

Derecho penal y garantismo

Criminal law and warranty

DAVID DE JESÚS ANÍBAL GUERRA¹ - CLAUDIA LLINÁS TORRES²
CAMILO ANDRÉS MAIGUEL DONADO³

11

- 1 Abogado, Egresado de la Universidad Simón Bolívar; Especialista en Derechos Humanos de la Escuela Superior de Administración Pública; Magíster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad de Alcalá de Henares; Doctor en Ciencias Políticas de la Universidad Rafael Belloso Chacín; Profesor Investigador Asociado de la Universidad Simón Bolívar y de la Universidad del Atlántico.
danibal@unisimonbolivar.edu.co
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1671-8469>
- 2 Abogada Conciliadora, Egresada de la Universidad del Atlántico; Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar; Candidata a Doctora en Ciencias de la Educación de la Universidad Simón Bolívar; Profesora Investigadora Asociado de la Universidad Simón Bolívar.
cllinas5@unisimonbolivar.edu.co
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2710-4358>
- 3 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>

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 presente capítulo hace relación a una de las variables de los objetivos específicos de la investigación relacionados con el tema del derecho penal y el garantismo desde una perspectiva histórico-jurídica en los ordenamientos procesales. El resultado que arrojó el presente estudio es que el garantismo penal de hoy en día exige la observancia del respeto de los derechos humanos como parámetro de legitimidad de las normas penales, de conformidad con las normas que integran el bloque de constitucionalidad. Las conclusiones a las que se llegaron es que el componente humanista del derecho penal lo permea de vicisitudes en torno a la necesidad de protección individual y colectiva que se da por medio de la represión criminal, y que el ciudadano se conjuga dentro de la oración del uso de la vida política propia con un rol vulnerable lo que exige la protección de sus bienes jurídicos más preciados. La institución que avaló y financió el proyecto de investigación fue la Universidad Simón Bolívar.

Palabras clave: derechos humanos, derecho penal, garantismo, *ius puniendi*, política criminal.

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. This chapter deals with one of the variables of the specific objectives of the investigation related to the topic of criminal law and guarantees from a historical-legal perspective in procedural systems. The result of the present study is that the criminal guarantee of today requires the observance

of respect for human rights as a parameter of legitimacy of the penal norms, in accordance with the norms that make up the constitutional block. The conclusions that were reached is that the humanistic component of criminal law permeates it with vicissitudes regarding the need for individual and collective protection that occurs through criminal repression, and that the citizen is conjugated within the sentence of the use of their own political life with a vulnerable role, which requires the protection of their most precious legal assets. The institution that endorsed and financed the research project was the Simón Bolívar University

Keywords: human rights, criminal law, guarantee, *ius puniendi*, criminal policy.

INTRODUCCIÓN

A partir de los estudios sobre la filosofía del derecho, del derecho constitucional, los derechos humanos, el derecho penal y las teorías sobre la política criminal, se han desarrollado diversas propuestas que sugieren la necesidad de dotar a los sistemas jurídicos de garantías con el fin de desechar las normas que, por su irracionalidad jurídica, atentan contra las garantías básicas de la persona y facilitan el ambiente propicio para la aplicación de nocivas prácticas judiciales que ponen en tela de juicio la independencia judicial y, con ello, la razón de ser de la justicia. Dentro de esta gama de propuestas se resaltan aquellas que sugieren mayores garantías dentro de las instituciones del derecho penal tanto a nivel doméstico como a nivel internacional, de ahí que resulta obligado un estudio sistémico entre la naturaleza de las instituciones jurídicas en general, la política criminal y el derecho internacional de los derechos humanos para entender la razón de ser de la teoría del garantismo penal en un estadio más avanzado.

Y es que, de las teorías del derecho penal se ha hablado mucho; innumerables trabajos han sido promulgados alrededor de este tema pero pocos han sido asertivos en cuanto a la concordancia

de la dinámica jurídico-social e iusfundamental. La teoría garantista, cuyo máximo exponente es el jurista ítalo-francés Luigi Ferrajoli, asevera con firmeza una búsqueda racional a modo de *desiderátum*, de lo que es una propuesta más que ambiciosa en materia de tutela de derechos. Esta teoría aterrizada al derecho penal recobra un papel primordial dentro de lo que representa su desarrollo material, dado que reconoce el carácter humanista del derecho penal habida cuenta que protege los bienes jurídicos más preciados para los sujetos de derechos, a la par que, interviene en los derechos fundamentales del sujeto infractor. De allí que se puede entretejer una malla teórica historiológica acerca del garantismo penal, desde sus prolegómenos hasta desarrollar propuestas para la realidad perfectible, o a lo que Juan Fernández Carrasquilla (2007) llama: “el derecho penal liberal de hoy” (p.23).

El derecho penal tiene en su estructura sustancial, un aspecto dogmático-jurídico para lo que fuere el advenimiento de toda su teoría y desarrollo legal, pero también posee un atisbo político-criminal, enmarcado dentro de la sociología misma y el análisis de los delitos y de las penas que han de promulgarse para regir en una sociedad en particular. De ahí que, la regulación de una sociedad desde una dimensión normativa sin dimensión filosófica de orientación ideal, sencillamente se ciñe a imperativos establecidos como supuesto de hecho de una utopía social equiparable al Estado totalitario en su máxima expresión del despotismo; el derecho positivo requiere de ideologías, está permeado de ellas tanto en su estructura básica como en lo más profundo de su sustancialidad; esto hace loable la realización creciente de los principios legales, constitucionales e internacionales, máxime,

cuando el derecho penal es el más violento dado el alto grado de coacción Estatal.

Mientras que el derecho penal lucha contra la criminalidad, el sujeto lucha por la defensa de sus derechos frente a una relación claramente desbalanceada de poderes, pues el derecho penal es la manifestación máxima de la soberanía del Estado, aun cuando este emana del fervor del pueblo. En ese orden de ideas, meditar sobre garantías en el ámbito penal contribuye al desarrollo de los principios que colocan a la persona como el epicentro del actuar estatal en el marco del estado constitucional de derecho y de la democracia constitucional (Ferrajoli, 2010a).

Así las cosas, el garantismo penal es una teoría en constante evolución que requiere estar atenta para adaptarse a los cambios y a las necesidades sociales en un mundo sujeto a las diversas reestructuraciones sociales, políticas, económicas, tecnológicas, *inter alia*, con el fin de lograr una auténtica “filosofía crítica y no una mera recreación justificadora de los sistemas punitivos” (Prieto, 2011, p. 11).

En este orden de ideas, el garantismo penal conlleva a una revolución de lo formal a lo material en aras del sostenimiento de los derechos de la persona en el contexto del principio *pro personae*, la diversificación del acceso a la justicia y una fuerte demarcación en la teoría del derecho de los jueces.

