



TEMAS Y PROBLEMAS ACTUALES DE DERECHO PENAL: EL GARANTISMO
PENAL

JUAN PABLO MORANTE GÓMEZ

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS
CARTAGENA DE INDIAS

2011

TEMAS Y PROBLEMAS ACTUALES DE DERECHO PENAL: EL GARANTISMO
PENAL

JUAN PABLO MORANTE GÓMEZ

Informe Monográfico presentado como requisito para optar por el título de
Abogado

Dr. Yezid Carrillo de la Rosa
Asesor

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS
CARTAGENA DE INDIAS

2011

Nota de aceptación

Jurado

Jurado

Cartagena de Indias D. T. y C. Julio de 2011

A mi familia

AGRADECIMIENTOS

Quisiera agradecer al Departamento de Investigaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena y en especial al Dr. Yezid Carrillo y a Berta Castellanos por sus significativos aportes a esta investigación y a mi formación como persona e investigador. También al Grupo de Investigación Teoría jurídica y derechos fundamentales “phrónesis”, así como a todos mis compañeros que me han acompañado en este camino.

Contenido

1	SOBRE EL DEBATE DEL NEO-CONSTITUCIONALISMO Y EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR: EL CASO DE LA POLÍTICA CRIMINAL.....	9
1.1	Libertad de configuración legislativa en política criminal: argumentos del constitucionalismo popular.....	10
1.2	Los derechos fundamentales de cara a la legislación penal: argumentos del neo-constitucionalismo.....	13
1.3	Control de constitucionalidad en política criminal.....	15
1.4	El principio de proporcionalidad: una posible respuesta del neo-constitucionalismo.....	18
1.4.1	Subprincipio de idoneidad.....	21
1.4.2	Subprincipio de necesidad.....	22
1.4.3	Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.....	22
1.5	A manera de conclusión.....	23
2	PLURALIDAD JURÍDICA Y JUSTICIAS PENALES PARALELAS EN COLOMBIA.....	25
2.1	Derecho, Estado y territorio.....	25
2.2	Pluralidad jurídica en Colombia.....	28
2.3	Conclusiones.....	33
3	EL <i>GARANTISMO PENAL</i> Y LA PROPUESTA POLÍTICO-CRIMINAL DE UN <i>DERECHO PENAL MÍNIMO</i>	35
3.1	Política criminal, concepto y precisiones.....	36
3.2	Derecho Penal Mínimo y Política Criminal.....	37
3.3	Aplicación de los principios del sistema garantista en la política criminal de un derecho penal mínimo.....	41

3.3.1	Nulla necessitas sine iniuria	42
3.3.2	Nullum crimen sine lege	44
3.3.3	Nulla lex (poenalis) sine necesítate.....	45
3.4	Consideraciones finales sobre la función crítica de una propuesta político-criminal de un derecho penal mínimo.....	46
	GUÍA DE LECTURA	47
	BIBLIOGRAFÍA.....	48

1 SOBRE EL DEBATE DEL NEO-CONSTITUCIONALISMO Y EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR: EL CASO DE LA POLÍTICA CRIMINAL.

La justificación de la legitimidad de la justicia constitucional, siempre tendrá en su quehacer, la explicación de la compleja relación entre supremacía constitucional —en manos de los jueces— y democracia, así como la forma en que estas dos exigencias, coexistan de manera pacífica al interior de todo modelo de organización política con pretensiones de legitimidad.

El debate sobre la legitimidad de la justicia constitucional, tiene principalmente dos actores, el neo-constitucionalismo, por un lado, y el constitucionalismo popular, por el otro; el primero como defensor de los tribunales constitucionales, el segundo como detractor de la supremacía de la justicia constitucional, argumentando su falta de legitimidad democrática.

Uno de los escenarios más polémicos, de este debate, es el diseño y desarrollo de la política criminal, pues de difícil aceptación es el control del juez constitucional en este campo, ya que históricamente se ha instituido el manejo de la política criminal como competencia exclusiva del legislador.

A este argumento de competencias, se suma que las leyes penales son, ante todo, la expresión de una determinada concepción del Estado y de la sociedad. Por este motivo la cláusula de Estado social y de derecho, los derechos fundamentales y la dignidad humana imprimen unos límites y establecen unas obligaciones en la configuración del derecho penal, argumento que sirve de base para justificar la intromisión de los tribunales constitucionales en la elaboración de la política criminal.

Con el fin de lograr una aproximación al estado actual de la discusión, en este trabajo se seguirán los siguientes puntos: la libertad de configuración que tiene el legislador en materia de política criminal, así como sus límites, de igual manera el papel que juegan los derechos fundamentales en el diseño de la política criminal, para así, poder entrar a puntualizar sobre la legitimidad de la intromisión de la justicia constitucional en el diseño y manejo de la política criminal, para terminar con unas consideraciones a manera de conclusión.

