevancia pueden merecer la protección del Derecho serán los denominados bienes jurídicos los cuales se postulan no en una concepción dogmática, sino en una visión político - criminal, esto es, respeto de aquellos objetos que pueden reclamar

[458] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Caso Masacres de Ituango vs. Colombia." Párr. 319.
[459] CONGRESO DE COLOMBIA. Op. Cit., Artículo 22.

protección jurídico- penal[460]. Lo que permite destacar que la Justicia Penal a partir de la Constitución de 1991 asume un concepto holístico, propiciando el respeto de los principios y valores constitucionales, y la garantía de los bienes jurídicos tutelados.

3.2.5 Conclusiones parciales

En nuestro sentir, el modelo de Estado Social y de Derecho, es un principio más del orden jurídico constitucional, que por si solo no es suficiente para la fundamentación de la Justicia Penal y del Derecho. Lo que se pretende es construir un Derecho Penal, que incluya el moderno concepto de dogmática penal y sus funciones, la política criminal y los principios que impone la Constitución[461].

Por tal motivo estimamos que fundamentar y limitar el ejercicio del Ius Puniendi a través de la cláusula de derechos innominados es parcialmente correcto, pero no suficiente para que esta disciplina tenga tanto la capacidad de afrontar de manera eficaz las actuales organizaciones criminales como para ofrecer, también, las garantías que devienen de la Constitución.

Los derechos fundamentales constituyen el elemento más importante de la Constitución, y en ese sentido requieren la protección más intensa. Pero por su forma éstos se distinguen por presentar una estructura de principio que,

[460] MIR PUIG, Santiago. "El sistema del Derecho Penal en la Europa actual". En José María Silva Sánchez (coop), p.25 y ss.
[461] SÁNCHEZ HERRERA, Esequio Manuel. La dogmática de la teoría del delito. Evolución científica del sistema del delito. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007.

en cualquiera de sus polémicos sentidos facie, procuran en principio a los jueces un margen más amplio para su actividad interpretativa y argumentativa a la hora de la aplicación[462].

En lo relacionado al Garantismo Integral en la Justicia Penal constitucional colombiana, "la solución al problema de Garantismo Constitucional frente a la crisis de la Justicia Penal puede darse con la identificación de los problemas adyacentes a la figura del garantismo integral y proporcionando soluciones útiles que desestimen la eliminación de una u otra variable"[463].

En definitiva una solución al problema del Garantismo Constitucional en cuanto a la crisis de la Justicia Penal, puede darse, proporcionando soluciones: por ejemplo, la descongestión por vía de la acción de tutela efectiva. Además, se deberán identificar los problemas adyacentes a la figura del Garantismo Integral como el adoptar por parte de los jueces decisiones concretas de protección y garantía de derechos[464].

[462] Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. "Principios y derechos fundamentales". En: Constitución y derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p.245.
[463] HERNÁNDEZ TOUS, Alfonso y et al. Garantismo y crisis de la justicia. Medellín: Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco y Universidad Simon Bolívar. 2011. p. 52. Consultado el 15 de junio de 2016, a las 15:00 horas. En: http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/1269/Garantismo%20crias%20de%20la%20justicia.pdf?
[464] Ibíd., p.52.

4. CONCLUSIONES GENERALES

De conformidad con el tema descrito en esta Investigación, a continuación se presentan las principales conclusiones.

Con relación al problema de investigación, lo más relevante ha sido precisar el nuevo concepto de Justicia Penal que nace a patir de la Constitución de 1991, que vincule el moderno concepto de dogmática penal y sus funciones, la política criminal y los principios que impone la Constitución en el entorno del Estado Social, Democrático y de Derecho, en la que se apoya la fundamentación político criminal y dogmática del Derecho Penal y la Justicia Penal en la época actual, esto debido a que la Constitución incorpora postulados y principios en el campo de los derechos fundamentales, que de manera significativa inciden en la Justicia Penal[465] y, además, orientan y determinan su alcance, para dar así respuesta a la pregunta de investigación: ¿Cuál es el nuevo concepto de Justicia Penal a partir de la Constitución de 1991?

Teniendo en cuenta que el Derecho Penal y la Justicia Penal se derivan de las disposiciones, principios y valores constitucionales que la Constitución establece en materia penal[466], y de las normas y principios internacionales aplicables en el orden interno por virtud del bloque de

[465] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038/95 (Bogotá D.C., 9 de febrero de 1995). Expediente D- 658. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Consultado el día 25 de junio de 2016, a las 10:00 horas. En: www.jueces y fiscales.com.
[466] Ibíd., Sentencia C-038/95.

constitucionalidad, este conjunto de postulados conlleva a precisar un nuevo concepto de Justicia Penal a partir de la Constitución de 1991 en el Estado Social, Democrático y de Derecho.

Para llegar al nuevo concepto de Justicia Penal constitucional, se hace indispensable tener en cuenta lo siguiente:

La filosofía aplicada por el legislador y las altas cortes colombianas en la Justicia Penal que justifican y sustentan las jurisprudencias que conlleven a la interpretación de éstas, para la correcta aplicación generando garantías de los valores y derechos de la persona, en una Justicia Penal Constitucional como lo es la nuestra a partir de la promulgación de la Carta Magna desde 1991, la cual es consecuente con la firme convicción Kantiana, en el entendido que KANT no ofrece ningún otro principio, ni ningún otro criterio de medida, que el principio de la igualdad[467]. En el entendido, que la ley penal debe aplicarse a las personas, dejando de lado las consideraciones distintas a las contempladas en la misma, según el artículo 13 de la Constitución Nacional.

El nuevo concepto de Justicia Penal a partir de la Constitución de 1991, vincula el ordenamiento jurídico a los valores, normas y principios, al contenido de los derechos fundamentales, propiciando de esa manera el respeto de los derechos constitucionales y la protección y garantías de los

[467] CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-284/15 (Bogotá D.C., 13 de mayo de 2015). Expediente D- 10455. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

bienes jurídicos que surgen de ella[468]. De ahí se infiere que la Justicia Penal este basada en un principio de valor constitucional por sí misma.

El papel del juez a partir de la Constitución de 1991, es primordial en la evolución y solidificación del Estado Social y de Derecho, desde la idea garantista de su función, fortaleciendo y legitimando así la Justicia Penal en el ordenamiento jurisdiccional colombiano, conllevando así a precisar el nuevo concepto de Justicia Penal.

La función del Garantismo Integral en la construcción de la Justicia Penal constitucional trascendente, es la de proteger de una manera jurídica, política y constitucional los derechos, principios y valores de la persona. En síntesis la finalidad del Estado en cuanto a la Justicia Penal se refiere es la de propender por las garantías procesales y el debido proceso, como lo contempla la Carta Magna, conllevando de esta forma al nuevo concepto de Justicia Penal Constitucional, que propende por la garantía, integral y efectiva de los derechos fundamentales. Razón por la cual, el fin último del "Estado de Derecho es, básicamente, garantizar y permitir la pluralidad mediante el ejercicio y el desarrollo democrático"[469]. Por ello, la Justicia Penal "contribuye a la superación del conflicto en la medida en que se logre conciliar las exigencias de justicia, verdad y reparación en un horizonte de

[468] SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Derecho penal constitucional: el principialismo penal. Universidad Externado de Colombia. 2014. p.21.