ESTADO DEL ARTE

Aproximación conceptual al término garantía

A lo largo de la tesis del garantismo se ha venido empleando el término de defensa, de tutela y de protección para hacer

referencia a la estricta observancia con fines de preservación que recae sobre algo o de alguien. Paralelamente, también se ha venido empleando el término de garantía como sinónimo de seguridad, de salvaguardia y de preservación para asegurar la inmutabilidad de algo. Y es que, el término garantía abarca un imaginario tan amplio que resulta aplicable a cualquier disciplina sin importar el campo científico en el que se pretenda aplicar, razón por la cual, su vinculación en el Derecho es de forzosa aceptación. En términos generales la Real Academia Española (RAE, 2019) define la palabra garantía como: El efecto de afianzar lo estipulado; fianza; prenda; cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad; seguridad o certeza que se tiene sobre algo; compromiso temporal del fabricante o vendedor; por el que se obliga a reparar gratuitamente algo vendido en caso de avería.

Más exactamente en cuanto al Derecho se refiere, Machicado (como se citó en Jaramillo 2018, p.11) señala que una garantía es:

Una institución de Derecho Público de seguridad y de protección a favor del individuo, la sociedad o el Estado que dispone de medios que hacen efectivo el goce de los derechos subjetivos frente al peligro o riesgo de que sean desconocidos. Es una protección frente a un peligro o riesgo.

Una garantía ejerce una función de protección en la persona o en la sociedad frente a la intromisión del Estado o de los particulares (Machicado, 2013). Desde esa perspectiva y, atendiendo a los sujetos perceptores de la garantía, esta puede ser: 1) una

garantía individual –personal o real–, de la persona, que se encuentra amparada bajo una norma constitucional, una ley, un reglamento, en un contrato o en un convenio; 2) una garantía colectiva o social, que puede ser fruto de la ley, el reglamento o la costumbre. Por otra parte, desde un carácter más disciplinar la garantía puede ser político administrativa, constitucional, civil, comercial, financiera, entre otras.

Ferrajoli (2004b) la define como: “cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo” (p.29).

Como corolario de lo anterior, se puede concebir a la garantía como un instrumento mediante el cual se otorga la protección a un derecho subjetivo en el marco de un suceso jurídicamente relevante que desde la lógica reclama su reconocimiento como parte integral de dicho derecho y, por tanto exigible axiológica y jurídicamente (Fuentes, 2012).

Ahora bien, frente a una relación de poder desigual, los derechos de las personas infortunadamente están en riesgo perenne, por lo cual, la conceptualización de la garantía o más bien de las garantías en sentido de colectivización de derecho, se enarbola como bandera vigía dentro de la dinámica jurídico-social. La alta peligrosidad de que estos derechos sean desconocidos, están protegidos por las garantías que deben gozar de: 1) reconocimiento legal, 2) recursos jurisdiccionales para su reclamo y, 3) programación estatal para su especial protección en casos de desigualdad extrema.

Tipología según Ferrajoli

Ferrajoli se ocupó especialmente de hacer una delimitación tipológica de las garantías en torno a su expectativa jurídica,

ampliando la necesidad de entender el concepto en todas sus vicisitudes dentro de un marco teórico-legal de protección Estatal.

Inicialmente, distingue entre garantías positivas y negativas. Las primeras, hacen referencia a que el derecho subjetivo tutelado se convierte en una obligación de hacer que conlleva a que se genere una obligación a un sujeto para que este manifieste externamente su voluntad, bien sea, por respeto a la ley, por aceptación o por coacción en cumplimiento de dicho deber. Las segundas, hacen referencia a prerrogativas en forma de imperativos de prohibiciones impuestas por la norma positiva para la garantía de los derechos subjetivos. En otras palabras, lo positivo es deber de garantizar y lo negativo deber de respetar.

Ferrajoli (2004b) se ocupa de establecer la distinción de garantías primarias y secundarias. Las primeras se equiparan a la conducta humana, en forma de obligaciones de externalización voluntaria o de prohibición de un supuesto de hecho; las segundas, centran su punto básico en los deberes impuestos al órgano jurisdiccional de imponer castigos en caso de la presencia de casos de una tipología específica cuando afecten los derechos subjetivos de las personas.

Mientras que las garantías secundarias funcionan como una reacción a una conducta que violenta un derecho, es decir, son de carácter subsidiario y netamente coaccionante; las garantías primarias son de obligatorio cumplimiento *ipso facto*, subsistiendo aun así en ausencia de todo un sistema jurídico que judicialice estas conductas que las lesionen.

Para muchos autores, la garantía es un principio positivizado, pues solo así se convierten en obligatorias para el judicante y el legislativo, no es tampoco de extrañar esta postura paradigmática cuando en las entrañas del derecho penal liberal moderno se encuentra un principio de legalidad arraigado a un *civil law* que a la postre deja entrever la escuela exegética de la cual deviene.

No obstante, para la observancia del presente texto, queda la posición positiva crítica del jurista Luigi Ferrajoli, quien a consideración del mismo Ricardo Guastini (2005a), este se aleja mucho de dicho principio de legalidad al decir que el derecho siempre debe estar fundamentado por principios axiológicos, lo cual a la par es discutible en cuanto a la universalización e indisponibilidad de los principios y/o valores axiológicos en los cuales se fundamentare la norma, pero que *ad portas* de un análisis ponderativo, arroja un derecho que se debe alejar en ocasiones de este principio so pretexto de hacer un ejercicio de construcción jurídica creativa en cuanto a jerarquización axiológica fundada en principios de disociación y razonabilidad para la formación de actos *nomopoiéticos*. Aunque refiere Guastini (2007b), así mismo, que es menester del intérprete hacer un responsable ejercicio de identificación de lagunas axiológicas, para la formulación adecuada de un argumento en contrario que permita ser orientado así por la garantía que refiere, verbigracia: el principio en cuestión.

Los derechos humanos a través de la historia del derecho penal

Elaborar un concepto de los derechos humanos siempre ha sido una tarea que ha generado numerosos debates dado el

marcado relativismo cultural que aparejado con el fenómeno de la globalización, entre otros factores, exhiben la diferencia en el pensamiento sobre el ser humano entre oriente y occidente (Alexy, 1994). Además de ello, dicho relativismo impregna a las instituciones políticas, jurídicas, sociales y teológicas, inclusive, generando con ello más brechas para llegar a un entendimiento común de lo que son los derechos humanos y de la necesidad en promulgarlos así como de respetarlos y garantizarlos. Y es que, si de derechos de las personas se habla, entonces es necesario hacer mención especial a su carácter innato, inalienable, supremo, innegable y progresivo para vivenciar su garantía como un eje transversal que, en este caso, enfatizará en el derecho penal.