1.1 Libertad de configuración legislativa en política criminal: argumentos del constitucionalismo popular.

En un sistema democrático la ley ocupa un lugar especial dentro del sistema de fuentes del derecho, pues emana del órgano legislativo, que, debido a su legitimidad de origen y al procedimiento deliberativo y pluralista, proporciona la expresión de la voluntad popular por excelencia, razón por la cual, solo mediante leyes es posible trazar la política criminal de un Estado.

En el caso colombiano, la Constitución le reconoce un amplio margen al legislador para el desarrollo de las políticas públicas en las diferentes materias sometidas a su regulación mediante leyes de la república. Este desarrollo legislativo tiene fundamento en la cláusula general de competencia plasmada en la constitución, según la cual, al congreso le corresponde “hacer las leyes”, y por lo tanto puede interpretarlas, modificarlas y derogarlas¹.

Así mismo la Constitución le da la facultad al legislativo de expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones, en tratándose de la definición de la política criminal del Estado, y en particular de la configuración de conductas punibles, el legislador cuenta con una competencia amplia y exclusiva, que se encuentra cimentada, como antes se dijo, en el principio democrático y en

¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-226 de 2002. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

la soberanía popular, razón por la cual, corresponde a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, determinar, dentro de los marcos de la Constitución Política, la orientación del Estado en estas materias, en palabras de Beccaria: “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que es quien representa a la sociedad entera, unida por un contrato social”².

Esta distribución de competencias no es azarosa, pues la configuración de conductas punibles como medio para combatir la criminalidad, no puede ser el producto de decisiones apresuradas ni mucho menos la materialización de la ideología de turno, en tal sentido, la Corte Constitucional ha expresado que: “Esta discusión pública debe permitir que la respuesta penal no sea un recurso contingente que el poder político utiliza a discreción, sin debate, para hacer frente a las dificultades del momento”³.

El legislador, a diferencia de los jueces, está sujeto a la responsabilidad política por sus actos, dicha responsabilidad encierra una “sujeción a [ciertos] controles, sujeción que, para el [legislador], comporta el hecho de estar expuesto a la crítica y valoración del [pueblo] y el de arrastrar las consecuencias, si las hubiere, de dichas críticas y valoración”⁴. Thomas Jefferson, luego de *Marbury vs. Madison*, expresó su preocupación sobre la exclusión de los jueces de la responsabilidad política, pues “cuando los encargados de los poderes legislativo o ejecutivo actúan de forma contraria a la Constitución, se hacen responsables ante el pueblo. La exención de los jueces de este principio es muy peligrosa”⁵

² BECCARIA, Cesar. De los delitos y de las penas. Barcelona: Bruguera, 1983. p. 66.

³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-205 de 2003. M.P.: Clara Inés Vargas H.

⁴ REVENGA, Manuel. Función jurisdiccional y control político. ¿Hacia una responsabilidad política del juez? En: Revista Española de Derecho Constitucional. 1990, No. 29. p. 117-142.

⁵ JEFFERSON, Thomas. The writings of Thomas Jefferson. Vol. X. New York: Thomas Jefferson Memorial Association, 2006. p. 278.

Llegados a este punto surge el interrogante de ¿Por qué puede un órgano judicial, carente de legitimidad democrática y exento de responsabilidad política, tiene la facultad para invalidar la elección de ciertos cursos de la acción política por parte de legisladores elegidos democráticamente? La respuesta, dentro de un Estado social y democrático de derecho, debe ser necesariamente que si puede, pues la Constitución al ser un catalogo de prohibiciones y obligaciones al legislador, tiene un valor jurídico vinculante y no solo es un ideario político, por lo tanto, existe la necesidad de garantizar la supremacía constitucional, tarea que reposa en un órgano que vigile, recordando un poco la metáfora utilizada en Dialéctica del Iluminismo por T. Adorno y M. Horkheimer, “que los gobiernos de turno [estén] atados al mástil que representa los derechos fundamentales y las reglas del juego político establecidas en la Constitución, para que no sucumban ante los cantos de sirena provenientes de las coyunturas políticas”⁶, estos cantos pueden provenir de la utilización del derecho penal como herramienta habitual.

Por otro lado, el control judicial de la Constitución, es un campo fértil para la discusión entre las minorías y las mayorías, ya que aquellas usualmente son estigmatizadas y no logran que sus derechos sean reconocidos en el escenario legislativo a causa las restricciones que presenta el proceso político mayoritario.