[469] SANDOVAL AMADOR, Daniel, MATUS GIRALDO, Andrea Nacira, TULENA SALOM, Julio César y TRIANA GONZÁLEZ, Paola Daniela. Justicia Transicional: su contenido y significado. Una breve aproximación al caso colombiano. p.38. Consultado el 12 de octubre de 2016, a las 16:00 horas. En:WWW:USERGIOARBOLEDA:EDU:CO7derecho_pena/cuadernos-dedere chopenal/cdp2/justiciatransicional-contenido-significadodp2.pdf

reconciliación y de sostenibilidad de los acuerdos de paz o de consolidación democrática"[470].

De otra parte, el constitucionalismo que operara en Colombia hasta 1991 se catalogó como "débil" mostrándose propio de las reglas jurídicas, a diferencia de un constitucionalismo de tipo "fuerte" asumido desde 1992 y hasta 2001[471]. Derivando así, un nuevo concepto de Justicia Penal constitucional.

Es por eso, que los Tribunales Constitucionales, son quienes al asumir su función de intérpretes de las constituciones filtran con su actividad el alcance de los derechos fundamentales. De manera que los derechos fundamentales, recordando a ALEXY son los que a través de la interpretación, labor que, máxime si es de contenido constitucional, habrá de generar intenso debate, sobre todo cuando se trata de imponer su trasfondo jurídico en el espectro de lo político propiamente dicho[472].

Por tal razón, el papel de los jueces en un Estado Social Democrático y de Derecho, como lo es el nuestro, tiene una vital importancia, porque ellos son los llamados a hacer efectivos los textos normativos, los valores y principios fijados por el constituyente, para poder encausar la acción social,

---

[470] Cfr. ROMERO, Mauricio y VAN ZYL, Paúl: Serie Justicia Transicional: Verdad, memoria y reconstrucción: Promoviendo la justicia transicional en sociedades post-conflicto. En: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ).Texto original en inglés, Cap. 10. Primera Edición: tres de ago. (2004). p.41. Consultado el 14 de octubre de 2016. A las 15:00 horas. En: www.dcaf.ch/_docs/Yearbook2005/Chapter10.pdf

[471] COMANDUCCI, Paolo. "Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico". En: Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003. pp. 75-98.

[472] ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*. pp. 34,35 y 37.

estatal, en un mundo de constante cambio[473]. El juez se posiciona como la figura central protectora del ciudadano, es el guardián no sólo de la democracia y el defensor del ordenamiento jurídico, sino, lo que es más importante, de los derechos fundamentales y de la justicia misma. En el Estado Constitucional de derecho, la actuación del juez cobra importancia debido a que los contenidos normativos propuestos por el juez deben ser concluidos por el mismo, conllevando así, al ejercicio del nuevo concepto de Justicia Penal Constitucional[474].

Para llegar al nuevo concepto de Justicia Penal, se hizo indispensable tener en cuenta, las normas pertenecientes al Corpus Iuris de Protección y de prevalencia normativa, considerando que su objeto de regulación son los derechos humanos los cuales, a su vez, no pueden ser limitados durante Estados de excepción[475].

Es de resaltar, que para nuestro ordenamiento jurídico penal se genera una tendencia de carácter obligatorio, con las normas pertenecientes al Corpus Iuris Internacional. Tal como ya se demostró oportuna y ampliamente, en Colombia durante mucho tiempo se concibió a la víctima como un sujeto cuyas pretensiones se limitaban al ámbito patrimonial. No obstante, a partir de la sentencia C-228 de 2002 (providencia fundamentada en las normas del

[473]CASTAÑO ZULUAGA. Luis Ocie. Justicia e interpretación constitucional. Bogotá: Leyer. 2010. p.333.
[474] DE TRAZEGNIES, Fernando. "Pensando insolentemente". Perú: Fondo Editorial de la UPGp. 2001. p.50.
[475] CONGRESO DE COLOMBIA. Constitución Política de la República de Colombia de 1991. Artículo 93.

Corpus luris Internacional) nuestro ordenamiento Jurídico comenzó a reconocer expresamente la importancia de garantizarles sus principios constitucionales[476]. Conllevando así, a precisar un nuevo concepto de Justicia Penal Constitucional.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, la presente investigación, tiene su basamento en los principios constitucionales, los cuales emergen, del nuevo modelo de Estado Social de Derecho, tomando como apoyo, el fundamento político - criminal y dogmático del Derecho Penal Constitucional.

La Justicia Penal a partir de la Constitución de 1991 asume un nuevo concepto holístico, que determina la necesaria vinculación del ordenamiento jurídico a sus postulados, por tal razón debe estar vinculada a los valores, normas, y principios y al contenido de los derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta los límites y funciones del concepto referenciados en la investigación**,** es importante resaltar que la Justicia Penal puede ser descrita sintagmáticamente como un concepto, es decir un signo jurídico conforme a la semiótica del derecho, una idea esencial, completamente diferente del Derecho, de la ética y de la filosofía social, así como de la vida jurídica, política, religiosa y social; el núcleo de la justicia es la *igualdad*.

Por consiguiente, el nuevo concepto de Justicia Penal en Colombia a partir de la Constitución de 1991, en el marco del Estado Social y de Derecho, se precisa: Como una Justicia Penal Constitucional que enaltece

[476] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-228/02 (Bogotá D.C., 3 de abril de 2002). Expediente D- 3672. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

los principios y los valores, en defensa de los derechos humanos, que son la razón de ser de una verdadera Justicia Penal, en un Estado constitucional de derecho.

Ahora bien, el nuevo concepto de Justicia Penal a partir de la Constitución de 1991, se entiende como el juicio ponderado que deben realizar los juzgadores penales, a partir de la tensión que surge entre el derecho que tienen las víctimas: la verdad, justicia y reparación, lo mismo que a la no repetición.

El nuevo concepto de la Justicia Penal a partir de la Constitución de 1991, concreta, que el Derecho Penal es de acto, esto teniendo en cuenta el contenido de la Carta Magna, razón por la cual las personas responderán penalmente por sus conductas típicas y antijurídicas, más no por su manera de pensar o por su personalidad, lo mismo que por sus antecedentes policivos[477].

El nuevo concepto de Justicia Penal en Colombia tiene su fundamento en lo antropocéntrico, pues el hombre no sólo es el centro de la justicia sino del universo, de ahí el carácter humanista de la Justicia Penal en un Estado Social y de Derecho.

El fin de una Justica Penal constitucional no es otro que el de orientar y contribuir a la solución efectiva de los problemas sociales desde una perspectiva jurídica, conllevando a precisar, el nuevo concepto de Justicia

[477] SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Derecho penal constitucional: el principialismo penal. Universidad Externado de Colombia. 2014. p.37.

Penal, que oriente y determine un alcance: justo, equitativo, holístico, moldeando, y construyendo una Justicia Penal Constitucional, que vincule el moderno concepto de dogmática penal, y sus funciones, la política criminal, y los principios que impone la Constitución colombiana.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, y las decisiones de los organismos y tribunales internacionales, precisan que el nuevo concepto de Justicia Penal deja de ser un valor para tornarse en un principio.

BIBLIOGRAFÍA

I. DOCTRINA

ACKERMAN, Bruce. La política del diálogo liberal. Barcelona: Gedisa, 1999.

ADOMEIT, Klaus. “El positivismo jurídico en el pensamiento de Hans Kelsen y de Gustavo RADBRUCH. Su significado para problemas actuales de la ciencia jurídica alemana y española”. En: Dogmática y ley penal Tomo I, Libro Homenaje a Enrique BACIGALUPO, coordinadores Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR. Madrid-Barcelona: Marcial Pons- Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004.

