

Reflexiones filosóficas sobre el garantismo penal: abolicionismo y derecho penal liberal

Philosophical reflexions on penal warranty: abolitionism and liberal penal right

CAMILO ANDRÉS MAIGUEL DONADO¹
ELÍAS JACOB BARRIOS MÁRQUEZ²

51

- 1 Estudiante activo del Programa de Derecho adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico.
cmaiguel@mail.uniatlantico.edu.co
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8758-7403>
- 2 Estudiante activo del Programa de Derecho adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico.
eliasbarriosm@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4548-6326>

Resumen

La presente obra se derivó del proyecto de investigación científica denominado: Efectividad del DIH en el Conflicto Armado No Internacional en Colombia durante el periodo 2013 a 2019 en el departamento del Cauca. El objetivo general perseguido con la investigación fue el de analizar la efectividad de la aplicación de las normas del DIH en el conflicto armado no internacional en el departamento del Cauca, con el fin de documentar el cumplimiento de las obligaciones internacionales a cargo del Estado Colombiano en referencia con los estándares internacionales para la protección de la persona humana en tiempos de guerra. Metodológicamente, la investigación se desarrolló a través del empleo del paradigma hermenéutico, el enfoque cualitativo y el método inductivo. Las técnicas de recolección de la data empleadas fueron la observación, el análisis documental y la entrevista. El resultado arrojado con el estudio es que la propuesta garantista en materia penal, es muy ambiciosa, toda vez que abarca esferas de aplicación del conocimiento dentro de una tesis poco discutida, pero muy referida parcialmente a lo largo de la historia del derecho; ha abarcado aplicaciones en campos como el derecho sustantivo, la criminología, la política criminal y hasta el derecho penal procesal. Por otra parte, se concluye que la teoría garantista en el marco del derecho penal emerge como postura iusfilosófica de obligatoria observancia en el Estado Constitucional, que el garantismo hace frente al poder punitivo estatal limitándolo a través de la noción de un derecho penal mínimo y que la deslegitimación del arbitrio de los poderes del Estado hará contraste con las garantías contenidas y respetadas en el ordenamiento jurídico. La institución que avaló y financió el proyecto de investigación fue la Universidad Simón Bolívar.

Palabras clave: abolicionismo, activismo, derecho penal liberal, garantismo.

Abstract

The present work was derived from the scientific research project called: Effectiveness of IHL in the Non-International Armed Conflict in Colombia during the period 2013 to 2019 in the department of Cauca. The general objective pursued with the investigation was to analyze the effectiveness of the application of the rules of IHL in the non-international armed conflict in the department of Cauca, in order to document compliance with international obligations in charge of the Colombian State in Reference to international standards for the protection of the human person in times of war. Methodologically, the research was developed through the use of the hermeneutical paradigm, the qualitative approach and the inductive method. The data collection techniques used were observation, documentary analysis and interview. The result of the study is that the guarantee proposal in criminal matters is very ambitious, since it encompasses spheres of application of knowledge within a thesis that is little discussed, but very partially referred to throughout the history of law; It has covered applications in fields such as substantive law, criminology, criminal policy, and even procedural criminal law.

On the other hand, it is concluded that the guarantee theory in the framework of criminal law emerges as a iusfilosófica position of obligatory observance in the Constitutional State, that the guaranteeism faces the punitive state power limiting it through the notion of a minimum criminal law and that The delegitimization of the arbitration of the powers of the State will contrast with the guarantees contained and respected in the legal system. The institution that endorsed and financed the research project was the Simón Bolívar University.

Keywords: abolitionism, activism, guaranteeism, liberal criminal law.

INTRODUCCIÓN

El Derecho en sus distintas manifestaciones se ha caracterizado por respetar la positivización de los sistemas jurídicos, pero también por reconocer las bases esenciales de dichos sistemas, establecidas en los principios y valores que, más que constitucionales, son intrínsecos a la persona misma. El debate académico en torno a estos presupuestos ha sido álgido y amplio, más aún cuando se trata de teorías filosóficas y su materialización en la praxis jurídica. La teoría garantista no es ajena a estas discusiones; por el contrario, se ha desarrollado como una de las más importantes en materia de tutela de derechos, así como racional y ambiciosamente lo ha propuesto el máximo exponente de esta teoría, el jurista ítalo-francés Luigi Ferrajoli.

El garantismo en el marco del derecho penal, enarbola banderas bajo el entendido de que este último tiene su base fundamental en el comportamiento humano, razón por la cual, las sanciones, clases y grados de sanciones, las formas de juzgamiento, etc., no dejarán de suscitar reflexiones académicas. El derecho penal como protector de los bienes jurídicos más valiosos de los sujetos de derecho se erige como la rama con mayor contenido humanista, por lo tanto, la esfera de la mera legalidad

se queda corta frente a los presupuestos filosóficos y políticos que pretende la teoría garantista.

Precisamente, una esfera legal sin contenido filosófico ideal se queda anquilosada a la idea de un Estado totalitario; el derecho positivo debe reconocer que, aunque exista una moral positivizada, en su esencia, es moral, y la sustancialidad de sus raíces facilitan, cada vez más, la concretización de principios normativo-constitucionales e internacionales. En ese sentido, los abusos del poder, el excesivo poder estatal, han sido los que han permitido el surgimiento de ideas iluministas, estructuradoras del garantismo y la extensión de la garantía de libertades del sujeto de derechos.

Lo anterior cobra fuerzas con el tenor de las palabras del profesor Nódier Agudelo (2014), al referirse al jurista Cesare Beccaria:

El estudio del derecho penal tiene que trascender la mera normatividad e indagar por sus presupuestos filosóficos y políticos; (...) en una perspectiva garantista de límites al poder, anclada en el respeto a la dignidad humana, posición bien antípoda de nociones como “derecho penal del enemigo” o “justicia política”, conceptos que siempre han estado explícitos o implícitos en la permanente tensión histórica entre *opresión-libertad*. Los problemas del derecho penal no son de ciencia sino también de conciencia (pp.14-15).

La lucha constante entre el deber ser y el ser implica un examen de legitimidad (no de legalidad, entendiendo por legalidad aquello que debería ser cumplido (en sentido positivo), indistintamente de que la sociedad lo acepte o no; y por legitimidad, todo aquello

que es socialmente aceptable, sea legal o no) de las normas y, en ese orden, el debate de reflexión jurídica si bien puede iniciar en un plano jurídico, podría terminar en discusiones desde la sociología hasta las ciencias políticas y teorías filosóficas del derecho.

La relevancia del modelo garantista en el derecho penal, liderado por Luigi Ferrajoli, realza su injerencia teniendo en cuenta que esta teoría dentro del sistema se edifica como un “esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad” (Ferrajoli, 1989, p.34).