Guerra y Gómez (2014) afirman que:

Los derechos humanos 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)

En la voz de estos autores es claro que los derechos humanos son concebidos como un conjunto de bienes primarios que no pueden ser desconocidos y que obligadamente buscan potencializar el bienestar de la persona humana a través de garantías que bien pueden ser exigidas judicialmente desde el plano doméstico y el plano internacional. Desde esa óptica y enfocado a las ciencias jurídicas, los derechos humanos transversalizan

todas las ramas del derecho, de tal suerte que, ninguna norma, se escaparía del lente de estos a la par que, toda norma tendría sus fundamentos y sus garantías en estos; máxime, cuando una obligación primaria de los Estados es la de garantizar tales derechos.

Por su parte, en la teoría garantista de Luigi Ferrajoli (2004b) se observa un concepto de derechos fundamentales que evidencia su teoría acerca de la democracia constitucional, donde refiere que esta democracia tiene sus vicisitudes en torno a su formación y aplicación, por lo cual la divide en dos: 1) democracia formal y, 2) democracia sustancial. La primera, centra sus bases en la toma de decisiones democráticas y en la creación de políticas públicas; mientras que la segunda, enfatiza en el respeto y la protección de los derechos fundamentales.

El propósito principal del sistema garantista es dotar de eficacia y pleno cumplimiento a los derechos fundamentales. De esta forma, los derechos se configuran como vínculos sustanciales impuestos a la democracia política. En este tenor, existen los vínculos negativos generados por el derecho a la libertad, que ninguna mayoría o poder puede violar, y por otro lado están los vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer; estos forman la esfera de lo decidible e indecidible, actuando como factores de legitimación social del Estado constitucional, de acuerdo con el grado de cumplimiento de los mismos. (Aguilera y López, 2011)

De ahí que los derechos fundamentales son los derechos subjetivos que le atañen a la persona humana en razón de su dignidad

y que limitan la actuación del Estado al respeto de los mismos; ello si se quiere obrar legítimamente (Ferrajoli, 2004b).

Bajo este aspecto, el constitucionalismo representa el complemento del Estado de derecho, como una extensión que comporta la sujeción a la ley de todos los poderes, incluidos los de la mayoría, y por tanto la disolución de la soberanía estatal interna: en el Estado constitucional de derecho no existen poderes soberanos, ya que todos están sujetos a la ley ordinaria y/o constitucional. (Ferrajoli, 2004b, p.15).

Precisamente de esta estructura doctrinal, se puede observar que se desprenden los siguientes factores característicos:

1. Límite del poder soberano del Estado. Aquí el poder del Estado se ve limitado al respeto y garantía de los derechos de sus ciudadanos.
2. Promulgación de todo un andamiaje de reconocimiento internacional de derechos humanos mediante: cartas, pactos, declaraciones, convenios, conferencias y hasta por vía jurisprudencial en tribunales internacionales.

Mucho se ha debatido, pero entonces aquí es donde surge la pregunta: ¿Cuáles son los derechos fundamentales?, Ferrajoli plantea que a partir de esta pregunta que se presta para ambigüedades, se pueden distintas respuestas diferentes entre sí.

En primer lugar, se debe hacer una remisión a la teoría del derecho, dentro de la cual Ferrajoli (2006c) extrae que los derechos fundamentales son los que les pertenecen a las

personas sin distinción alguna y que por ende son innatos, indisponibles e inalienables. De tal forma, que plantea una visión muy general de lo que son estos, pues de plano presenta una delimitación conceptual, pero implícitamente hace referencia a la condición humana como medio realizador de las garantías y pone como posición garante la preservación de la misma contra todo tipo de acciones y/o situaciones que le contravengan.

De otro lado, el derecho positivo da una respuesta acérrima de la dogmática legal-constitucional. Ferrajoli (2006c) lo expone así:

Son derechos fundamentales, en el ordenamiento italiano o alemán, los derechos universales e indisponibles establecidos por el derecho positivo italiano o alemán. Son derechos fundamentales, en el ordenamiento internacional, los derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en los pactos internacionales de 1966 y en las demás convenciones internacionales sobre los derechos humanos. (p.117).

De forma que cada vez se tiene una visión más formal de lo que son estos, pero aún no se logra delimitarlos dentro de una teoría garante, valiendo una posición inexorable para la creación de todo un sistema jurídico alrededor de estos.

A partir de la inquietud planteada anteriormente, el jurista ítalo-francés refiere un mar de respuestas cognoscibles, que deviene explícitamente de la filosofía política, pues aquí no se va a hacer un análisis más normativo que asertivo. Para ello se pretende fundamentarlas en criterios racionales meta-éticos y

meta-políticos, pues solo así puede ser partícipe de la propuesta anteriormente referida. Para estos efectos, Ferrajoli (2006c) plantea que estos criterios axiológicos se deben dividir en tres:

El primer criterio, para el jurista, es el nexo entre los derechos humanos y la paz, que se dejan a la observancia en el preámbulo de la declaración universal de los derechos humanos de 1948. Deben estar garantizados como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz. El segundo criterio se ciñe a la relación desigualitaria a la que Ferrajoli –al mejor estilo de Marx, aunque haya distinciones grandes y graves– hace referencia a lo largo de su teoría: el papel de las minorías y su campo de acción en el ámbito jurídico. Principalmente hace una alusión a la relación entre derechos e igualdad, planteándose a la igualdad como parte de estos derechos, pero con el papel especial rector de garantía de derechos de libertad de igual forma para los mismos. Es entonces el mismo Ferrajoli quien en su obra máxime de desarrollo de la teoría garantista hace una relación breve y sustancial acerca del garantismo, la igualdad y la tutela de los derechos fundamentales. El tercer criterio axiológico al que Ferrajoli hace mención especial es el referente al papel de los derechos fundamentales como ley del más débil. Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia. (p.118)

En referencia al derecho penal, un hecho que hoy por hoy suscita el interés de los juristas, es la importancia que en los

códigos penales y procesales penales se le da a los derechos humanos como piedra angular del sistema justo. Por ejemplo, el Código Penal Colombiano (Congreso de la República de Colombia [CRC], 2000a) y el Código de Procedimiento Penal (CRC, 2004b) del mismo país, ambos en su artículo primero, respectivamente, consagran como principio rector el respeto a la dignidad humana. Seguidamente, el artículo 2 del Código Penal (CRC, 2000a) consagra el principio rector de integración a través del cual las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, hacen parte integral del código.

En el mismo sentido, el artículo 3 del Código de Procedimiento Penal (CRC, 2004b) establece el principio rector de la prelación de los tratados internacionales que exige que en la actuación penal debe prevalecer lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad. Seguidamente el artículo 10 de la misma norma reza que la actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia.