AGUIRRE ARANGO, José Pedro. La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. s.f. Consultado el 10 de octubre de 2016, a las 21:00 horas. En: http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22853.pdf.

ALEXY, Robert. “Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation”. En RTh. Suplemento II, 1981.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos Fundamentales. (Trad. Ernesto Garzón Valdés). Primera reimpresión. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. "Epílogo a la Teoría de los derechos Fundamentales". (Trad. Carlos Bernal Pulido). En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22. Número 66. Septiembre-diciembre de 2002.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático en Neoconstitucionalismo. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

ARAGÓN REYES, Manuel. “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Vo.44. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997 pp. 19 y 20.

ARANGO RIVADANEIRA, Rodolfo. El concepto de los derechos fundamentales. Bogotá: Legis. 2005.

ARISTÓTELES. Ética a Nicómaco. Madrid: Edit. Mestas, 2001.

ARISTÓTELES. Ética a Nicómaco. Libro E. 1131.

BASTA, Danilo. La Justicia Penal en KANT. En: ÉNDOXA: Series Filosóficas. 2004, no. 18. Madrid: UNED, Facultad de Derecho de Belgrado.

BASTIDAS MORA, Patricia. El modelo constitucional del Estado Social y democrático de derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso. En: Vía Iuris. Área jurídica. Número. 7 julio-diciembre, 2009.

BAYLES, Michael. “Principles for legal procedure”. En: Lae and Philosophy, Vol. 5, núm.33, 1986.

BECCARIA, César. De los delitos y de las penas. (trad. Juan Antonio de las Casas). México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. "El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio". 5ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los derechos. Primera reimpresión de la primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

BEUCHOT, Mauricio. Introducción a la lógica. México. UNAM, 2004.

BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfganng. Escritos sobre derechos fundamentales. Nomos Verlagsgesellschäft. Baden: Baden, 1993.

BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfganng. “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho”. Traducción a cargo de Agapito Serrano R. Madrid: Trotta, 2000.

BRICOLA: “Rapporti tra dommatica e política criminale”, en RIDPP.1988, p.16. Citado por GARCÍA RIVAS, Nicolás. El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional. Ministerio de Justicia. 1992.

BRUNING, Roger H., SCHRAW, Gregory J. Y RONNING, Royce R. Psicología cognitiva e instrucción. Trad. Celina González serrano. Alianza Editorial, S.A., Madrid. 2002.

CAMILLA, Giampaolo. Transizione spagnola e memoria storica. Un, analisi delle leggi Ley de amnistía e Ley para la memoria histórica e della loro ricezione nelle politiche educative in Spagna. Corso di studi Lingua, Società e Comunicazione. Italia: Universita, di Bologna. Lingüística spagnola. 2011/2012. Consultado el 12 de abril de 2016, a las 23:00horas.http://amslaurea.unibo.it/5220/1/giampaolo_camilla_tesi.pdf.

CARBONEL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. En garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta. 2005.

CARRIÓ, Genaro R. Una defensa condicionada de la judicial review (sobre el método de control de constitucionalidad vigente en la Argentina). En: Cuadernos y Debates. No 29, (autores varios). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

CASTAÑO ZULUAGA, Luis Ociel. Justicia e interpretación constitucional. Colombia: Bogotá. Leyer. 2010.

CASTAÑO ZUALUAGA. Luis Ociel. El juez constitucional: garante de la democracia y realizador de la justicia. Consultado el 15 de junio de 2015, a las 22:00 horas, en: http://www.unaula.edu.co/sites/default/files/ratio5.pdf

CASTAÑO ZUALUAGA. Luis Ociel. Constitución y justicia constitucional en el Estado social. Consultado el 17 de junio de 2016, a las 20:00 horas, en: https://issuu.com/universidaduco/docs/revista_no_24.

CERRUTI, Pedro. La legitimación emocional del poder punitivo. XXVII Congreso de la ASOCIACIÖN latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buebos Aires. 2009.

COMANDUCCI, Paolo. "Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico". En: Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.

COMANDUCCI, Paolo. Constitución y Teoría del Derecho. México: Distribuciones Fontamara, 2007.

CÓRDOBA ANGULO, Miguel. "Protección de la víctima en el nuevo sistema procesal colombiano". En: Universidad Externado de Colombia. Revista Penal y Criminología, (sin datos sobre fecha o número).

CRUZ, LUIS M. "La Constitución como orden de valores". Problemas jurídicos y políticos. Granada: Comares, 2005.

D'ANGELO, Mariela Andrea. Gramática del signo icónico. Consultado el 30 de octubre de 2016, a las 14:30 horas. En: http://www.palermo. edu/dyc/ maestria_diseno/pdf/tesis.completas/14%20Dangelo.pdf

DELGADO RINCÓN, Luis Esteban. Constitución, poder judicial y responsabilidad. Madrid: Centro de estudios constitucionales. 2002.

DE VEGA GARCÍA, *La defensa de la Constitución.* En Prólogo a la obra de CARL SCHMITT. Madrid: Tecnos, 1998.

DE VEGA GARCÍA, Pedro. La reforma constitucional: Temas Clave de la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 1999.

DELGADO RINCÓN, Luis Esteban. Constitución, Poder judicial y responsabilidad. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

DE TRAZEGNIES, Fernando. "Pensando insolentemente". Perú: Fondo Editorial de la UPGp. 2001.

DU PASQUIER, Claude, Introducción al Derecho. Lima: Editorial Edinaf.

DURÁN MIGLIARDI, Mario. Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos: conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y de neoproporcionalismo en el Derecho Penal actual. En: Revista de Filosofía. 67:123-144 (2011).

DWORKIN, Ronald. El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho e interpretación de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica. Trad. Claudia Ferrari. España: Barcelona. Gedisa 1988.

DWORKIN, Ronald. ¿Cómo el Derecho se parece a la literatura? en La Decisión Judicial. Bogotá: Siglo del Hombre. Universidad de los Andes, 1997.

ECHEVERRI, Pablo. IUS COGENS en sentido estricto y en sentido lato: Una propuesta para fortalecer la consecución de la paz mundial y la garantía del Corpus Iuris Internacional de protección al ser humano. Memorando de

derecho. s.f. Consultado el día 25 de junio de 2014, a las 13:00 horas. En: http://www.leyex.info/magazines/me120126.pdf

ELY, John. Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional. Santa fe de Bogotá: Universidad de los Andes, 1997.

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. La protección constitucional del ciudadano. Bogotá: Legis Editores S.A. 2005.

Etimología de concepto. (Anónimo). Consultado el 7 de septiembre de 2016, a las 15:00 horas. En: http://etimologias. dechile.net/?concepto.

FARALLI, Claudia. La filosofía del Derecho contemporánea. Los temas y desafíos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Trotta: 1989.

FERRAJOLI, Luigi. Ragione e dirritto. Teoría del garantismo penale, Bari: 1990.

FERRAJOLI, Luigi. El Derecho como garantías, traducción de perfecto Andrés Ibáñez. Jueces para la Democracia. No. 16-17. Madrid: Amoretti... 1992.

FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta.1997.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. 5ta edición. Madrid: Editorial Trotta. 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. (Trad. Perfecto Andrés Ibáñez). Tomo II. Madrid: Editorial Trotta S.A, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. “Derechos y garantías. La ley del más débil." (Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi). Madrid: Editorial Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho, En: neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

FORSCHNER, Maximilian. “KANT versus Bentham. Vom vermeintlich kategorischen imperativ des strafgesetzes”. En: Rechtsphilosophie der Aufkldrung. Editado por Reinhard Brandt, Walter de Gruyter, Berlin-New York. 1982.