La respuesta positiva al anterior interrogante, no quiere decir que las capacidades de este órgano de control, sean ilimitadas, precisamente es este el punto neurálgico del constitucionalismo popular, pues, éste no cuestiona la existencia del Tribunal Constitucional —a excepción del constitucionalismo popular más radical⁷—, sino los límites a sus capacidades.

⁶ BERNAL, Carlos. La democracia como principio constitucional en América Latina. En: Cuestiones Constitucionales, 2007. p. 37.

⁷ Cfr. TUSHNET, Mark. Taking the Constitution Away from the Courts. Princeton: Princeton University Press, 1999 y TUSHNET, Mark. Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law. Princeton: Princeton University Press, 2008.

1.2 Los derechos fundamentales de cara a la legislación penal: argumentos del neo-constitucionalismo

La intervención de los Tribunales Constitucionales, al contrastar el resultado de la actividad legislativa con la norma suprema, no es argumento suficiente para considerar una desviación inconstitucional de competencias, pues

La intervención del tribunal constitucional en el ámbito de la legislación, necesaria para la garantía de estos derechos, no es una asunción anticonstitucional de las competencias legislativas, sino algo que no solo está permitido sino también ordenado por la constitución⁸.

Pacífica, al parecer, luego de la segunda guerra mundial, es la aceptación en muchos países, del control que ejerce la jurisdicción constitucional en el ámbito legislativo, actualmente la discusión se centra, ya no en el establecimiento de la jurisdicción constitucional, sino en el ejercicio y alcance del control, de tal manera que sea compatible con el funcionamiento de la democracia participativa.

La cláusula de Estado Social de Derecho, le imprime a los derechos fundamentales, no solo la clásica dimensión de derechos de defensa, frente a las intervenciones estatales o particulares, sino también, dentro de su dimensión prestacional, la faceta de derechos de protección, que exige conductas positivas del poder público que los garanticen frente a sus propias actuaciones y frente a las de terceros; puestas así las cosas, el legislador puede afectar los derechos fundamentales, ya sea por un exceso en sus previsiones, o bien por qué la severidad de estas no alcance a brindar la protección suficiente, que la constitución ordena⁹.

⁸ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 527.

⁹ BERNAL, Carlos. El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

Para delimitar el marco que la Constitución y los derechos fundamentales otorgan al legislador en materia penal, cabe recordar que “los derechos fundamentales establecen lo constitucionalmente necesario (los mandatos) y lo constitucionalmente imposible (las prohibiciones), y a la vez deparan al legislador el extenso terreno de lo constitucionalmente posible (lo permitido)”¹⁰.

La actual tendencia de incluir directamente en la Constitución, principios que informan la creación de la ley penal, toma mayor vigencia, cuando se ven reflejados en derechos fundamentales, los cuales imponen al legislador deberes y a su vez limitan su competencia. Los deberes que se imponen, están contenidos en normas que prescriben algo, así por ejemplo, el debido proceso, la presunción de inocencia, de igual manera proscriben la desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, la pena de muerte.

Las disposiciones constitucionales, como las anteriores, se caracterizan por la textura abierta que manejan, lo que puede llevar a dar diferentes interpretaciones a un mismo texto, por ello, el legislador penal tiene diversas opciones para realizarlos concretamente en el proceso legislativo. “Por otra parte, hay que tener en cuenta que la creación de leyes penales es un acto político y no sólo una simple transposición de principios jurídico-constitucionales en el Código penal”¹¹.

Otras posiciones, que no desconociendo lo anterior entienden que “es bastante dudoso que la interpretación constitucionalmente correcta de los derechos fundamentales sea una emanación de las deliberaciones democráticas, pues los participantes en ellas actúan movidos por intereses privados. Por lo tanto, estima

¹⁰ ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. En: Revista Española de Derecho Constitucional. 2002, No. 66. p. 19.

¹¹ SASSEMER, Winfred. y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la criminología y al derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 75.

que los derechos no pueden ser considerados como el objeto sino como el límite de los procedimientos democráticos”¹².

Lo que conlleva a reconocer la necesidad de instaurar un control por parte de un tercero, ¿y quién más idóneo para hacerlo que el guardián de la Constitución?

1.3 Control de constitucionalidad en política criminal

En un ordenamiento jurídico donde conviven simultáneamente, tribunal constitucional y legislador, se hace evidente una ineluctable tensión entre las competencias de cada uno de estos órganos, pues el principio de representación popular le confiere a éste la regulación de materias, que en un primer momento, se entenderían ajenas al control de aquel.