Por su parte, el artículo 4 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador (Asamblea Nacional de la República del Ecuador [ANRE], 2014) consagra que:

Las y los intervinientes en el proceso penal son titulares de los derechos humanos reconocidos por la Constitución

de la República y los instrumentos internacionales. Las personas privadas de libertad conservan la titularidad de sus derechos humanos con las limitaciones propias de la privación de libertad y serán tratadas con respeto a su dignidad como seres humanos. Se prohíbe el hacinamiento.

En ese mismo orden de ideas, el Código Penal de El Salvador (Asamblea Legislativa de la República de El Salvador [ALRS], 1997) en su artículo 2 establece el principio de la dignidad humana y señala que:

Toda persona a quien se atribuya delito o falta, tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. No podrán imponerse penas o medidas de seguridad, que afecten la esencia de los derechos y libertades de la persona o que impliquen tratos inhumanos o degradantes.

El artículo 2B del Código Penal de Honduras (Congreso Nacional de Honduras [CNH], 1983) dispone que: toda persona a quien se atribuya un delito o falta tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. No podrán, en consecuencia, imponerse penas o medidas de seguridad que impliquen tratos inhumanos o degradantes.

De lo expuesto se observa como se ha generado lo tendiente en humanizar el derecho penal, a través del reconocimiento de los derechos humanos como eje transversal y exigencia jurídica que obliga a incorporar dentro de las actuaciones penales todas las normas del derecho internacional de los derechos humanos en

aras de establecer un juicio justo al procesado lleno de garantías que se derivan del compendio constitucional amplificado del Estado, sea por vía de la dignidad o del derecho internacional.

Sin embargo, no sobra mencionar que a lo largo de la historia en el derecho penal las cosas no han sido siempre así. Tomó siglos llegar al estadio que se expuso anteriormente y, por ello, se han establecido diversos sistemas penales en torno a la humanización siempre progresiva del mismo. No obsta esto para mencionar que en la dogmática penal han emergido dos grandes tendencias teóricas que marcarían el devenir histórico de los delitos y de las penas. El derecho penal liberal y el derecho penal del enemigo, teniendo al primero como el pregonero del garantismo desde sus prolegómenos hasta su materialización; mientras que el segundo, se aborda con una crítica certera por ser la bandera enarbolante que dio vía libre a la trasgresión masiva de los derechos humanos (Fernández, 2007).

Crítica al derecho penal del enemigo

Para el establecimiento de un derecho penal del enemigo y toda la trascendencia que ha tenido en la historia, hay que hacer uso de la dogmática básica. Francisco Muñoz Conde (2008a) hace alusión especial al derecho penal del enemigo como un derecho más allá del Estado de derecho, a consideración propia, un peligro inminente por donde se le quiera apuntar.

Es claro que cada época goza, de autodeterminación, como consecuente de la mera liberalidad de establecerse dentro de una ideología, pero un sistema penal basado en la discriminación, el prejuicio y la inhumanidad, de ninguna forma puede

hacer parte de un ordenamiento jurídico que pregone la garantía de los derechos. Más allá de la legitimidad, rechaza este el concepto de dignidad humana, principio rector por excelencia del derecho penal.

El derecho penal del enemigo, a grandes rasgos, plantea una distinción entre el ciudadano y el enemigo, imponiéndose este último como un enemigo del Estado, y ante tal cualidad este debía ser perseguido a como dé lugar, así esto correspondiera en violaciones abiertas a las garantías procesales y hasta a los derechos de los mismos, sin hacer mención amplia tampoco del alto albedrío de discriminación que deja a la liberalidad ideológica este sistema de *no derecho*.

Para Muñoz Conde (2008a), el derecho penal del enemigo abre las puertas para un poder punitivo ilimitado y deja entonces al Estado listo para hacer hincapié en un modelo totalitario y déspota, en el cual el desconocimiento y desprecio por los derechos del procesado es la regla base, al hacer mayor énfasis en el injusto repudiable y la situación de la víctima.

Con el concepto Derecho Penal Simbólico se hace referencia a aquella criminalización desproporcionada y oportunista, en muchos abiertamente pensada para no tener aplicación práctica, que se aparta de los fines tradicionales de la pena empleando a la sanción penal como un medio para transmitir a la población señales que den cuenta de la existencia de una autoridad estatal fuerte y decidida a reaccionar con firmeza en contra de aquellos actos reprobados por la mayoría. (Núñez, 2009, p.395)

Los prolegómenos del derecho penal del enemigo que algunos refieren, no son más que interpretaciones vacías y fuera de contexto a partir de obras doctrinales, pues como el mismo Daniel Pastor (2000) refiere, el concepto de enemigo no es nuevo, y desde antaño se ha podido evidenciar que en algunas civilizaciones, las garantías procesales en materia criminal no eran uniformes a todos los procesados

Línea roja del pensamiento alemán

La llamada línea roja del pensamiento alemán es un antecedente inmediato a la formación del derecho penal del enemigo (Bung, 2006). Se tiene a Jackobs como el que introdujo el concepto del derecho penal del enemigo, pero no es el único responsable, pues este solo se ha conocido como el máximo exponente de la ideología además de bautizarla; pero desde el mismo Vormbaum, hasta Francisco Muñoz Conde, reconocen que las ideas del derecho penal del enemigo devienen de tiempo atrás.

Otros autores como Daniel Pastor (2000), en su obra: *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho penal internacional de los derechos humanos*, establece los antecedentes históricos del derecho penal del enemigo en las ideas de las reflexiones *iusfilosóficas* del derecho natural racional e ilustrado, ante la necesidad de aplicar el derecho penal del enemigo. Notablemente, Pastor se va un poco más atrás en la historia y este relaciona que todo nace en la Roma clásica, cuando en la época de la República era válido juzgar sin apego a la ley a los enemigos de la misma.

Retomando la llamada línea roja del pensamiento alemán, cabe anotar que la dogmática jurídico penal alemana elabora una teoría general de imputación, donde se fundamentó entonces la responsabilidad penal, que a posteriori daría nacimiento a teorías como la causalista, finalista y funcionalista de la dogmática jurídico penal en torno a figuras como: la tipicidad, antijuridicidad del hecho y hasta la culpabilidad del autor.

Nótese que Liszt, Jiménez y Saldaña (1929) plantearon que el derecho penal debía ser como la muralla de la política criminal, a través de la cual, se debía acabar con la criminalidad en una versión maquiavélica en la cual el fin justificaba los medios. De lo cual la negación de garantías objetivas era predicable para aquel que con cuya conducta causara males públicos sujetos a juicio de reproche. De ahí se deriva la teoría de inocuización, en cuanto a la aplicación de prisión perpetua o servidumbre penal para estos sujetos de *no derecho*.

Contrario a Liszt, Binding (1927) abogaba por la correlación entre pena y culpa, de ahí que predicaba un tipo de equivalencia de la pena al injusto cometido, pero en la cual una cadena perpetua o una pena de muerte eran viables en la reincidencia o en conductas definidas por ley. Por otra parte, se tiene el pensamiento de Radbruch (1965) <Ex Ministro de justicia de la Alemania Nazi>, quien propuso el prolongamiento de la medida de seguridad después del cumplimiento de la pena para los delincuentes habituales.