En efecto, el garantismo se instituye como garantía, bajo la óptica de que esta misma, como un sistema independiente del derecho, se autocorriga y que, además, orienta al derecho dentro de una consideración jurídico-axiológica cuyos fines serán: 1) Respaldo al carácter justicial del derecho penal, 2) Eliminar –o al menos, procurar eliminar– el peso de un sistema degradado y lleno de vacíos que regula una sociedad *per sé* bifurcada.

Frente a lo anterior, debe aclararse que la formalización de la inclusión del garantismo en un sistema penal, además de implicar consecuencias de la pena en su alcance rigurosamente retributivo, también las implicará en su sentido limitador y regulatorio del proceso de castigo criminal; esto supone el fortalecimiento de un derecho penal que sea razonable y proporcional. Por consiguiente, la representación de un auténtico derecho

penal garantista estará dada por el sometimiento de normas positivas legalmente constituidas a supuestos axiológicos extra jurídicos y por la composición de un *ius penale* que haga frente a las limitaciones de sus fuentes legítimas originarias.

Al introducirse en la esencia del garantismo penal, “Enseña Ferrajoli (1989) que el garantismo nació en el derecho como una respuesta frente a la gran divergencia existente entre lo que establecen las constituciones y demás normas superiores de los ordenamientos jurídicos que consagran derechos y garantías ideales para los ciudadanos y lo que acontece en la realidad, en donde tales derechos y garantías muchas veces no se cumplen” (Rafecas, 2005). Es decir, la garantía de derechos en la teoría en cuestión se determina a partir de unos límites que son inviolables, los cuales fijan el ámbito de actuación que tiene la sociedad –imperfecta socialmente *per sé*– dentro de las reglamentaciones básicas concernientes a las libertades que trata del derecho penal.

Ahora bien, para sintetizar el garantismo penal presente en la teoría de Luigi Ferrajoli, debe tenerse en cuenta la identificación de la misma con el pensamiento de un derecho penal liberal y su carácter de *ultima ratio*, que pretende la disminución del poder punitivo propio del Estado; todo ello, en el contexto del dominio que ejercen las normas constitucionales regulatorias de procesos penales sobre las autoridades, es decir: garantías penales sustanciales y garantías penales procesales. En relación con las garantías penales sustanciales, se encuentra una política criminal guiada a la limitación de los tipos penales, orientada exclusivamente a las conductas volitivas y conativas

que, al manifestarse, infrinjan rotundamente los bienes jurídicos más valiosos para la persona o a lo sumo, el Estado. En cuanto a las garantías penales procesales, son estas las que facilitarán la minimización del poder judicial irracional, con lo cual se pretende que la discrecionalidad y el arbitrio encuadren en el campo del respeto de los derechos.

Así las cosas, el garantismo como restricción y guía del poder en su ejercicio atañe en sus entrañas la prioridad que, dentro de un Estado Constitucional, tienen los derechos fundamentales. En ese orden de ideas, la trascendencia de estos derechos propios de la persona como ser humano se representa en tres principios constitucionales: la dignidad humana, la libertad y la igualdad (Ferrajoli, 2009). Estos principios se unen no como un entramado abstracto axiológico sin realidad fáctica tangible, sino como un compendio de bienes e intereses que se concretizan en aras de la protección del pacto político (Peña Freire, 1997, p.82).

ESTADO DEL ARTE

Garantismo penal frente a la utopía del abolicionismo

Dentro de todas las concepciones y desarrollos teóricos, se ha podido establecer que el garantismo penal –por lo menos partiendo de una idea más o menos legalista, como es la de Luigi Ferrajoli– solo es concebible en un Estado social de Derecho con ideas demoliberales, un verdadero Estado democrático. Las máximas de estos, giran en torno a la garantía de los derechos y libertades, tanto individuales como colectivas y el límite al poder estatal. “El modelo demoliberal de Estado ha sido construido como un conjunto de dispositivos limitantes del poder del

gobernante en aras a salvaguardar (sic) las esferas de derechos y libertades del hombre. Estos son la esencia y fin último del Estado de Derecho, y en un principio fueron consignadas en textos especiales que los enumeraban y proclamaban solemnemente, bajo el nombre de DECLARACIÓN DE DERECHOS". (Chinchilla, T. 1988, p.51).

De este presupuesto, emerge la idea de la legitimación de la pena, la forma y la justificación jurídica, filosófica y ética-paradójica. Para Beccaria, por ejemplo, jurídicamente hablando, la pena severa no es legítima, pues el contrato social lo impide; filosóficamente, se centra en el utilitarismo y plantea que no es eficaz, pues no aparta a los hombres del delito, sino que es una impresión pasajera de seguridad, puesto que el hombre se mueve más por lo perenne, pero humano, que por lo severo y pasajero; y dentro de su argumento ético-paradójico, relaciona que si la ley prohíbe ciertos castigos severos desde un enfoque negativo de norma mandato –como matar–, no puede convertirse esta misma acción como un castigo, como la pena de muerte, para ser explícitos.

Del devenir de lo expuesto con anterioridad, se pueden evidenciar la humanización de la pena como uno de los elementos básicos, de la teoría de Beccaria, que adoptaría de forma indexada la teoría garantista, el minimalismo en la pena. Pero ante eso se encuentra un extremo revestido de lo que pregonaba desde el siglo XIX el maestro Carrara (1988), el abolicionismo.

El abolicionismo emerge desde los prolegómenos del establecimiento de la pena, entrando en dicotomía fuerte con las tesis justificadoras de la pena en el derecho penal, además de lo

básico de las ideas utilitaristas de la prevención del delito como fin del castigo punitivo.

De aquí se puede destacar haciendo mención especial a la teoría abolicionista, donde se encuadra una postura radical y otra moderada: en general el abolicionismo trata sobre la no aplicabilidad del derecho penal. En los años sesenta, producto directo de la política contractualista que se vivía en la época, se puede desmenuzar una teoría sociológica como lo fue el Labelling Approach y de la mano al radicalismo político contemporáneo, nace el abolicionismo; con la particularidad de ser perenne y rígido este mencionado. La teoría del etiquetamiento le hereda al abolicionismo el relativismo y su insistencia en el estatus problemático de la anomia, tomando como forma de control social de delito un punto de inflexión más allá del estigma y del plausible abandono de la criminología como respuesta básica alejada, pero relacionada en sus prolegómenos con el realismo de izquierda típico de la criminología socialista. “Como lo demuestran estos trabajos, el abolicionismo no es una teoría acabada ni fácil de sistematizar. Es una mezcla peculiar de lo altamente concreto y lo profundamente visionario de un bajo nivel de ingeniería social y de un alto nivel de especulación epistemológica.” (Ciafardini, M., Bondanza, M., & Cohen, S., 1989, p.13).