FORSCHNER, Maximilian y OBERER, Hariolf. “KANT begründung des rechtszwangs und der kriminaistrafe”. En: Rechtsphilosophie der Aufkldrung. Editado por Reinhard Brandt, Walter de Gruyter, Berlin-New York. 1982.

FRIES, Lorena y MATUS, Verónica. El derecho: trama y conjura patriarcal. Lom Ediciones, Jan 1, 1999.

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Bolivia: Plural editores, 2014. Consultado el 12 de abril de 2016, a las 23:00 horas, en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_38682-1522-4-30.pdf?140901164826.

GALINDEZ, Bartolomé. Constitución, ley, decreto y diálogos de los clásicos. Buenos Aires: Talleres Gráficos de Castro Barrera & Cía., 1957.

GAONA CRUZ, Manuel. Control y reforma de la Constitución. En: Colombia. Ministerio de Justicia, Superintendencia de Notariado y Registro, Tomo II, 1988.

GARCIA DAMBORENEA, Ricardo. Uso de razón: el arte de razonar, persuadir, refutar. Un programa integral de iniciación a la lógica, el debate y la dialéctica. Ediciones Uso de razón, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid, Civitas, 1981.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal constitucional. Madrid: Civitas, 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal constitucional. Madrid: Civitas, 1994.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. "Principios y derechos fundamentales". En: Constitución y derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

GARCIA JARAMILLO, Leonardo. El "nuevo derecho" en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedaI pertinente. En: Revista de Derecho. Ene/jun. 2008, no 29. Consultado el 19 de junio de 2016, a las 20:00 horas, en: http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972008000100012&lng=es&nrm=

GARCÍA RESTREPO, Luis E. Lógica y pensamiento crítico. 4ta. Edición. Manizales. Editorial Universidad de caldas. 2004.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene futuro la dogmática jurídica penal? Bogotá: Temis, 1983. p. 27.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La dogmática jurídica como ciencia del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. Civitas. 2da Edición.1989.

GONZÁLEZ TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José. El Tribunal constitucional. España: Aranzadi, 2000.

GOODE, Williams y HATT, PAUL. Método de investigación social. México: Ed. Trillas. 1982.

GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *"Introducción al nuevo Derecho procesal".* Bueno Aires: Ediar, 1998.

GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colección de Estudios Breves. 2007.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso Italiano. En: CARBONELL, Miguel. Madrid: (Editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2002.

HABERMAS, Jürgén. Facticidad y validez (sobre el Derecho y el Estado Democráico de Derecho en términos de teoría del discurso). Traducido por Manuel Jiménez Redondo. 4ª ed. Madrid: Trotta, 1998a.

HABERMANS, Jürgen y DWORKIN, Ronald. ¿Impera el Derecho sobre la justicia?

HERNÁNDEZ ISLAS, Juan Andrés. Derecho Penal y filosofía. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Entrevista personal con el Doctor Moisés Moreno Hernández, en las instalaciones de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, el 24 de Noviembre de 1998.

HERNÁNDEZ TOUS, Alfonso; GIACOMETTE FERRER, Ana Andrea; PIEDRAHÍTA VARGAS, Meroi Camilo; R. PASTOR, Daniel; RAMÍREZ CARVAJAL Diana; OTEIZA, Eduardo; VÁSQUEZ RIVERA, Juan Carlos; ROJAS LÓPEZ Juan Gabriel; MORALES GODO, Juan; E. CHAUMENT, Mario. TARUFFO Michelle. SUMARIA BENAVENTE, Omar; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; VÁSQUEZ POSADA, Socorro y MARTÍNEZ MEDRANO, Tania. Garantismo y crisis de la justicia. Medellín: Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco y Universidad Simon Bolívar, 2011. Consultado el 15 de junio de 2016, a las 15:00 horas. En: http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/1269/Garantismo%20crias%20de%20la%20justicia.pdf?

HERNÁNDEZ VILLAREAL, Gabriel.Temas vigentes en materia de derecho procesal y probatorio: homenaje al doctor Hernando Morales Molina. Colombia: Universidad del Rosario. 2008.

HOFFMANN, R. Verfahrensgerechtigkeit; Studien zu einer Theorie prozeduraler Gerechtigkeit, 1992.

HOFFE, Otfried, FORSCHNER, Maximilian y OBERER, Hariolf. “KANT begründung des rechtszwangs und der kriminaistrafe”. En: Rechtsphilosophie der Aufkldrung. Editado por Reinhard Brandt, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1982.

IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J. "Extradición y derechos de las víctimas". En: revista de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, edición número 27 de diciembre de 2009.

KANT, Immanuel. La metafísica de las costumbres “El Derecho Penal y el Derecho de gracia”. Madrid: Tecnos, 1989.

KANT, Immanuel. Hacia la paz perpetua. Un esbozo filosófico. Introducción. Madrid: Biblioteca Nueva, 1999a.

KANT EMMANUEL, Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, Traducción de José Mardomingo. Barcelona: Ariel, 1999b.

KANT, Immanuel. La Metafísica de las Costumbres “El Derecho Penal y el Derecho de gracia”. (Trd. Adela Cortina y Jesús Conill Sancho). España: Tecnos. 2002.

KANT, Immanuel. Critica de la razón pura. México D.F.: Taurus, 2011.

KANT, Immanuel. Metaphysik der Sitten, edición de la Academia.

KANT, Immanuel. El conflicto de las facultades. , Buenos Aires: Editorial Losada, 2004.

KAUFMANN, Armin. Teoría de las normas. Buenos Aires: Depalma, 1977.

KAUFMANN, Armin . Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit. 1989.

KAUFMANN, Arthur. Filosofía del derecho. Colombia: Universidad Externado de Colombia . Traducción: Luis Villar Borda y Ana María Montoya.1999.

KLEIN, H.H. Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebung, En: VerfassungsgerichTs barkeit und Gesetzgebung. Symposion aus Anlass des 70. Geburtstages von Peter Lerche, ed. de P. Badura/R. Schloz, München, 1998.

KRÜGER, Herbert. Souveränität und Staatengemeinschaft, en: Zum Problem der Souveränität, Verhandlungen der Tagung der Gesellschaft in Frankurt am 31.3.-1.4.1955.

LARENZ, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho. Barcelona: Ariel, 1994.

LAROSA, Michael J. y MEJÍA, Germán R. Historia concisa de Colombia (1810-2013). Ministerio de Cultura, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad del Rosario. 2014.

LEIBHOLZ, G. Conceptos fundamentales de política y teoría de la Constitución. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1964.

LEÓN BASTOS, Carolina. La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos:

Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica. Madrid: Editorial Reus. 2010.

LOEWENSTEIN, Festschrift Für Karl. Aus Anlass seines achtzigsten Geburtstages. Editado por: Mohr Siebeck, 1971.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Trad. Alfredo Gallego. 2da Edición, Barcelona: Ariel. 1976.

LONDOÑO TAMAYO, Alejandro. L juicio por jurado en Colombia (1821-1863). Participación ciudadana y justicia penal. Tesis doctoral. Facultad de geografía e historia. Departamento de historia de América. Universidad Complutense de Madrid. 2014.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación constitucional. Bogotá: Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2006.