Sin perjuicio de lo anterior, se considera que la elaboración del derecho penal del enemigo tomó mayor auge con la ley de

extraños a la comunidad que imponía penas de esterilización y castración, entre otras (Muñoz, 2002b).

A partir de esto, es menester, como último rasgo de los antecedentes históricos, hacer una mención especial a la teoría amigo-enemigo de Carl Schmitt. El politólogo diferenciaba entre dos tipos de ciudadanos: amigo y enemigo, dándoles a cada uno un tratamiento jurídico diferenciado.

Aquí se excluía a los enemigos de la vida jurídica, los nazis le llamaban *subhumanos*. Schmitt relacionó esta definición de los grupos sociales con los judíos, a los que denominó “parásitos culturales”, cuando escribían sobre derecho especialmente y hacían parte de la cultura jurídica; señalando entre —J—, para determinar que la cita a la que se hacía referencia era de un judío.

De esta manera se finaliza una breve relación histórica-dogmática de lo que fuere en un futuro una materialización aberrante del derecho penal del enemigo, dentro de los peores capítulos de la historia para la humanidad, fungiendo esta teoría jurídico penal como gestante de esta agravante ideología.

El derecho penal del enemigo de G. Jackobs

En octubre del año 1999, en Berlín, Gunther Jackobs anuncia una distinción entre el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo, dejando de lado en el derecho penal del enemigo, los principios básicos del derecho penal en un Estado de derecho. La mayoría de autores han rechazado esta teoría, señalando que el derecho penal del enemigo no es necesario, ni

mucho menos viable, pues contraviene los principios del Estado de derecho y de plano los derechos humanos.

La exclusión del enemigo que hace Jackobs, para determinar a cierto compendio social como *no personas*, es altamente peligrosa para la consistencia constitucional y el desarrollo pleno de la dinámica socio jurídica, atenta contra el principio de la dignidad humana en concordancia con diversos principios como el de la libertad, culpabilidad, favorabilidad y hasta el debido proceso atendido al de legalidad –aunque este sea también discutible a la luz de la legitimidad frente al garantismo–. Se deja por sentado –al igual que Eser– que nadie tiene el poder para determinar quién es o no, un buen ciudadano.

Francisco Muñoz Conde, al igual que Eser y muchos autores más, a lo largo de la historia, han presentado su discordia –además de su molestia– con respecto a esta teoría pues no conciben como posible que personajes tan ilustrados y reconocidos en la dogmática jurídico penal alemana y su historia reciente, hayan colaborado para promover proyectos de ley atinentes a esta tesis, conociendo aun así su alto nivel de peligrosidad.

Tanta razón acoge, que el mismo Cancio y Jackobs (2003a) reconoce a esta teoría como desagradable, pero de una forma cínica y hasta irracional, lo declara necesario e inevitable. Según Cancio y Jackbos (2003a) el derecho penal del enemigo se caracteriza por:

1. Aumento desproporcional en la gravedad de las penas y la implementación de medidas draconianas.

2. La abolición o reducción al mínimo nivel posible de las garantías de las personas que se vean envueltas dentro de un proceso penal.
3. Criminalización de algunas conductas que realmente no ponen en riesgo o en peligro un bien jurídico tutelado de manera especial por el derecho penal o inexistente.

El derecho penal del enemigo de Jackobs se centra en las funciones de la pena y destaca la existencia –a raíz de esto– de una distinción social innecesaria, pero real. Este derecho está dirigido –según Pastor a modo de mera descripción– hacia el trato jurídico que deben recibir las personas de manera duradera y persistente rechacen la legitimidad del orden jurídico y pretendan destruirlo. Mientras que el derecho penal del ciudadano es aplicado por el Estado para aquellos autores cuyo crimen no pone en peligro la subsistencia del ordenamiento jurídico. Cancio y Jackobs (2003a) afirman que el fin del derecho penal del enemigo es neutralizar un peligro.

Siendo así, es factible caracterizar al derecho penal del enemigo de esta forma:

- Aumento desproporcionado del poder punitivo del Estado. Casi que ilimitado.
- Perspectiva prospectiva, basada en la peligrosidad. Acto meramente irracional.
- Incremento irracional de pena y su papel icónico-figurativo dentro del sistema social.
- Supresión de las garantías procesales.

- Violación de los principales principios del derecho penal.
- Proliferación irracional de verbos típicos.
- No distinción entre autoría y participación.
- Inclusión de un elemento inquisitivo.
- Habilitación de: espías, agente provocador, testigos y jueces anónimos.
- Presencia de tipos penales de mera conducta y no de resultado.
- Tutela bienes jurídicos colectivos.
- Se da adelantamiento de la punibilidad del acto previo o preparativo.

Todo esto, no es más –en concordancia con Muñoz– que una persecución irracional y desesperada contra un grupo social al que determinaron “enemigo”. Jackobs se refugió en teorías de grandes iluministas como Kant para determinar la necesidad de hacer una distinción; pero equivoca su camino al usar el medio de distinción y sublevarlo únicamente a la consideración humana, de por sí sesgada en ese entonces por factores como el racismo, xenofobia y en general la intolerancia por la diversidad (Cancio y Gómez, 2006b).

Y es que es una actividad completamente irracional y *contra-kan-tiana*, determinar a las personas *no personas* en aras de criminalizarlas. A pesar de las disertaciones que Cancio y Jackobs (2003a) señalaron como: el carácter de necesidad, la imposibilidad de prevención y la imposibilidad de que todo sea jurídico; esta última porque todos los enemigos no estaban sometidos

al derecho, sino a un régimen de persecución. Entonces no es aceptable que se tenga como ley, una ideología que *per sé* reconoce sus sesgos e imperfecciones en aras de un fin utópico y poco fundamentado en su nexo causal con la acción, como lo es la seguridad pública; pues nadie comprobó –ni antes, ni coetánea, ni después– que la aplicación del derecho penal del enemigo, fortaleciera la seguridad colectiva. Atrevidamente señaló que solo empeoró el panorama nacional y en el caso de Alemania, con repercusiones a nivel histórico mundial.

El derecho penal del enemigo que plantea Jackobs (como se citó en Cancio y Gómez, 2006c), abre la puerta al derecho penal ilimitado, pues criminaliza hasta la simple disidencia o expresión extremista, llevando todo a un estilo de sistema de penalización draconiano, donde hasta el mismo Jackobs lamenta las consecuencias, pero aun así reitera su carácter necesario.