Para los abolicionistas radicales, el derecho penal no debe existir, sino que deben coexistir con su ausencia mecanismos alternativos a la pena criminal, para estos efectos mencionamos la teoría de Louk Hulsman (1991); mientras que de otro lado se encuadran a los abolicionistas moderados –como Luigi Ferrajoli– quienes plantean una visión un poco más garantista,

revistiendo al derecho penal de un carácter fragmentario y/o de *ultima ratio*, pues se propone que este tenga una ínfima intervención, buscando soluciones alternativas a la resolución de la criminalidad, pero dejando en claro el castigo en caso de la confirmación de la conducta punible (Hulsman, 1991).

El derecho penal mínimo, a la luz de Ferrajoli, se enarbola como la técnica de tutela de los derechos fundamentales, al establecer que “El fin general del derecho penal, tal como resulta de la doble finalidad preventiva recién ilustrada, consiste entonces en impedir la razón construida, o sea en la minimización de la violencia en la sociedad. Es razón construida el delito. Es razón construida la venganza. En ambos casos se verifica un conflicto violento resuelto por la fuerza; por la fuerza del delincuente en el primer caso, por la de la parte ofendida en el segundo. Mas la fuerza es en las dos situaciones casi arbitraria e incontrolada; pero no solo, como es obvio, en la ofensa, sino también en la venganza, que por naturaleza es incierta, desproporcionada, no regulada, dirigida a veces contra el inocente. La ley penal está dirigida a minimizar esta doble violencia, previniendo mediante su parte punitiva la razón construida, expresada por la venganza o por otras posibles razones informales” (Ferrajoli, 2006, p.15).

Para la observancia de lo anterior propuesto, tomamos como conclusión que lo que plantea Ferrajoli es básicamente el derecho penal como la defensa de la ley del más débil, donde este es la víctima y el más fuerte es el delincuente. Ferrajoli (2006) “De este modo, los derechos fundamentales constituyen precisamente los parámetros que definen los ámbitos y los límites como bienes, los cuales no se justifica ofender ni con los delitos ni con las puciones”.

A propósito de las teorías abolicionistas, en relatos iusfundamentales como los del mismo Ferrajoli, se dejan a la vista pública cuatro teorías que son compartidas a lo largo de la historia por criminólogos críticos contemporáneos como la misma Elena Larrauri, pero que, para efectos del presente escrito, se van a redefinir y a reestructurar en dos grandes grupos. (Larrauri, 1997).

De primer plano, los sistemas de control atroz, y sus subdivisiones dentro del autor estatal o social. Generalmente se establece que el control social atroz, se ha manifestado históricamente desde la época arcaica, donde la venganza ha sido el medio adecuado para responder a una actitud anómica; tal es el caso de la autotutela y la autodefensa, de donde se centran valores como la imposición de soluciones, desproporcionalidad y proporcionalidad equívoca respectivamente, uso desmesurado de la fuerza y solución unilateral. Dentro del control estatal-atroz, se pueden ubicar los sistemas de represión típicos de los Estados totalitarios, donde la garantía no es más que una utopía.

De otro lado, se encuentran los sistemas de control garantistas o disciplinarios. De primer modo, se referencia una subdivisión en torno a controles garantistas sociales, donde de forma primitiva se establecían soluciones racionales para la solución de los conflictos. Pero para la observancia, se trae a colación lo que refiere Ferrajoli: “los sistemas de control estatal-disciplinarios que son un producto típicamente moderno y sobre todo un peligro en el futuro, los cuales se caracterizan por el desarrollo de las funciones preventivas de policía y de seguridad pública a través de técnicas de vigilancia total, tales como aquellas

introducidas, además del espionaje sobre los ciudadanos por obra de potentes policías secretas, por los actuales sistemas informáticos de registro generalizado y de control audiovisual”. (Ferrajoli, 2006).

Y aunque lo anterior, representa una pequeña redefinición de las tantas alternativas que se han planteado en torno al abolicionismo, se puede referir que estas al no reconocer precisamente el establecimiento de un sistema penal positivo, se orientan hacia un principio criminológico muy sustancial, como es la prevención del delito.

Pero para dejar sentado como precedente la postura frente a este último sistema de prevención abolicionista, se debe establecer que este representa una alta violación de las garantías de los ciudadanos. No solo traspasa los presupuestos de las libertades (pocas) entregadas en el contrato social, sino que de igual forma violenta las garantías mínimas públicamente conocidas y reconocidas desde hace ya casi un siglo. Por eso, además de todas las cosas mencionadas, se tiene que una tesis tan desgastada como lo es el abolicionismo radical, representa una grandísima utopía para lo que son los sistemas de disciplina social. El derecho penal, aunque sea mínimo, es necesario.

Por lo anterior expuesto, se hace menester del marco lógico argumental, establecer que el derecho penal mínimo se enarbola como la respuesta del garantismo ante las tesis utópicas del abolicionismo, toda vez que la perpetuación de un sistema abolicionista en ausencia de un sistema penal, perpetraría una situación que han descrito bien diferentes teóricos como lo es la anarquía punitiva, donde –si bien hay Estados que la sabrían

aprovechar con políticas criminales adecuadas— se dejaría en la esfera de lo decidible un arbitrio peligroso para que cualquier Estado sea un latente Estado represor y sobre todo, legitimado; cosa que de ninguna forma está concebida en los presupuestos de un Estado demoliberal, sobre todo por su devenir histórico. Lo cual permite pensar... ¿qué tipo de sistema penal concibe todo lo expuesto?

Derecho penal liberal y su carácter justicial: Materialización del garantismo penal

El derecho penal, sin duda alguna, a lo largo de la historia ha vivido diversos cambios que se han podido dejar a la observancia en el sinnúmero de pregones académicos que diferentes autores han sabido exponer magistralmente. De la necesidad de un sistema penal con garantías, se ha podido establecer que nace la necesidad de enarbolar un completo sistema que encuadre todas las características que el garantismo que desde las entrañas de juristas como Luigi Ferrajoli han concebido.

El saber jurídico permea a los sistemas de organización de cada rama del derecho, con los presupuestos filosóficos necesarios y adecuados para la realización de sus fines perfectamente establecidos. Estos presupuestos de la iusfilosofía, conciben: la creación, interpretación y ejecución de la aplicación del *ius penale*; la estructuración de la propuesta de la judicatura como un sistema orientador de sus determinaciones, además de la consumación del poder punitivo para impulsar el progreso del Estado y su debida forma de organización.

La propuesta que se dejará entrever en los apartados textuales que competen el presente escrito, enarbolan como bandera de

institucionalidad el derecho penal liberal como una verdadera materialización del garantismo penal. El derecho pena liberal o derecho penal de acto, consagra los presupuestos filosóficos necesarios para la concreción de un sistema tutelante de los derechos de los coasociados bajo la luz de un estado democrático.