LÓPEZ, Juan Sebastián. Del servillismo a la traición: el modelo de subdesarrollo para Colombia. Consultado el 10 de agosto de 2016, a las 22:00 horas. En: http://www.polodemocratico.net/IMG/pdf/Demanda.pdf. Consultado el 10 de agosto de 2016, a las 22:00 horas

MACHICADO, J. Concepto de delito. Apuntes jurídicos. 2010 p.2.

MANCO LÓPEZ, Yeison. La verdad y la justicia premial en el proceso penal colombiano. 2012. Consultado el 4 de octubre de 2016, a las 10:00 horas. En: https://aprendeenlinea.udea.edu.co/ revistas/ index.php/red/Aticle/ viewFile/14146/12506

MARTÍN, Magdalena M. y LIROLA, Isabel. Los crímenes de naturaleza sexual en el derecho internacional humanitario. Barcelona: Institut Català Internacional per la Pau. 2013. Consultado el 18 de abril de 2016, a las 21:00 horas, en: http://www.pcslatin.org/public/justicia_reparacion.pdf.

MARTÍNEZ BRETONES, Ma. Virginia. Gustavo Radbruch vida y obra. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

MARTÍNEZ FERRO, Hernán. Los derechos económicos y sociales como mínimos de justicia distributiva. En: Memorias del IV Congreso Nacional y II internacional de derecho constitucional... Pasto: Universidad de Nariño. 13,14 y 15 de abril de 2008.

MARTÍNEZ, Mauricio. Justicia Penal, derechos fundamentales e independencia judicial. En: revista USTA No. 22 junio- abril. 2005. Bogotá. Consultado el 12 de abril de 2016, a las 23:00 horas. http://www.usta.edu.co/investigacion/cifravi/revistas/iusta/iusta_22/contenido.pdf.ç

MASSINI CORREAS, Carlos I. La concepción “deontológica" de la Justicia: El Paradigma Kantiano. EN: Revista De La Universidad De Mendoza.

MELO FLORIÁN, Alejandro. Cerebro, mente y conciencia: un enfoque multidisciplinario. Bogotá: Ed.Internal Medical Pusblishing. 2010.

MIR PUIG, Santiago. “El sistema del Derecho Penal en la Europa actual”. En: José María Silva Sánchez (coop).

MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois.* París: Ed. Garnier-Flammarion, 1979.

MONTESQUIEU. Del espíritu de las leyes. Libro XI. Capítulo VI. Madrid: 1980.

MOYA VARGAS, Manuel Fernando. Los fallos penales por inasistencia alimentaria: un desfase entre la ley y la práctica judicial. Bogotá: Universidad Santo Tomas. 2007.

MOYA VARGAS, Manuel Fernando. "La verdad y el espacio procesal penal. Ley 906 de 2004" Colombia: Universidad Católica de Colombia, v. 1. 2012.

NIETO ARTETA, Luis Eduardo. La interpretación de las normas jurídicas. Bogotá, Universidad Nacional, 1971.

NIÑO, Carlos Santiago. Fundamentos de Derecho constitucional. Buenos Aires: Astrea, 1992.

NIÑO, Carlos Santiago. Fundamentos de Derecho constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2002.

NORTH, Douglas. Institutions, institutional Change and Economic Perfomance. Cambridge: Massachusets, Cambridge University Press.1990. Citado por: ESCOBEDO, Juan Francisco. México: poliarquía en construcción: democratización, comunicación, información y gobernabilidad. México: Universidad Iberoamericana. 2004.

NUÑO HENAO, José Enrique. Sistema penal y control social en Colombia. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias Jurídica. Departamento de Derecho Penal. Bogotá, D.C. 2002.

OLLERO TASSARA, Andrés. Derechos humanos y Metodología Jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Manual de derecho penal: Tomo I. 9na edición. Bogotá: Ediciones doctrina y ley, LTDA. 2013.

PECES-BARBA, Gregorio. La Constitución y los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

PÉREZ LUÑO, Enrique. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 1991.

PÉREZ LUÑO, Enrique. Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, 1991.

PÉREZ PORTO, Julián y GARDEY Ana. Definición de referente - Qué es, Significado y Concepto. Consultado el 30 de octubre de 2016, a las 13:30 horas. En: http://definicion.de/referente/#ixzz4ObC5eHM7

PÉREZ PORTO, Julián y MERINO María. Definición de significante - Qué es, Significado y Concepto. Consultado el 30 de octubre de 2016, a las 14:00 horas. http://definicion.de/significante/#ixzz4ObAhS2O4

PÉREZ PORTO, Julián y MERINO María. Definición de límite. - Qué es, Significado y Concepto. Consultado el 5 de noviembre de 2016, a las 16:00 horas. En: http://definicion.de/limite/#ixzz4PAYs8pMf.

PÉREZ PORTO, Julián y GARDEY Ana. Definición de accesorio - Qué es, Significado y Concepto. Consultado el 6 de noviembre de 2016, a las 10:00 horas. En: http://definicion.de/accesorio/#ixzz4PEuwt9WW.

PÉREZ PORTO, Julián y GARDEY Ana. Definición de accesorio - Qué es, Significado y Concepto. Consultado el 6 de noviembre de 2016, a las 10:05 horas. En: http://definicion.de/accesorio/#ixzz4PevBgyXw.

PÉREZ PORTO, Julián y GARDEY Ana. Definición de guía de observación - Qué es, Significado y Concepto. Consultado el 6 de noviembre de 2016, a las 10:45 horas. En: http://definicion.de/guia-de-observacion/#ixzz4PF4zZeC5.

PÉREZ ROYO, Javier. Tribunal constitucional y división de poderes. Madrid: Tecnos, 1988.

PETEV, Valentín. Metodología y ciencia jurídica en el umbral del siglo XXI. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.1996.

PINEDA, Elkin Fabriany. Enunciado, enunciación y referente. Consultado el 30 de octubre de 2016, a las 15:00 horas. En: https://prezi.com/si4mrc8u1xbg/enunciado-enunciacion-y-referente/

PLATÓN. Leyes, 934 a.

POMBO, Manuel Antonio y GUERRA, José Joaquín. “Constitución de Cundinamarca, 1811”, Constituciones de Colombia, Bogotá: Ministerio de Educación Nacional, 1951, vol. 1.

PONCE ESTEBAN, María Enriqueta. Los conceptos de justicia y derecho en Kant, Kelsen, Hart, Rawls, Habermas, Dworkin y Alexy. Universidad Iberoamericana. 2005. Consultado el 12 de octubre de 2016, a las 14:00 horas. En: http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/35/pr/pr11.pdf

POTTSTOCK PADILLA, Edmundo. La justicia en el pensamiento de Hobbes, Locke, Hegel y Kant.

POYAL COSTA, Ana. Normas constitucionales y realidad, UNED, Madrid, 1995.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En: Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonel. Madrid: Trotta, 2005.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2008.

QUISPE REMÓN, Florabel. Ius Cogens en el Sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso. En: Revista de Derecho. No. 34, Barranquilla, 2010. ISSN: 0121-8697.

RADBRUCH, Gustavo. Vorschule der Rechtsphilosophie, 3ª ed., 1965.

RADBRUCH, Gustavo. *Rechtsphilosophie,* 8ª ed., 1983.

RAMOS, Francisco José. Estética del pensamiento: el drama de la escritura filosófica. Volumen 1. Editorial Fundamentos, 1998.

RAYMON, Aron. Les étapes de la pensée sociologique. Galimard: colección Tel, 1991.

POYAL COSTA, Ana. Normas constitucionales y realidad. Madrid: UNED, 1995.