Ante esta terca posición por parte de Jackobs, el mismo Eser no le da ninguna prerrogativa, pues lo condena so pretexto de que es su teoría la que legitima y defiende la necesidad de un derecho penal del enemigo, siendo un poco descarado después señalar que le importan las consecuencias que este genere. Al respecto Muñoz Conde (2008a) reconoce que esta teoría fortalece al Estado totalitario.

Jackobs hace alusión implícita a Maquiavelo en su frase célebre el fin justifica los medios; estas tesis desconocen abiertamente el Estado de derecho y los derechos humanos no solo en el contexto jurídico, sino también en el ámbito cultural, social y económico.

La violación abierta y sistemática de los derechos humanos se ven reflejados en la teoría sobre los tratos al enemigo en el derecho penal del enemigo, delimitada conceptualmente por Pastor (2000). Este autor establece que el derecho penal del enemigo tiene sus puntos de trato hacia el denominado enemigo en torno a dos puntos: 1) el tratamiento directamente bélico, o 2) pseudo-jurídico.

El tratamiento directamente bélico es la fidedigna prueba de un derecho guerrerista, de un *ius puniendi* basado en *ius penale* que a su vez tiene como punto de partida una lucha en contra de un determinado compendio social y que patrocina la persecución discriminada. El método de destrucción del adversario es la concepción más cercana que encuentra Pastor para describir este tratamiento hacia el enemigo; no hay instancia judicial determinada para establecer un proceso permeado de garantías –que *per sé* no hay– e insta a que el Estado lleve a su cargo prácticas por fuera de la esfera del derecho.

El tratamiento pseudo-jurídico, a crítica de plano, solo es una apología a instancias en la historia como el clásico Antígona, un tato bélico y guerrerista (sacado de contexto) ‘maquillado’ de instancia judicial en la cual no se tiene como base iusfundamental ningún tipo de garantía para el procesado. En el entender de Pastor (2000) es un poder punitivo desenfrenado.

En la actualidad, no se puede concebir en ningún sistema penal un módulo referente al derecho penal de autor, aunque es plausible y hasta normal encontrar atisbos o lastre de este mismo en sistemas penales de carácter internacional, so pena de que algunos otros encuentren en estos mismos las excepciones

del trabajo adecuado y asertivo de estos tribunales en materia de anulación de leyes y regulación garantista discrecional.

Haciendo una lectura crítica, pero ante todo expositiva, a partir de los puntos básicos que sentó el texto de Pastor, se llega a aseverar que la crítica hacia el derecho penal del enemigo y su inminente perjuicio para riesgo de los derechos humanos gira en torno a los siguientes tópicos:

- El *ius puniendi* que deriva del derecho penal del enemigo, contiene herramientas contrarias a todo sistema constitucional a la luz de la teoría neoconstitucionalista y mínimamente garantista de los derechos de las personas; por ende, es contrario a los principios fundamentales del Estado social de derecho.
- El derecho penal del enemigo viola uno de los principios básicos que a lo largo de la historia han preponderado en las teorías penales; y es que este no goza del carácter de *ultima ratio*. El derecho penal debe ser de carácter subsidiario, no la principal herramienta de acción coercitiva del Estado.
- El derecho penal del enemigo viola los principios tendenciales de un sistema penal de acto, esto no garantiza de ninguna forma su efectividad dentro del carácter teleológico del derecho penal.
- El derecho penal del enemigo carece de toda naturaleza jurídica. Es sencillamente una aberración total e irresponsable de lo que debería ser el poder coercitivo del Estado.

- A lo largo de la historia se ha podido comprobar que el derecho penal del enemigo no controla el lastre que este mismo deja, carcomiendo los principios del Estado de derecho, extendiéndose así incluso sobre los denominados ciudadanos, difuminando la línea divisoria que funge como premisa general de la cual parte el silogismo entero que denominado derecho penal de autor. El peligro es incalculable.
- El derecho penal del enemigo no respeta el Estado constitucional de derecho, ni el Estado social de derecho, ni el Estado de derecho; ninguna teoría iluminista va en concordancia con este, a pesar de que se hayan hecho en la historia apuntes descontextualizados de teorías propias de la modernidad gnoseológica.
- La autoridad moral que tiene como pregonera esta formalidad del derecho penal, permite la supresión ilimitada de bienes y derechos, fungiendo como una expansión aberrante del poder punitivo.

De todas formas, al hacer una valoración jurídico positiva de lo que es arquetípicamente un sistema penal en el que se busca investigar, procesar, acusar, castigar y resocializar al actor de un delito, se puede afirmar que un derecho penal del Estado que no respete el mínimo de garantías a *lato sensu* de derechos humanos, es un derecho penal ilegítimo y representa para el plano socio-jurídico una realidad horrorosa y condenable de todas las formas plausibles de vida digna en una democracia constitucional. La teoría penal y la sociedad en conjunto, tienen el deber de erradicar todo lastre de estos sistemas penales inquisitivos; se hace cada vez más amplia la necesidad de suprimir

las reglas y usos penales *antiliberales*, pues no se puede vivir en un estado de emergencia perenne.

Necesidad de inclusión del garantismo dentro de un sistema penal

El carácter funcional depositado dentro de las teorías jurídico penales hacen exigibles, ante la dinámica sociológica, una adecuación proporcional de estos avances en materia de filosofía del derecho a la realidad jurídica vivida; de esta coyuntura entonces es que nacen las teorías que pretenden explicar desde los prolegómenos de una corriente iusfilosófica del derecho, hasta su propuesta crítica de filosofía del derecho como litigio social.

Frente a un panorama desolador como lo es la ley penal valorativamente inválida, el derecho –sobre todo en materias altamente humanistas como el derecho penal– se debe plantear tomar de esa ruptura derecho-realidad, los atisbos básicos para la generación de debates de reflexión jurídica y la reducción de toda la discusión desde iniciar en un plano jurídico para terminar en debates desde la sociología hasta las ciencias políticas y teorías filosóficas del derecho; el abandono de un debate jurídico deja a la observancia, un avance en cuanto a la confusión del ser con el deber ser, lo cual ofrece un claro examen de legitimidad de la norma en cuestión, y es que cuando no es viable atender a argumentos jurídicos para la defensa y ministerio de la subsistencia de una norma, todos los argumentos que se susciten alrededor de este enfoque se convierten en falacias a la luz de la construcción jurídica creativa como medio de resolución de conflictos jurídico-sociales.

La necesidad de pasar de un discurso legitimante de una idea jurídico penal de perenne emergencia, a un discurso de ataque a esta tesis y la promulgación de tesis deslegitimadoras, son el inicio para la superposición de un cambio de paradigma en temas de derecho. La garantía de los derechos, como objeto sujeto a estudio, entonces se vería planteada desde el ámbito de la crítica iusfilosófica como salida perfectible y/o propuesta ante el estado de transmutación que debiere vivir el ordenamiento jurídico-penal.