El derecho penal liberal se emerge dentro del campo de estudio de la dogmática penal, entrando en una fuerte dicotomía con lo que exhaustivamente se ha denominado como la línea roja del pensamiento alemán, o el mismo derecho penal del enemigo (Cancio Meliá, Jackobs, 2003). Entonces, delimitando que el derecho penal ha tenido dos tendencias a lo largo de la historia, primero se pretende determinar el objeto de estudio del derecho penal liberal.

En la conducta punible, se presentan diversos objetos y elementos de esta misma; históricamente se ha intentado establecer el elemento o momento a tener en cuenta para la aplicación del derecho penal. Para el derecho penal del enemigo, por ejemplo, se tienen en cuenta las características de las personas y se parte desde la simple presunción delictiva de la autoridad para detener, capturar y luego investigar para procesar. Por el contrario, el derecho penal liberal, consagra el principio de acto, al tener en cuenta lo que la persona hizo (conducta) para la aplicación de una pena; aquí se investiga, para luego capturar y castigar.

Se puede establecer como nacimiento de toda la ideología penal liberal, las obras de Beccaria, donde se pretende –a juicio del autor italiano– proponer una humanización del derecho penal, en contrariedad al sistema que se vivía en la época (La inquisición);

aun así, se debe aclarar que Cesare Beccaria, primeramente, no pretende establecer un sistema penal, sino sentar las bases de una política criminal.

“Beccaria fue el primero que se atrevió a escribir en forma sencilla, en italiano, en forma de opúsculo, y concebido en escuetos silogismos y no en la de aquellos infolios en que los prácticos trataban de resumir la multiplicidad de las leyes de la época. Sobre todo, Beccaria es el primero que se atreve a hacer política criminal, es decir, una crítica de la ley” (Jiménez, 1950).

La crítica que se deja a la observancia en la clásica obra de Beccaria, deja entrever la propuesta y estructuración de una amalgama de reformas al pensamiento penal que sirvieron como base de lo que se conoce actualmente como Derecho Penal liberal, teniendo sus álgidos puntos de inflexión en: la humanización de la pena, abolición de la tortura y la pena de muerte, igualdad ante la Ley entre coasociados, principios de: Legalidad, proporcionalidad entre delito y pena, entre otros.

Beccaria parte de los modelos contractualistas de Montesquieu, Voltaire, Marat y Rousseau, para establecer que el origen del derecho de castigar, es lo mismo y el mismo que el origen del poder, por lo cual se parte de la dicotomía entre el estado de naturaleza y la sociedad civil, es decir, el contrato social; toda vez que, al tiempo, rechaza el modelo aristotélico que versa sobre el origen y fundamento del poder (Foucault, 1984).

De la misma forma se estableció que la distinción de los diferentes órdenes de regulación de la conducta humana y la desacralización del poder o la función punitiva, emerge del hecho

de que la aplicación de la ley es un asunto de índole completamente humana, por lo mismo la pena debe tener una función social, toda vez que es un instrumento de control social, cosa que se enarbola como un hecho social y no como un fenómeno metafísico.

Todo nos deja entrever que el ejercicio de la función punitiva debe tener límites, el control del ejercicio del poder: límites en el nivel de la prohibición, en cuanto a la limitación de la libertad debe ser la mínima posible (contrato social); límites en el nivel de aplicación de la ley, en cuanto la pena va orientada hacia la resocialización, es decir, es un motivo sensible y no un motivo de venganza.

Para Juan Fernández Carrasquilla (2007), el derecho penal, dentro de sus características idóneas, posee un aspecto jurídico-positivo y otro político criminal. Es decir, para refirmar lo propuesto efímeramente (Aquí se irá a entender lo efímero, haciendo referencia a que Beccaria básicamente nunca pensó en la reforma o propuesta de un nuevo sistema penal, sino que enarbola una crítica al actual de la época con la estructuración de una política criminal, lo cual deja de forma parcial una reforma, pero se deja en claro la importancia tan grande que tiene la obra magna del italiano para toda la formulación posterior del derecho penal en términos generales) por Beccaria que el derecho penal, desde sus prolegómenos ideales se plantea desde una *lege data* y una *lege referenda*, concibiendo de esa forma una esfera decidible de lo positivo y una esfera mixta desde lo ideal. Se toma como parte primordial lo que pregonaba el autor colombiano, toda vez que asegura que ambas dependen la una de la otra,

pues solo así es posible la concreción material de una decisión que aluda a criterios de justicia ideal y una progresión de los principios y valores, tanto constitucionales, como internacionales y doctrinales (Fernández Carrasquilla, 2007).

Cabe aclarar que para el estudio de un sistema penal, el deber ser desde un punto de vista de la ideología moral, solo representa una orientación hacia lo que pueden ser reflexiones sobre la justiciabilidad en un plano idealista de la norma, pero como se ocupa el presente escrito de delimitar estructuralmente un sistema que concrete garantías, se enrolará una discusión en torno al deber ser de la política criminal, englobando efectos criminógenos y filosóficos de un *desiderátum* jurídico-penal ideal, pues solo de esta forma nos ocuparemos de estudiar cómo la ley penal puede superar álgida y fácilmente una controversia entre eficiencia en su lucha contra la criminalidad y la tutela de los derechos de los coasociados.

En contraste de lo que plantea Fernández Carrasquilla (2007), la política criminal y el derecho penal en la liberalidad de una filosofía jurídico penal, hacen parte de un mismo proceso de cristalización de los fines del Estado en su vigilancia y castigo para la aplicación de la ley, pero se coincide con el autor en la relación de dependencia del uno del otro, debate que se deja bajo el foco del lector, si realmente esa relación de dependencia llega al punto extremista de la visualización amorfa de un derecho penal sin política criminal o una técnica simple de aplicación legal.

La publicidad que permea el derecho penal material liberal, se constituye como la característica más incluyente dentro de lo

que es la teoría del garantismo, toda vez que se puede concebir como la manifestación de la voluntad de un pueblo, cosa que a la postre denota la realización democrática de un Estado Social de Derecho, concretando de paso el principio de reserva, extensión primordial del principio de república unitaria, teniendo el Estado el monopolio del poder punitivo, por medio de su cuerpo legislativo.

“De esta manera, la violencia (...) es considerada un instrumento imprescindible para asegurar la convivencia pacífica y el acatamiento a las normas, deviniendo parte de lo político-institucional por cuanto se atribuye al Estado el monopolio legal del poder, en el sentido de ser la autoridad que realiza el ajuste final de los conflictos entre individuos o grupos, si llega a ser necesario, mediante el empleo de la violencia” (Gallego, 2003, p.3-4).