RICO, José M. Justicia penal y transición democrática en América Latina, Criminología y derecho. Siglo XXI, 1997.

RIBERA NEUMANN, Teodoro. La protección constitucional de la empresa: la individualidad determinada y la teoría del levantamiento del velo. Consultado el 23 de septiembre de 2016, a las 23:00 horas. En: http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-275-298-La-proteccionconsTitu Cional-de-la-empresa-La-individualidad-determinada-y-la-teoria-del-levantam iento-del-velo-TRibera.pdf.

RODRÍGUEZ MOGUEL, Ernesto A. Metodología de la Investigación: La creatividad, el rigor del estudio y la integridad son factores que transforman al estudiante en un profesionista de éxito. México: Universidad Juárez Autonoma de Tabasco, 2005.

ROJAS LÓPEZ. Juan Gabriel. “Garantismo cuestión de proceso y de Estado”.XXIII Foro Procesal de la Universidad de Medellín. 2009.

ROMERO, Mauricio y VAN ZYL, Paúl: Serie Justicia Transicional: Verdad, memoria y reconstrucción: Promoviendo la justicia transicional en sociedades post-conflicto. En: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ).Texto original en inglés, Cap. 10. Primera Edición: tres de

ago. (2004). Consultado el 14 de octubre de 2016. A las 15:00 horas. En: www.dcaf.ch/_docs/Yearbook2005/Chapter10.pdf

RUBIO LLORENTE, Francisco. "*Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional europea", en la forma del poder. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.*

RUBIO LLORENTE, Francisco, y JIMÉNEZ CAMPO, Javier. "Estudios sobre jurisdicción constitucional". Madrid: Mc Graw-Hill. 1998.

SCHANZER, Rosanna. El marco teórico de una investigación. Consultado el 23 de septiembre de 2016, a las 23:00 horas. En: http: //www.fhumyar.unr.edu.ar/escuelas/3/materiales%20de%20catedras/trabajo %20de%20campo/marco_teorico.htm

SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Derecho penal constitucional: el principialismo penal. Universidad Externado de Colombia. 2014.

SANDOVAL, Luis. Teórico 9: La creación de hechos institucionales. Consultado el 2 de noviembre de 2016, a las 10:00 horas. En: https://modos devagancia.wordpress.com/2009/08/19/teorico-9-la-creacion-de-hechos-insti tucionales/

SAGÚES, Pedro Néstor. Teoría de la Constitución. Buenos Aires: Astrea, 2004.

SÁNCHEZ HERRERA, Esequio Manuel. La dogmática de la teoría del delito. Evolución científica del sistema del delito. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007.

SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Derecho penal constitucional: el principialismo penal. Universidad Externado de Colombia. 2014.

SÁNCHEZ, Ricardo. “la organización del Estado en la Constitución”. En: Revista Foro, 16. 1991.

SANDOVAL AMADOR, Daniel, MATUS GIRALDO, Andrea Nacira, TULENA SALOM, Julio César y TRIANA GONZÁLEZ, Paola Daniela. Justicia Transicional: su contenido y significado. Una breve aproximación al caso colombiano. Consultado el 12 de octubre de 2016, a las 16:00 horas. En: WWW: USERGIOARBOLEDA: EDU: CO7derecho_pena/cuadernos-dedere chopenal/cdp2/justiciatransicional-contenido-significadodp2.pdf

SARTORI, Giovanni. Cómo hacer ciencia política: lógica, método y lenguaje en las ciencias sociales. Penguin Random house Grupo Editorial. España 2011.

SAUSSURE, Ferdinand. Curso de lingüística general. Editores Charles Bally, Albert Sechehaye, Albert Riedlinger. Vol 1. Publisher Losada, 2005.

SCHANZER, Rosanna. El marco teórico de una investigación. Consultado el 23 de septiembre de 2016, a las 23:00 horas. En: http://www.fhumyar.unr.edu.ar/escuelas/3/materiales%20de%20catedras/tRa bajo%20de%20campo/marco_teorico.htm

SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1998.

SEARLE, John R. La construcción social de la realidad, trad. Doménech, Antoni, Barcelona – Buenos Aires- México. Paidós, 1997.

SÉNECA. De ira, lib. I, cap. XIX.

SELLTIZ, Claire., WRIGHTSMAN, Lawrence S. y COOK, Stuart W. Método de investigación en las relaciones sociales. Madrid: Rialp. 1980.

SIERRA BRAVO, R. Técnicas de investigación social: teoría y ejercicios. Madrid: Editorial paraninfo, S.A., 1992.

SOCHA SALAMANCA, Julio Enrique. "La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia." En: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Revista Edición número 28. Diciembre de 2009.

SOTO ALVAREZ, Clemente. Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil. México: Editorial Limusa, 1982.

STONE, Sweet y MATTHEWS, Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global. p.39.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO Y FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER. Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana I. México: Editores Eduardo Ferrer Mac-Gregor, José Luis Caballero Ochoa, Christian Steiner (Lawyer). 2013. Consultado el 10 de agosto de 2016, a las 22:00 horas. En: http://www.sitioswwweb.com/miguel/Derechos_humanos_en_la_Constituci_n._Comentarios_de_jurisprudencia_constitucional_e_interamericanaI.pdf

Supremacía constitucional. (Anónimo) Consultado el 25 de septiembre de 2016, a las 13:00. En: https://es.wikipedia. Org/wiki/Supremac%C3%ADa_Co

Institucional.

TICEHURST, Rupert. “La cláusula de Martens y el Derecho de los conflictos armados". En: Revista Internacional de la Cruz Roja. No. 140.

ULLOA CUÉLLAR, Ana Lilia. El Estado en Kant. Consultado el 17 de noviembre de 2016, a las 10:00 horas en: http://letrasjuridicas.com.mx/ Vol umenes/11/ulloa11.pdf. p.3

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL. Ciencia y dogmática: interpretación y aplicación del derecho penal. Colección Derecho público. Vol. 1. Universidad Nac. Del Litoral. 1999.

UNIVERSITY OF TEXAS. Estado, derecho, sociedad: seminario sobre la filosofía del derecho de Hegel. Colombia: Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia. 1993 (digitalizado: 20 de febrero de 2008).

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho penal. Parte general. 4ta edición. Bogotá: Comlibros. 2009.

VIDAL GIL, Ernesto J. Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas: un análisis de algunos casos difíciles. España: Universidad de Valencia. 1999.

VIGO, Rodolfo y DELGADO, Javier. Sobre los principios jurídicos. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

VIVEROS CASTELLANOS, Yesid; OROZCO RUIZ, Dianny ANDREA; FERNÁNDEZ GÜEHA, Diego Alejandro; CORREAL TOVAR, Manuel

Alejandro; RICO REVELO, Genny Milena y TRUJILLO CARVAJAL, Adriana del Pilar. Derecho penal general casuístico. Bogotá: Ediciones doctrinante y ley. 2011.

WRIGHT GEORG, Henrik Von. Normas, Verdad y Lógica. México: Fontamara, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. "El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia."(Trad. Marina Gascón.) Madrid: Editorial Trotta, 1995a.

ZAGREBELSKY, Gustavo. (Il Diritto mite). “El Derecho Dúctil”. Traducción por Marina Gascón. Madrid: Edit. Trotta, 1995b, pp. 12 y ss.

ZANETTI, Gianfrancesco. La nozione di giustitia in Aristotele (Bologna 1993).

ZORRILLA ARENA, Santiago, Introducción a la metodología de la investigación. México: Ed. Océano s.a.1986.