La inclusión del garantismo no solo se plantea como uno de los objetos sujetos a debate en toda la teoría neoconstitucionalista, sino que se enarbola en la asta de una bandera que atañe bajo sus vestiduras el nuevo siglo y la maduración de las ideas iluministas de la etapa moderna, en una sociedad medianamente estable desde el punto de vista humanista.

Entonces es plausible que la crítica jurídica misma se reivindique en sus principios rectores para comenzar a reinstitucionalizar un derecho penal que pregone a la garantía de los derechos como su vigía en el ordenamiento social frente a dos actores como lo son: 1) el sujeto de derechos frente a la represión social y estatal, 2) los bienes jurídicos más preciados para el sujeto referido.

La importancia del modelo garantista en el derecho penal, traído a colación por Luigi Ferrajoli, recobra su ámbito injerencia máxima cuando esta misma teoría dentro del sistema se constituye 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, 1989d, p.34)

El garantismo entonces se constituye como garantía, bajo el entendido de que esta misma se autocorrige como un sistema independiente del derecho y que a su vez conlleva al derecho o lo encamina dentro de una valoración jurídico-axiológica para: 1) favorecer el carácter justicial del derecho penal, 2) erradicar –o intentar erradicar– el lastre anómico de un sistema que regula a una sociedad *per sé* desviada.

Desde estos puntos bajo análisis, se observa que la constitución de la inclusión formal del garantismo en un sistema penal formalmente, no solo tiene como consecuencia la pena en su sentido estrictamente retributivo, sino en su sentido limitador y regulatorio del proceso de castigo criminal; supone esto el erigimiento de un derecho penal razonable y proporcional. Por todo esto la confrontación de supuestos formales positivos supra ordenados a supuestos axiológicos extra jurídicos y la configuración de un *ius penale* que responda a la limitación de sus fuentes legítimas de promulgación (principios del Estado constitucional), representan un verdadero derecho penal garantista.

La esencia del garantismo penal

Enseña Ferrajoli (1989d) 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).

La garantía de los derechos bajo la luz de la teoría garantista penal, se ciñe bajo la lógica del límite inviolable que determina el marco del cual se puede hacer cognoscible una esfera de actuación dentro de la sociedad –amorfa socialmente *per sé*– dentro de los lineamientos básicos en torno a las libertades que trata el derecho penal, por lo menos en su sentido más amplio.

El derecho ha abandonado su papel de racionalizador, crítico de la legalidad unidimensional del Estado legislativo ¿el Derecho, derivando entonces de la nueva realidad normativa que brinda el modelo garantista de la democracia constitucional? La obligación para el legislador de disponer los medios necesarios para procurar la satisfacción de las expectativas generadas por este. Parece indiscutible que el objeto de abordaje del Derecho Penal (Rafecas, 2005).

Entonces es donde es necesario apartarse de un estudio meramente formalista de la norma penal, para abordar un estudio en torno a la materialización del mismo, lo más cercano al análisis y carácter tridimensional del pensamiento jurídico (Goldschmidt, 1976). Insta esto para delimitar la praxis del garantismo en cuanto a derecho penal refiere, en cuatro aspectos iusfundamentales básicos para el pleno desarrollo de la misma:

- 1) La conformación de un cuerpo jurídico penal limitado a unas garantías mínimas,
- 2) La interpretación favorable al principio de humanidad,
- 3) El control social-criminal mínimo y proporcional, y
- 4) Práctica política de prevención.

Partiendo de una idealización mínima garantista dentro de los albores de las ideas de la ilustración, se puede racionalizar la tarea imperativa del derecho penal, atenuando todas sus vicisitudes y ciñéndolo a la formalización jurídica de ideas liberales e igualitarias, teniendo –según palabras expresas de Ferrajoli– como punto mayor de importancia la libertad personal, frente a intervenciones policiales o judiciales arbitrarias.

El garantismo penal, presente en la teoría de Luigi Ferrajoli, está estrechamente relacionado a la clásica escuela del pensamiento de un derecho penal liberal y su carácter de *ultima ratio* como medio plausible para la minoración del poder punitivo del Estado, estos adentrándose taxativamente en el estricto sometimiento de las autoridades, es decir, a las normas constitucionales que regulan los procesos penales: garantías penales sustanciales y garantías penales procesales.

Referente a las garantías penales sustanciales, se encuentra una política criminal orientada hacia la restricción de los tipos penales, ciñéndose únicamente a las conductas volitivas, y conativas exteriorizadas que atenten amplia, inminente y gravemente a los bienes jurídicos más preciados para la persona humana o en últimas, el Estado. Aquí es posible englobar a los principios de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad.

Las garantías penales procesales se desencadenan de las anteriores, pues los parámetros de un proceso van diligenciados de la mano a una manifestación soberana de carácter imperativo. Mediante estas se busca minimizar el poder judicial irracional, pues se busca inicialmente enmarcar el arbitrio y la

discrecionalidad dentro del marco del respeto de los derechos. De estas, se pueden mencionar los principios de: contradicción, presunción de inocencia, paridad entre acusación y defensa, separación rígida entre juez y acusación, carga de la prueba para el que acusa, oralidad y publicidad del juicio, juez natural e independencia interna y externa de la judicatura.

MÉTODO

Para el desarrollo de este tema se optó por implementar el paradigma hermenéutico por cuanto ofrece un método que se distancia de la reducción naturalista para ahondar en la interpretación de los fenómenos atendiendo a las realidades múltiples que se presentan (Fuentes, 2002) y, que le impone al investigador el deber de analizar, entender y comprender la forma en como los acontecimientos se presentan y se desarrollan. En otras palabras, habilita el conocimiento sobre las expresiones humanas en todos sus niveles, espacio y tiempo (Mendoza, 2003).

Por otra parte, se consideró importante el empleo del enfoque cualitativo por cuanto este tiene como objetivo la descripción de las cualidades de un fenómeno y propende por el entendimiento a profundidad del objeto de estudio desde una mirada holística, inductiva y subjetiva que evita desvalorizar los componentes de la realidad que estudia. Su fin no es generar una verdad irrefutable por cuanto reconoce la diversidad y la pluralidad de las formas en las que se presenta la realidad, entendiendo que estas varían en el tiempo y el espacio.

En relación con la tradición de la teoría fundamentada, se optó por este diseño dado que crea conceptos y descriptores mediante el

auxilio de los datos de las teorías generales y sustantivas (Sautu et al., 2005). En su quehacer la teoría surge desde la inducción apoyada en la realidad, de ahí que, aquella, logre ampliar el conocimiento hacia un tipo de acción significativa (Strauss y Corbin, 2002).