Para el estudio, la publicidad del derecho penal liberal como materialización de la tutela de derechos se puede observar en la relación directa de las teorías de derecho que consagran la defensa y garantía de los derechos del indiciado, el contrato social, teoría del Estado y neoconstitucionalismo.

Vale aclarar que el derecho penal liberal está regido por el principio de justicia, cosa que el garantismo enarbola como su bandera de tutela de derechos. Al mal social del delito, se le tiene como respuesta un mal como el de la pena criminal, todo orquestado por una sociedad debidamente organizada. “el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena, cualquiera que sea la forma en que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda

violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo” (Ferrajoli, 1995, p.21)

De este modo, se puede establecer que la pena no es un mal necesario so pretexto de los aspectos justiciables, sino de un fin necesario socialmente establecido como mecanismo de prevención general y control de la conducta desviada, en especial atención a la reinserción a la vida social productiva y de manera pacífica, o por lo menos alejada del delito. La respuesta anteriormente descrita se debe surtir en especial proporción al daño antijurídico y en la medida del grado de culpabilidad del autor –A esto Fernández Carrasquilla (2007), le llamó concreto merecimiento de la pena socialmente y necesariamente útil–.

De modo que el derecho penal de índole liberal, reacciona de forma indeterminada al delito de tres formas o momentos fácticos:

- **A manera de prevención general positiva:** Cuando se comparten valores que impone la ley penal, lo cual promueve una cultura no delictiva.
- **A manera de prevención general negativa:** La sociedad en general teme a la sanción y por ello prefieren evitar concurrir en conductas tipificadas.
- **Después de la comisión del delito:** Ante el fracaso de una conminación general, se hace efectiva la amenaza que trae intrínseca la ley penal. Todo esto con el fin de: Mostrar su seriedad y certeza, asegurar la no repetición del hecho, hacer una adecuada aplicación de la pena y la reinserción del convicto.

Lo anterior descrito, le endilga al derecho penal y a la función punitiva que este le confiere al Estado, un efecto sociopolítico, toda vez que fundamenta sus puntos teóricos en aras de reestablecer la confianza de los asociados en el ordenamiento jurídico y –a juicio de Jackobs– el pacífico funcionamiento de las instituciones.

“Más esencial que la protección de los concretos bienes jurídicos particulares es la tarea de asegurar la vigencia real (...) de los valores de acción de la actitud jurídica (...) La mera protección de bienes jurídicos tiene solo una finalidad de prevención negativa (.) La misión más profunda del Derecho penal es, por el contrario, de una naturaleza ético-social positiva: al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, el Derecho penal expresa de la manera más concluyente de qué dispone el Estado, la vigencia inquebrantable de dichos valores de acción conforma el juicio ético social del ciudadano y fortalece su actitud permanente de fidelidad al Derecho” (Welzel, Bustos, Yáñez, 1976, p.3).

Lo dicho, nos permite concluir dos cosas: 1) Para las funciones de la pena, es fundamental establecer un sistema legítimo y efectivo, 2) El derecho penal no puede pretender cumplir una función ético-social, si este mismo no está estructurado de tal forma que su principal enfoque sean los presupuestos éticos, garantistas y democráticos. Los principios demoliberales del derecho penal, aseguran una justicia retributiva, aunque de todas formas su fin real será asegurar la paz social mediante la tutela de los bienes jurídicos.

Pero para establecer un valor jurídico de la justicia, nace como respuesta a ello el derecho penal como un derecho justo,

cuestión que nos pone ante las teorías de la adecuación social y la insignificancia del daño (Human, 2012).

Para Hans Welzel, padre de la teoría de la adecuación social, los tipos penales solo conculcan conductas graves que atentan contra el orden natural de la vida social (anomia) excluyendo la ausencia de la lesión. Cabe aclarar que Welzel, no pretende limitar los tipos penales, sino que representa la verdadera precursión de la teoría de la imputación objetiva.

De otro lado, Roxin, según su teoría de la insignificancia del hecho, aseguraba que las lesiones insignificantes sobre los bienes jurídicos, no cumplen con el carácter fragmentario del derecho penal y deben ser excluidos de la tipicidad, lo cual pregonaba que se deben excluir las afecciones sin trascendencia social.

Queda sentado que, para satisfacer la justicia, el derecho penal debe fungir como arma de respuesta ante las acciones antijurídicas. De primera medida, el derecho penal debe tener un carácter fragmentario, tipificando así solo a las conductas que atenten gravemente a los bienes jurídicos más preciados, dejando así a los que no encuadren dentro de estos dos presupuestos, por fuera de la esfera de punición. De segundo modo, la bandera del garantismo penal, el límite de las penas; dejando los límites de la esfera de aplicación de la pena criminal: el respeto por el bloque de constitucionalidad en su sentido amplio, la dignidad humana, determinación inequívoca de la culpabilidad y pena proporcional a su grado, y la racionalidad y proporcionalidad de la pena contra el hecho. De tercer enfoque, se establece que la ejecución de las penas siempre debe hacerse con humanidad, siguiendo así

los presupuestos de Beccaria; la pena criminal debe conllevar la menor lesión posible de los derechos fundamentales dentro de la esfera de lo justificable proporcional al delito, todo sin perjuicio absoluto de la dignidad humana y partiendo siempre viendo el horizonte que oriente hacia la reinserción social del autor.

El derecho penal liberal, dentro de su carácter justicial, debe tener dentro de su amalgama de distinciones a la hora de su praxis los presupuestos teóricos de un derecho penal personalista, teniendo de esta forma elementos como: La imputación personal e individual, proporcionalidad en su sentido amplio, culpabilidad, principio de lesividad y una plausible resocialización del autor; todos estos elementos enmarcados dentro del principio de garantía y respeto por la dignidad humana, anteponiendo como fin general del derecho penal, tutelar los bienes jurídicos de las personas, haciendo que el Estado y estas cumplan con sus deberes sociales, en especial hincapié sobre la protección especial, extrema y más severa de todos los derechos.

Garantismo penal y su exigibilidad prioritaria en el acceso a la justicia

Lo teoría garantista tiene asidero en la relación de validez de las normas –leyes en *stricto sensu*– frente a la Constitución –en *lato sensu*– y el efectivo cumplimiento de las mismas, entendiendo que, en los estados constitucionales además de la primacía de la Carta Magna misma, en ella los derechos fundamentales surten un papel de preponderancia. Así, esta dicotomía entre lo que es y lo que debería ser, plantea que el garantismo va mucho más allá del límite establecido al poder: La defensa y materialización de los derechos fundamentales.