ZORRILLA, S., TORRES, M., CERVO, A., y BAPTISTA, P. Metodología de la Investigación. México D.F.: McGraw-Hill, 1997.

II. JURISPRUDENCIA NACIONAL

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela T-401/92 (Bogotá D.C., 3 de junio de 2092). Expedientes T-103; T-377; T-426. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-406/92 (Bogotá D.C., 5 de junio de 1992). Expediente T-778. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-532/92 (Bogotá D.C., fecha ut supra). Expediente D- 3107. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-537/92 (Bogotá D.C., 23 de septiembre de 1992). Referencia No. 2642. Magistrado Ponente: Simón Rodríguez Rodríguez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-530/93 (Bogotá D.C., 11 de noviembre de 1993). Expediente D- 260. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-127/93 (Bogotá D.C., 30 de marzo de 1993). Expediente D- 179. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-025/93 (Bogotá D.C., 4 de febrero de 1993). Expediente D-147. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-438/93 (Bogotá D.C., 12 de octubre de 1993). Expediente T15781 – T15872. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–180/94 (Bogotá D.C., 14 de abril de 1994). Expediente P.E. -005. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-230/94 Bogotá D.C., 13 de mayo de 1994). Expediente T- 28319. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-O53/94 (Bogotá D.C., 14 de febrero de 1994). Expediente T- 21438. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038/95 Bogotá D.C., 9 de febrero de 1995). Expediente D- 658. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-225/95 (Bogotá D.C., 18 de mayo de 1995). Expediente L.A.T-040. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-293/95 (Bogotá D.C., 6 de julio de 1995). Expediente D- 810. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578/95 (Bogotá D.C., 4 de diciembre de 1995).Expediente D- 958. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-139 de 1996. (Bogotá D.C., 9 de abril de 1996). Expediente D- 1080. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-022/96 (Bogotá D.C., 23 de enero de 1996). Expediente D- 1008. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-364/96 (Bogotá D.C. 14 de agosto de 1996). Expediente D- 1179. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-070/96 (Bogotá D.C., 22 de febrero de 1996). Expediente D- 1021. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-144/97 (Bogotá D.C., 19 de marzo de 1997). Expediente L.A.T. -084. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-563/98. (Bogotá D.C., 7 de octubre de 1998). Expediente D- 1989. Magistrados Ponentes: Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-084/98. (Bogotá D.C., 17 de marzo de 1998). Expediente T- 1140285. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-746/98 (Bogotá D.C., 2 de diciembre de 1998). Expediente D- 2093. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Unificación SU-062/99 (Bogotá D.C., 4 de febrero de 1999). Expediente T-168219. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-739/00 (Bogotá D.C., 22 de junio de 2000). Expediente D- 2718. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela T-075/01 (Bogotá D.C., 26 de enero de 2001). Expediente T-366635. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela T-1055/01 (Bogotá D.C., 4 de octubre de 2001). Expediente T-467541. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Unificación SU-1184/01 (Bogotá D.C., 13 de noviembre de 2001). Expediente T-282730. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynnett.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-551/01 (Bogotá D.C., 30 de mayo de 2001). Expediente D- 3137. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-048/01 (Bogotá D.C., 24 de enero de 2001). Expediente D- 3058. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-228/02 (Bogotá D.C., 3 de abril de 2002). Expediente D- 3672. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578 /02 (Bogotá D.C., 30 de julio de 2002). Expediente LAT-223. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela T-386/02 (Bogotá D.C., 20 de mayo de 2002). Expediente T-498194. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela T-881/02 (Bogotá D.C., 17 de octubre de 2002). Expediente T-542060 y T-602073. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-939/02 (Bogotá D.C., 31 de octubre de 2002). Expediente R.E- 119 Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-181/02 (Bogotá D.C., 12 de marzo de 2002). Expediente D- 3676. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-799/03 (Bogotá D.C., 16 de septiembre de 2003). Expediente D- 4517. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-205/03 (Bogotá D.C., 11 de marzo de 2003). Expediente D- 4229. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-841/03 (Bogotá D.C., 23 de septiembre de 2003). Expediente D- 4352. Magistrado Ponente: Manuel José Cépeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-227/04 (Bogotá D.C., 8 de marzo de 2004). Expediente D- 4792. Magistrado Ponente: Manuel José Cépeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela T-1090/05 (Bogotá D.C., 26 de Octubre de 2005). Expediente T- 1.1315. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-111/06 (Bogotá D.C., 22 de febrero de 2006). Expediente D-5899. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370/06 (Bogotá D.C., 18 de mayo de 2006). Expediente D-6032. Magistrados Ponentes: Clara Inés Vargas Hernández; Manuel José Cépeda Espinosa; Álvaro Tafur Galvis; Marco Gerardo Monroy Cabra; Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-454/06 (Bogotá D.C., 7 de junio de 2006). Expediente D- 5978. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela T-562/06 (Bogotá D.C., 18 de julio de 2006). Expediente T-1315553. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-575/06 (Bogotá D.C., 25 de julio de 2006). Expediente D- 5994. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-1033/06 (Bogotá D.C., 5 de diciembre de 2006). Expediente D- 6282. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-667/06 (Bogotá D.C., 16 de agosto de 2006). Expediente 6152. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-209/07 (Bogotá D.C., 21 de marzo de 2007). Expediente 6396. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela T-1057/07 (Bogotá D.C., 6 de diciembre de 2007). Expediente T-14000903. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Cap. IV. Fundamento Jurídico 5.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-720/07 (Bogotá D.C., 11 de septiembre de 2007). Expediente D- 6692. Magistrado Ponente: Catalina Botero Marino.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-396/07 (Bogotá D.C., 23 de mayo de 2007). Expediente D- 6482. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela T-244/08 (Bogotá D.C., 6 de marzo de 2008). Expediente T-1747346. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Tutela T-766/08 (Bogotá D.C., 31 de julio de 2008). Expediente T – 1 871.233. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-862/08 (Bogotá D.C., 3 de septiembre de 2008). Expediente D- 7166. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335/08 (Bogotá D.C., 16 de abril de 2008). Expediente D- 6943 y D-6946. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-756/08 (Bogotá D.C., 31 de julio de 2008). Expediente T – 1 871.233. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Auto A-095/09 (Bogotá D.C., 24 de febrero de 2009). Expediente I.C.C 1337. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela T-140/09 (Bogotá D.C., 27 de febrero de 2009). Expediente T- 2.055.966. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-242/09 (Bogotá D.C., 1 de abril de 2009). Expediente D- 7388. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-288/09 (Bogotá D.C., 21 de abril de 2009). Expediente Lat-330. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-417/09 (Bogotá D.C., 26 de junio de 2009). Expediente D- 7486. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-575/09 (Bogotá D.C., 26 de agosto de 2009). Expediente D- 7584. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 799/11(Bogotá D.C., 21 de octubre de 2011). Expediente T- 3057830. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-596/12 (Bogotá D.C., 27 de julio de 2012). Expediente T- 3411105. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-296/12 (Bogotá D.C., 18 de abril de 2012). Expediente D- 8790. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-317/12 (Bogotá D.C., 3 de mayo de 2012). Expediente D 8636 y D 8637 Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-541/12 (Bogotá D.C., 24 de septiembre de 2012). Expediente D- 045. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-141/13 (Bogotá D.C., 14 de marzo de 2013). Expediente T- 3.678888 Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-438/13 (Bogotá D.C., 10 de julio de 2013). Expediente D-9389. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

CORTE CONSTITUCIONAL colombiana, sentencias C-143/15 (Bogotá D.C., 6 de abril de 2015) Expediente D-10400. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-208/15 (Bogotá D.C., 20 de abril de 2015). Expediente T- 4282505. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-284/15 (Bogotá D.C., 13 de mayo de 2015). Expediente D- 10455. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-143/15 (Bogotá D.C., 6 de abril de 2015). Expediente D- 10400. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena, sentencia No. 17 de 1985.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de mayo 18 de 2005, radicación No. 22.150.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación proferida el 18 de abril de 2007. Radicación: 24.829. Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación proferida el 4 de marzo de 2009. Radicación: 28.406 Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Concepto de Extradición proferido el 19 agosto de 2009. Radicación: 30.451. Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia de única instancia proferida el 3 de diciembre de 2009, Radicación: 32.672.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Concepto de extradición proferido el 4 de mayo de 2010. Radicación: 32.794. MP: Augusto J. Ibáñez Guzmán.

III. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Repertorio de jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969. San José de Costa Rica. Consultado el 1 de junio de 2015, a las 21:00 horas. En: https://www.wcl.american.edu/hum right/repertorio/art64.cfm.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre derechos humanos)". Opinión Consultiva OC-9/87 del 9 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. "Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras." Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Del Caracazo Vs. Venezuela." Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Caso de la Masacre de la Rochela l/s. Colombia." Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia." Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Caso Tristán Donoso Vs. Panamá." Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHO HUMANOS. "Caso Radilla Pacheco Vs. México. "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones." Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Masacre de las dos erres vs. Guatemala”. Sentencia de 24 de noviembre de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, párr. 19. voto razonado del Juez Cancado Trindade, sobre el Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso masacres de Ituango vs. Colombia”.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso de la masacre de Pueblo Bello vs Colombia”. Sentencia de 31 de enero de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva 18/03. 17 de febrero de 2003.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. “Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment…”

IV. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General # 32. Proferida por el nonagésimo período de sesiones celebrado en Ginebra del 9 al 27 de julio de 2007.

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1969.

CONVENCIÓN EUROPEA DE LOS DERECHOS HUMANOS. 1950.

CONVENIO DE LA HAYA DE 1899

CORTE PENAL INTERNACIONAL. Reglas del procedimiento y la prueba. Adoptada por los Estados parte el 9 de septiembre de 2002.

CORTE PENAL INTERNACIONAL. El reglamento de la Corte. Adoptado el 26 de mayo de 2004. Entrando a regir el 18 de diciembre de 2007.

CORTE PENAL INTERNACIONAL. El reglamento de la Fiscalía. Adoptado el 23 de abril de 2009.

CORTE PENAL INTERNACIONAL. El reglamento de la Secretaría. Adoptado el 6 de marzo de 2006. Actualmente en vigor en concordancia con las modificaciones introducidas el 25 de septiembre de 2006.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General, Resolución 2106 A (XX). Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Aprobado el 21 diciembre de 1965, tomando vigor el 4 de enero de 1969.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General, Resolución 34/180. Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Aprobado 18 de diciembre de 1979, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1981.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General, Resolución A/54/4. Protocolo facultativo sobre la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Aprobado 6 de octubre de 1999.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General, Resolución 57/199. Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura y

otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Aprobado 18 de diciembre de 2002.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General, Resolución 47/133. Declaración para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Aprobado 18 de diciembre de 1992.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General, Resolución 260 A (III). Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio. Aprobado 9 de diciembre de 1948, entrando en vigor el 12 de enero de 1951.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Aún no ha entrado en vigor.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General, Resolución 317 (IV). Convenio para la represión de la trata, de personas y de la explotación de la prostitución en el cuerpo de otro. Aprobado el 2 diciembre de 1949.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General, Resolución 3074 (XXVIII). Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de personas culpables de crímenes de guerra, o crímenes de lesa humanidad. Aprobados el 3 de diciembre de 1973.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General, Resolución 2391. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los de lesa humanidad. Aprobada el 23 de noviembre de 1968.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre. Aprobada en la IX conferencia internacional en 1948 en Bogotá.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Derechos económicos, sociales y culturales: principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Maastrcht: 1986. Consultado el 10 de agosto de 2016, a las 22:00 horas. En: http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/Jurisprudencia%20T%20IV%203.pdf.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre derechos humanos. Aprobada en San José/Costa Rica en 1969.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Asamblea General. Estatuto de la Comisión Interamericana de derechos humanos. Aprobada mediante resolución 447 de octubre de 1979.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Asamblea General. Estatuto de la Corte Interamericana de derechos humanos. Aprobada mediante resolución 448 de octubre de 1979.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Reglamento de la Comisión Interamericana de derechos humanos. Aprobado por la Comisión

en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Reglamento de la Corte Interamericana de derechos humanos. Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración de los principios básicos de justicia para las víctimas del crimen y el abuso de poder. 2013.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración de los Principios Básicos de Justicia para las Víctimas del Delito y el Abuso de Poder. 1950.

UNITED NATIONS. Security Council. Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Resolution 955 adopted June 29 of 1995. As amended by Resolution 1717 adopted October 13t of 2006.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Protocolos de los convenios de Ginebra. Consultado el 10 de agosto de 2016, a las 22:00 horas en: http://www2.ohchr.org/englsh/çissues/rule_of_ Law/transjustice.htm.

V. DOCUMENTOS OFICIALES NACIONALES E INTERNACIONALES

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 906 de 2004.

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005. Diario oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005.

CONGRESO DE COLOMBIA. Constitución Política de la República de Colombia 1886.

CONGRESO DE COLOMBIA. Constitución Política de la República de Colombia de 1991.

CONVENIO DE LA HAYA DE 1899.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. "Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los derechos humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia." 9 de marzo de 2009. Consultado el 10 de Enero de 2010, a las 08:00 horas. En: http://www2.ohchr.Org/english/bodies/hrcouncil/docs/10session/A.HRC.10.32_sp.pdf.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre los Derechos Humanos. 1969.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Comité contra la Tortura. "Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención. Observaciones finales del Comité contra la Tortura, Colombia." Proferido el 19 de noviembre de 2009 durante

el periodo de sesiones # 43 celebrado entre el 2 al 20 de noviembre de 2009. Version sin editar.

UNITED NATIONS. Security Council. S/2004/616. “The rule of law and transitional Justice in conflict and post-conflict societies." Report of the Secretary General, 23 August of 2004.

UNITED NATIONS. General Assembly and Security Council. A/61/636-S/2006/980. "Uniting strenghts: enhancing United Nations support for the rule of law." Report of the Secretary General. 14 December 2006.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council. Commission of Human Rights. E/CN/4/2004/88 "Promotion and Protection of Human Rights. Impunity." 27 February of 2004.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Commission of Human Rights. E/CN/4/2006/91 “Promotion and Protection of Human Rights: Study on the Right to the Truth." Report of the Office of the UNITED NATIONS High Commissioner for Human Rights. February 8th of 2006.

UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. A/HRC/12/18. “Analytical study on Human Rights and Transitional Justice” Annual Report of the UNITED NATIONS High Commissioner for Human Rights and Reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General. August 6th of 2009.

UNITED NATIONS, Human Rights Council. Report of the Working Group on Enforced and Involuntary Disappearances, 6 de febrero de 2009. consultado el 25 de enero de 2010, a las 17:00 horas. En: http://www2.ohchr. Org/english/Issues/disappear/docs/A.HRC.10.9.pdf