DISCUSIONES Y CONCLUSIONES

Sin duda alguna, la parte que más le incumbe a la teoría del garantismo, es el derecho penal. El componente humanista que en el derecho solo posee la materia penal, lo permea de vicisitudes en torno a la necesidad de protección individual, pero también la misma desencadena la necesidad de protección colectiva, que se da por medio de la represión criminal. El ciudadano —en clara postura de *despoder*— se conjuga dentro de la oración del uso de la vida política propia con un rol vulnerable, lo cual hace necesario, bajo la luz de las teorías más humanistas posibles, la garantía mínima de sus bienes jurídicos más preciados.

El garantismo tiene una carga gramatical y semántica más plausible en torno a la tutela de los mismos derechos y las libertades de las personas. “Por otro lado, el ulterior significado de garantismo es aquel que del primero constituye su corolario obligado, que concierne siempre a una específica tutela o protección, y que encuentra su terreno específico en el más amplio ámbito de los derechos de las personas, entendido en su acepción más lata” (Rentería, 2011).

Entonces surge la delimitación diagnóstica de Bobbio (1997), pues este planteaba que la fundamentación de los derechos de las personas es la parte accesible para la razón jurídica; lo que

constituye un verdadero reto es la garantía de estos derechos como un último del pensamiento y la praxis jurídicas.

El garantismo se ciñe a dos ámbitos de su potestad teórica: a *stricto sensu*, el del garantismo penal, y a *lato sensu*, el del garantismo de los derechos en sentido general. A partir de esta presentación teórica, surgen los tres modelos de interpretación del garantismo según Luigi Ferrajoli: como modelo de Derecho visible en la propuesta del Estado constitucional de Derecho; “como teoría jurídica de la validez en cuanto categoría distinta de la de vigor” (Rentería, 2011, p.157) y como filosofía política como principio fundante del Estado con su compendio de instituciones políticas; todos esos girando en torno a una sola finalidad: la garantía de los derechos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilera, R. y López, R. (2011). “Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli. En: *“Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos”*. ISBN: 978-607-02-2489-8

Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa.

Asamblea Legislativa de la República de El Salvador (1997). *Código Penal de El Salvador: Decreto 1030*. San Salvador, El Salvador.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2014). *Código Orgánico Integral Penal del Ecuador*. Quito, Ecuador.

Binding, K. (1927). *Compendio di diritto penale*. Roma: Athenauem.

- Bobbio, N. (1997). *L'Età dei diritti*. Torino: Einaudi.
- Bung, J. (2006). “*Feindstrafrecht als Theorie de Normgeltung und der Person*”, HRRS, p.69.
- Cancio Meliá, M. (2003a). “¿Derecho Penal” del Enemigo?” En: Jakobs, Günther; M. Cancio Meliá, *Derecho Penal de Enemigo*. Madrid: Editorial Thompson Civitas.
- Cancio Meliá, M. y Gómez-Jara Díez, V. (2006b). *Derecho penal del enemigo*. Montevideo: B de F.
- Cancio Meliá, M., Gómez-Jara Díez, C. (2006c). Derecho Penal del Enemigo, el discurso penal de la exclusión, Vol. 1, D de F.
- Congreso de la República de Colombia. (2000a). Código Penal Colombiano: Ley 599. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2004b). *Código de Procedimiento Penal Colombiano: Ley 904*. Bogotá, Colombia.
- Congreso Nacional de Honduras. (1983). *Código Penal: Decreto 144-83*. Tegucigalpa, Honduras.
- Fernández Carrasquilla, J. (2007). *Derecho penal liberal de hoy*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Ferrajoli, L. (1989d). *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2004b). *Derechos y garantías: La ley del más débil*. 4a. ed. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006c). Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(15) doi:<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2006.15.5772>

- Ferrajoli, L. (2010a). *Garantismo penal*. México: Isonomía No.
- Fuentes, E. (2012). *Reconstruyendo la filosofía jurídica: estudio crítico de las postulaciones de Luigi Ferrajoli y Jürgen Habermas*. Editorial Jorge Tadeo Lozano.
- Fuentes, M. (2002). *Paradigmas en la investigación científica: fundamentos epistemológicos, ontológicos, metodológicos y axiológicos* [Documento en Línea]. Disponible: http://www.quadernsdigitals.net/datos_web/hemeroteca/r_1/nr_19/a_261/261.htm
- Goldschmidt, W. (1976). *Introducción filosófica al Derecho - La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. Editorial Depalma.
- Guastini, R. (2005a). *Tres problemas para Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta.
- Guastini, R. (2007b) "Sobre el concepto de Constitución", en "Sobre los derechos fundamentales". En: M. Carbonell (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta.
- Guerra, D. D. J. A., & Gómez, G. I. R. (2014). *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.
- Jaramillo Celi, D. A. (2018). *La afectación a la libertad como bien jurídico protegido en los problemas de adicciones* (Doctoral dissertation). Quito: Universidad de Los Hemisferios.

- Liszt, F., Jiménez de Asúa, L., & Saldaña, Q. (1929). *Tratado de derecho penal*. Madrid: Editorial Reus Editores.
- Machicado, J. (2013). *¿Qué es una Garantía?* Obtenido de Apuntes Jurídicos: http://jorgemachicado.blogspot.com/2013/07/que-es-una-garantia_4536.html
- Mendoza, V. (2003). *Hermenéutica Crítica. Razón y Palabra* [Revista en Línea], 34. Disponible: <http://www.razonypalabra.org.mx>.
- Muñoz Conde, F. (2002b). *El proyecto nacional socialista sobre el tratamiento de los “extraños a la comunidad”*.
- Muñoz Conde, F. (2008a). *De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Núñez Leiva, J. I. (2009). Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario. *Política Criminal*, 4(8), 383-407. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992009000200003>
- Pastor, D. (2000). *Encrucijadas del derecho penal internacional*. Bogotá: Editorial U. Javeriana.
- Prieto Sanchis, L. (2011). *Garantismo y derecho penal*. Madrid: lustel.
- Radbruch, G. (1965). *Vorschule der Rechtsphilosophie*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- Rafecas, D, E. (2005). “Una aproximación al concepto de garantismo penal”. Extraído en “Lecciones y Ensayos”. UBA, Tomo 80. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.

Rentería Díaz, A. (2011). Garantismo y Neoconstitucionalismo. *Derechos y libertades*, 25, 145-178.

Sautu, R., Boniolo, P., Dalle, P. y Elbert, R. (2005). *Manual de metodología*. Buenos Aires: Colección Campus Virtual.

Strauss, A. & Corbin, J. (2002). *Bases de la investigación cualitativa. Técnicas y procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada*. Bogotá: Editorial Universidad de Antioquia.

Cómo citar este capítulo:

Aníbal Guerra, D. de J., Llinás Torres, C. y Maiguel Donado, C. A. (2020). Derecho penal y garantismo. En: D. de J. Aníbal Guerra y C. del C. Llinás Torres, (Comp) *Realidades contemporáneas desde el enfoque de los derechos humanos*. (pp.11-50). Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.