En ese sentido, se puede sostener que los asuntos fundamentales propios de la dogmática penal están permeados de manera directa por el ordenamiento constitucional; esto es, dichos asuntos encuadran tanto en las fronteras de la Constitución como en la política criminal (Tiedemann y Nieto, 2003). Entonces, la teoría garantista logra su importancia al trascender los interrogantes sustanciales de los derechos y preguntarse por su organización y por los mecanismos que facilitan hacerlos realidad en el Estado Constitucional. La discusión abanderada por Ferrajoli (1995) en *Derecho y Razón* (pp.851-948) busca sentar sus bases en la teoría general del derecho y edificarse como uno de los cimientos del Estado ibídem y de la democracia sustancial (Torres, 2017).

En el ensayo *Derechos fundamentales* de Ferrajoli (2001), se plantea una definición formal de la conceptualización de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que, desde el punto de vista teórico, podría confundirse el concepto tanto de estos como el de las garantías, pese a que el núcleo del debate gira en torno a la democracia sustancial influenciada por estos derechos (Álvarez, 2010, p.311).

A propósito de este debate, es necesario considerar que los derechos fundamentales poseen una doble perspectiva, en tanto que implican criterios hermenéuticos que los diferencian de otras normas y, desempeñan un carácter a la vez de *deber ser* interno y de *ser* de normas legales en el Estado Constitucional. En ese sentido, el garantismo emerge y se posesiona teniendo en cuentas las garantías propias de los derechos fundamentales y, simultáneamente, la función de garantía que realiza como respaldo para el cumplimiento de los derechos (Peña Freire, 1997).

Teniendo en cuenta estos presupuestos sustanciales, existe la necesidad de transitar de un discurso legitimante de una idea jurídico-penal de *perenne emergencia*, a un discurso que se dé hacia la promulgación de discursivas deslegitimadoras, todo esto fungiendo como los prolegómenos para la transmutación o un cambio de paradigma jurídico. De este modo, la crítica iusfilosófica que se plantea como propuesta ante el estado de tránsito que debe vivir el ordenamiento jurídico-penal es, la garantía de los derechos en concordancia con una posible fracturación justificable del principio de legalidad.

La idea jurídico-penal de *perenne emergencia* se refiere a los discursos legitimantes del derecho penal del enemigo, el cual establece que el derecho está en un estado de constante o *perenne emergencia* y, por tanto, es necesario suprimir las garantías procesales, so pretexto de la manutención del ordenamiento jurídico y de la estabilidad del mismo. Lo que aquí se propone es algo totalmente contrario, y es lo que plantea el derecho penal liberal: El derecho y el ordenamiento jurídico no están en *perenne emergencia* y, en caso de estarlo, la supresión de las garantías procesales nunca debe entenderse como una opción.

Lo anterior debe entenderse bajo la siguiente óptica: El sistema jurídico-penal está viviendo una transformación; esta se evidencia en los discursos argumentativos que hacen parte del activismo judicial. En principio, se tiene que hay 2 tipos de discursos argumentativos y jurídicos: Los legitimantes y los deslegitimantes. Los discursos legitimantes son discursos de encuadramientos o prácticas argumentativas en las que el juez, en su

labor, delimita o encasilla un hecho en una norma, exponiendo los argumentos de paso o de derecho, así como las tesis requeridas, para coadyuvar con la endilgación del proceso; en otras palabras, exponer que un hecho está de acuerdo con una norma en específico, en virtud del principio de legalidad. Lo anterior va en contravía con lo que sucede con los discursos deslegitimantes, como el activismo judicial, en tanto que, se apartan del principio de legalidad, se apartan de la ley, la critican y proponen una figura o ficción jurídica nueva.

Entonces, esto va a suponer un cambio de paradigma, una transmutación del sistema argumentativo de la práctica judicial, mayormente en la esfera del derecho penal. Este discurso deslegitimante del activismo judicial en el marco del garantismo penal, va a consistir en que la garantía de los derechos dentro de la esfera de lo decidible, como objeto sujeto de estudio, se centrará en la tesis de la argumentación jurídica y no, precisamente, en el encuadramiento del hecho en la norma.

En ese orden de ideas, y en concordancia con la crítica iusfilosófica como salida perfectible, Goldsmith (1976) plantea que el estudio iusfilosófico de interpretación del método de evaluación de la norma jurídica frente al hecho, consiste en estudiar una norma y otorgarle un valor justicial, esto es, la norma es justa o es injusta. Esto, mediante un juicio de valor con respecto a normas, teniendo en cuenta criterios de justiciabilidad.

Ahora bien, una vez proyectadas las transformaciones que vive el sistema jurídico-penal, debe materializarse la idea de por qué en el momento de acceder a la justicia hay que atender primero a las garantías. Roxin (2003) señala que “el derecho procesal

penal es el sismógrafo de la Constitución política del Estado”. Y es que, todo el compendio terminológico en relación con los derechos humanos, derechos fundamentales, derechos fundamentales procesales, principios procesales, libertades públicas, garantías institucionales, entre otros, permiten remitirnos, *grosso modo*, a un mismo punto: Las garantías penales constitucionalizadas (Caro, 2019).

En relación con los derechos humanos Guerra y Gómez (2014a) que son:

El conjunto de necesidades atemporales e innegables que se derivan de la dignidad del ser humano, que permiten lograr el ideal de la persona libre, exenta del temor y de la miseria, que se muestran como previas y superiores al Estado y gozan de una protección judicial complementaria distinta a la ofrecida por el derecho interno del Estado. (p. 14)

Por su parte y, en cuanto a los derechos fundamentales procesales, Gómez Colomer (1996) expone que “entendidos en sentido amplio, incluyen también a los principios procesales, garantías institucionales y libertades públicas reconocidos por la Constitución y que tienen aplicación en el proceso penal”. Por consiguiente, la seguridad jurídica, la primacía de la realidad sobre la forma, las distintas acciones o mecanismos consagrados constitucionalmente, el equilibrio entre la denominada búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado e incluso la fracturación del principio de legalidad van a suponer la materialización de las garantías constitucionales del proceso

penal bajo el entendido de los principios, libertades y derechos fundamentales y por los tratados internacionales.

De igual forma, y siguiendo con Ferrajoli (2001), existen cuatro postulados que corresponden a otras tantas garantías: Las dos primeras llamadas primarias y las dos últimas denominadas secundarias; a su vez, dentro de las dos primarias se encuentran el principio de legalidad y el principio de plenitud deóntica, dentro de las dos últimas están el principio de jurisdiccionalidad y el principio de accionabilidad.

El primer postulado, o sea, el principio de legalidad era en la antigüedad, a rasgos generales, inactuado, y su legitimidad estaba en la distinción entre la manifestación del derecho y su praxis, constituyentes del sistema jerárquico de la norma. Sin embargo, luego del surgimiento del paradigma constitucional su curso fue diferente, pues la tutela efectiva del sujeto de derechos restringió el ejercicio del poder.

El segundo de los postulados es el principio de plenitud deóntica, consiste en que “la existencia de derechos o intereses establecidos por normas primarias, deberán introducirse unas garantías primarias en las cuales se establezca la prohibición de lesionarlas y la obligación de tutelarlos y satisfacerlos, a cargo de funciones e instituciones separadas de cualquier poder” (Albarrán, 2014, p.159). En síntesis, hace referencia a que para la efectividad de la tutela de los derechos no solo es suficiente con resguardar los derechos *per sé*, sino que también se requiere un sistema de jurisdicciones que imponga deberes y/u obligaciones en procura del respeto por los derechos.

El tercer postulado concierne al principio de jurisdiccionalidad, el cual sugiere que para la protección de las posibles transgresiones de las normas primarias deben existir normas secundarias. El papel de los jueces es fundamental, de tal forma que son quienes ejercer un control de legalidad sobre dichas normas primarias consagradas constitucionalmente. Todo esto, al decir de Ferrajoli, bajo la observancia de un método de coercibilidad para poder acceder a un modelo garantista pleno.

El cuarto postulado atiende al principio de accionabilidad, según el cual “donde exista una jurisdicción deberá estar asimismo prevista, como ulterior garantía secundaria, su activación por los titulares de los derechos y de los intereses lesionados, con carácter subsidiario, que parte de un órgano público capaz de suplir las posibles inercias o debilidades de aquellos” (Albarrán, 2014, p.159). En este principio se puntualiza el acceso a la justicia, debido a que en todo caso en el que haya lugar derecho a la tutela de los mismos ante un juez, también habrá lugar al derecho a que exista un fiscal que proporcione la garantía de dichos derechos. “De aquí la necesidad de asumir el principio de accionabilidad como un principio general del modelo garantista MG, idóneo para asegurar la efectividad de los otros tres principios –de jurisdiccionalidad, legalidad y plenitud– mediante la integración de la acción privada con la encomendada a un órgano público” (Ferrajoli, 2001).

Por lo anterior expuesto, debe concretarse que el acceso a la justicia visto desde una perspectiva práctica, se ha de materializar a través de las conocidas “garantías procesales genéricas” (Caro, 2019). En este aspecto, van a destacarse el derecho a la

tutela judicial efectiva, derecho al debido proceso penal, derecho a la presunción de inocencia, derecho a la defensa, entre otros; así mismo, van a cobrar importancia la fuerza que en el acceso a la justicia le atribuyen algunos mecanismos específicos de participación ciudadana al garantismo penal, tales como la acción de tutela, acción pública de inconstitucionalidad, entre otros. En ese marco teórico-práctico, estas garantías no son más que preceptos constitucionales que van a fungir como mecanismos para accionar el sistema y poner en marcha la eficaz realización de los derechos fundamentales y de los derechos en general.

MÉTODO

El desengloble argumentativo de este tema, atiende a la relación con el uso del paradigma hermenéutico, de igual forma puede ser denominado como paradigma cualitativo, fenomenológico, humanista... Pues al tener dentro de sus enfoques teóricos el casi nulo interés de la investigación por lograr conocimiento objetivo, por el contrario, lo que se busca es llegar a una tesis sincrética, pues en este sentido, lo que más importa es hacer un consenso en torno a los paradigmas de la interpretación de lo que se está estudiando. De este modo, se permite esclarecer el límite de lo que fuere un completo o incompleto conocimiento, derivado de la interpretación, sería el ligaje de cercanía que tiene con la realidad perfectible. “La importancia de tener cierta fidelidad en la interpretación es la posibilidad no solo de entender, sino de modificar aquello que se entiende, y de poder arribar a conocimientos más profundos o más amplios de un primer conocimiento obtenido” (Ballina, 1996, p.4).

De otro lado, se optó por el uso del enfoque cualitativo, toda vez que permitió estudiar la realidad en su contexto de naturalidad,

de este modo –aplicando la interpretación de fenómenos en concordancia con los actores del hecho– se utiliza una diversidad de mecanismos etnográficos para recoger información (Blasco y Pérez, 2007).

Para finalizar, se sustentó la investigación en el uso de la teoría fundamentada, cuya importancia gira en torno a la realidad empírica y la observación como base de la investigación cualitativa, “la realidad empírica es vista como una interpretación en curso de significaciones producidas por los individuos insertos en un proyecto común de observación” (Sudabby, 2006). Toda vez que se permite, con la implementación de este supuesto teórico, ampliar el espectro de investigación y poder determinar la realidad y su relación con la teoría planteada.

DISCUSIONES Y CONCLUSIONES

La teoría garantista en el marco del derecho penal emerge como postura iusfilosófica de obligatoria observancia en el Estado Constitucional. El carácter humano que resalta en el ámbito penal frente a las otras ramas del derecho le imprimen al garantismo, en tanto que garantías y función de garantía, la necesidad de su búsqueda permanente en la ciencia del derecho, a la luz de los principios fundantes constitucionales, tales como la dignidad humana y el respeto por la esencia del ser humano habida cuenta de la existencia de un *ius constitutionale commune* (Guerra et al., 2018b).

Teniendo en cuenta estas premisas, el garantismo hace frente al poder punitivo estatal limitándolo a través de la noción de un derecho penal mínimo, así como lo propuso Ferrajoli (2006,

p.11): “garantismo y derecho penal mínimo son, en efecto, términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva, tanto en la previsión legal como en su comprobación judicial, sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de las personas”.

Ahora bien, podría pensarse que esta teoría tiene una visión utópica por cuanto pretende tutelar derechos y establecer límites en una sociedad desviada y ante un Estado que dirige todo un aparato judicial. Sin embargo, el garantismo es consciente que la idea abstracta de “estado” está representada materialmente por personas, las cuales poseen virtudes y defectos y, por lo tanto, no va a pretender que la benevolencia de los poderes sea tal que exista la certeza de que los derechos tutelados y los medios para hacerlos valer, van a ser cumplidos a cabalidad. Justamente, el plano iusfilosófico va a entrar en controversia con el plano práctico, y el precursor principal de esta teoría hace la salvedad: “...dado que el derecho es una construcción humana y como tal puede elaborar él mismo condiciones y criterios de justificación de las decisiones por él admitidas como válidas. Precisamente, el derecho es un universo lingüístico artificial que puede permitir, gracias a la estipulación y a la observancia de técnicas apropiadas de formulación y de aplicación de las leyes a los hechos juzgados, la fundamentación de los juicios en decisiones sobre la verdad convalidables o invalidables como tales mediante controles lógicos y empíricos y, por tanto, sustraídas lo más posible al error y al arbitrio. El problema del garantismo penal es elaborar tales técnicas en el plano teórico, hacerlas vinculantes en el plano normativo y asegurar su efectividad en el plano práctico”.

Así, la deslegitimación del arbitrio de los poderes del Estado hará contraste con las garantías contenidas y respetadas en el ordenamiento jurídico. Es por ello que en el paradigma constitucional las imperfecciones se reflejan en la divergencia lógica que siempre está presente entre la normatividad y la concretización de su consecuencia jurídica, es decir, su efectividad. La razón fundamental por la cual algunos autores se limitan a mencionar que el garantismo se expresa en grados radica en que mientras más pretenciosa sean esas consecuencias de carácter teleológica, más extensa será la brecha de divergencia. Para tal suerte, el único atisbo que se conoce de conjunción entre realidad política y norma que carece de límites, está en Estados con una constitución normativa.

Sin duda alguna, la propuesta garantista en materia penal, es muy ambiciosa, toda vez que abarca esferas de aplicación del conocimiento dentro de una tesis poco discutida, pero muy referida parcialmente a lo largo de la historia del derecho, como bien ya se demostró. Esta teoría ha abarcado aplicaciones en campos como el derecho sustantivo, la criminología, la política criminal y hasta el derecho penal procesal; no obstante, se tuvo como base integral de estudio, una reflexión filosófica que nos arroja como resultado una amalgama de conocimientos que engloban un sistema penal que: sea de mínima aplicación o fragmentario, tenga limitación del poder punitivo, se preponderen garantías de los derechos sobre el principio de legalidad, fortalezca el papel de los jueces y su labor interpretativa y sobre todo, sostenga a la crítica jurídica como ente deslegitimador de los ordenamientos jurídicos legalistas (Akers, 1994).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agudelo, N. (2014). *De los delitos y de las penas edición 250 años*. Medellín, Colombia: Nuevo Foro.
- Akers, R. (1994). *Criminological Theories*. Los Angeles, Roxbury: Publishing Company.
- Albarrán, I. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. De Luigi Ferrajoli, Italia.
- Álvarez, L. (2010). Los derechos y sus garantías. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 13, 311-324.
- Ballina Ríos, F. (1996). *Problemática epistemológica y sociológica de la administración. Una propuesta crítica*. FCA-UNAM: Contaduría y Administración.
- Blasco Mira, J. E. & Pérez Turpin, J. A. (2007). *Metodologías de investigación en educación física y deportes: ampliando horizontes*. Editorial club universitario.
- Cancio Meliá, M. (1993). La teoría de la adecuación social en Hans Welzel. *ADPCP, Fasc. II*, 169-202.
- Cancio Meliá, M. Jackobs, G. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones S.L.
- Caro, D.C. (2019). *Las garantías constitucionales del proceso penal*. Ciudad de México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Carrara, F. (1988). *Programa de Derecho Criminal. Parte General*. Volumen I. Bogotá, Colombia: Temis.

- Ciafardini, M., Bondanza, M. y Cohen, S. (1989). *Abolicionismo penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Chinchilla, T. (1988). El Estado de Derecho como modelo político-jurídico. *Estudios de Derecho*, 80, 51.
- Fernández Carrasquilla, J. (2007). *Derecho penal liberal de hoy*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón, una teoría sobre el garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2001). *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2001). Derechos fundamentales. En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006). *Derecho penal mínimo. trabajo aparecido en VV. AA., "Prevención y Teoría de la Pena"*. (pp.25-48) Santiago, Chile: Editorial Jurídica Conosur. Disponible en <http://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/06/el-derecho-penal-mnimo-l-ferrajoli/>
- Ferrajoli, L. (2009). Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías. En L. Ferrajoli, J.J Moreso, y M. Atienza. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. (2ª ed.). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

- Foucault, M. (1984). *Vigilar y castigar*. Madrid: Siglo XXI, 4ª edición.
- Gallego García, G. (2003). Sobre el monopolio legítimo de la violencia. *Nuevo Foro Penal*, 12(66). Recuperado a partir de <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3822>
- Goldschmidt, W. (1976). *Introducción Filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Gómez Colomer, J. (1996). *Constitución y proceso penal*. Madrid: Tecnos.
- Guerra, D. D. J. A., & Gómez, G. I. R. (2014a). *Garantía de los Derechos Humanos en los conflictos armados. Cultura de paz y derechos humanos*. Una mirada socio-jurídica/Raimundo Caviedes Hoyos...[et al.].--Barranquilla: Universidad Simón Bolívar. Instituto de investigaciones. Grupo de investigación Derechos humanos, cultura de paz, conflictos y postconflicto, 2014. 201 p.; 17 x 24 cm., 11.
- Guerra, D., Llinás Torres, C., Suárez Pérez, J., Rodríguez Lara, I., Rodríguez Ortega, M., Marín Mass, D., . . . Agualimpia Romero, H. (2018b). *Panorama Jurídico y Sociojurídico de los Derechos Humanos, Sociales y Ambientales Tomo II* (J. Enamorado, D. Navarro Suárez, & I. Rodríguez Lara, Edits.) Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.
- Hulsman, L. (1991). The abolitionism case: alternative crime policies. *Israel Law Review*, 25, 681-709.
- Human, C. (2012). El Principio de Insignificancia y el daño acumulativo. A propósito de la Doctrina sentada por el Tribunal de

- Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires. *Revista del Instituto de Estudios Penales*, 6.
- Jiménez de Asúa, L. (1950). *Tratado de derecho penal*. tomo II. Buenos Aire, Argentina.
- Larrauri, E. (1997). Criminología crítica: abolicionismo y garantismo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 133-168.
- Peña Freire, A. (1997). *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta.
- Rafecas, D. E. (2005). “Una aproximación al concepto de garantismo penal”. Extraído en “Lecciones y Ensayos”, UBA, Tomo 80. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.
- Roxin, C. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Suddaby, R. (2006). From the editors: What grounded theory is not. *The Academy of Management Journal*, 49(4), 633-642.
- Tiedemann, K. y Nieto, A. (2003). *Eurodelitos: el derecho penal económico de la Unión Europea*. Ciudad Real, España: Universidad de Castilla-La Mancha.
- Torres, J. (Enero, 2017). La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo. *Revista de Derecho*. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.14482/dere.47.9761>
- Welzel, H., Bustos, J., Yáñez, S. (1976). *Derecho penal Alemán*. Trad. Al español. 2da edición. Santiago de Chile.

Cómo citar este capítulo:

Maiguel Donado, C. A. y Barrios Márquez, E. J. (2020). Reflexiones filosóficas sobre el garantismo penal: abolicionismo y derecho penal liberal. En: D. de J. Aníbal Guerra y C. del C. Llinás Torres, (Comp) *Realidades contemporáneas desde el enfoque de los derechos humanos*. (pp.51-86). Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.