Al entrar en la delimitación de la discusión en materia penal esta se puede desarrollar en alguno de estos tres escenarios: a. el desarrollo de la política criminal y en particular la configuración de tipos penales es competencia exclusiva del legislador; b. la punibilidad de conductas y la fijación de sanciones, al implicar una intervención excesiva de los derechos fundamentales, puede ser controlada por la justicia constitucional; c. la punibilidad de conductas y la fijación de sanciones, al implicar una intervención en los derechos fundamentales, da como resultado que el Tribunal no sólo pueda controlar el exceso en la severidad de las medidas, sino también controlar si las medidas legislativas adoptadas no son lo suficientemente severas para proteger determinados derechos fundamentales o bienes constitucionales¹³.

Al ser competencia privativa del legislador el diseño de la política criminal, surge una pregunta con respecto al control constitucional ¿es posible el control de la

¹² BERNAL, Carlos. *Op. Cit.* p. 40.

¹³ *Ibíd.*

política criminal por parte de un Tribunal Constitucional, sin que esta entre a suplantar al órgano instituido constitucionalmente para tal fin? A lo que la Corte Constitucional colombiana ha respondido que ésta “no está autorizada para controlar el modelo de política-criminal adoptado por el legislador, pues la sola divergencia de opiniones entre el poder judicial y el poder legislativo, sobre política-criminal, no es criterio suficiente para cuestionar la legitimidad de esta. De esta manera la Corte al entrar a estudiar la constitucionalidad de una medida penal, no miraría el criterio de política criminal, sino la contrariedad con la Carta”¹⁴.

En el mismo sentido se pronunciado el Tribunal Constitucional español. “El hecho de que el diseño en exclusiva de la política criminal corresponda al legislador [...] y que la determinación de las conductas que han de penarse y la diferenciación entre ellas a los efectos de asignarles la pena adecuada para su prevención sea el ‘el fruto de un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución’, demarca los límites que en esta materia tiene la jurisdicción de este Tribunal (...) Lejos (...) de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional”¹⁵.

Los derechos fundamentales, aunque de una importancia trascendental en el nuestro Estado, no son absolutos y por lo tanto el legislador los puede restringir en virtud de las competencias asignadas a este por la Constitución. Al poner las cosas de esta manera saltan varias preguntas, ¿la facultad del legislador de restringir los derechos es ilimitada?, ¿hasta qué punto le permite la Constitución restringir derechos fundamentales?

¹⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-420 de 2002. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

¹⁵ España, Tribunal Constitucional Sentencia 59 de 2008.

La competencia en el diseño de la política criminal, no es absoluta, pues los derechos fundamentales, no pueden ser restringidos a tal punto que se desconozca la supremacía constitucional, así mismo, el respeto a la dignidad humana no puede ser puesto en tela de juicio, al momento de el Estado considerar un fin cualquiera, como muy importante, no podría en ningún caso, entrar a considerar el hombre como un medio para conseguir ese tan anhelado fin.

Pues las modernas constituciones reconocen como principio rector el respeto a la dignidad humana, pues el hombre no debe jamás ser tratado como un puro medio al servicio de los fines de otro. Este principio ético puede ser observado como un principio de congruencia y conmiseración entre medios y fines. Al respecto la Corte Constitucional colombiana expreso que “la dignidad humana se constituye así en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida”¹⁶.

Varias teorías se han esbozado, intentando establecer los límites que el legislador tiene al restringir derechos, una de las más conocidas es la del núcleo esencial de los derechos fundamentales. La tesis del núcleo esencial, sostiene que los derechos fundamentales tienen un contenido accidental, que puede ser restringido por el legislador y un contenido irreducible (núcleo duro), el núcleo esencial “[...] es el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares”¹⁷, y para determinar su contenido se pueden seguir las siguientes formulas, ya sea visto desde el punto de vista de los derechos subjetivos “el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo,

¹⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006. M.P.: Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-489 de 1995. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

desnaturalizándose”¹⁸, la jurisprudencia de interés ha establecido que “el núcleo esencial del derecho fundamental es aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”¹⁹, de esta manera se desconoce el núcleo esencial de un derecho cuando este es sometido a limitaciones que lo tornan impracticable.

Esta teoría, ha sido criticada, pues los elementos de juicio necesarios para establecer cuál es la periferia y cuál es el núcleo de cada derecho, no vienen dados por la constitución, pues su texto de textura abierta no permite identificar de manera precisa la periferia, ni el núcleo, de tal manera que no es el mejor instrumento para limitar las intervenciones legislativas, a esto se le suma que el reconocimiento de una periferia de los derechos fundamentales, que puede ser restringida, siempre y cuando se respete el núcleo esencial, da como resultado que la parte accidental del derecho no esté cobijada por la supremacía constitucional, lo que es inadmisibile a toda luz.

1.4 El principio de proporcionalidad: una posible respuesta del neo-constitucionalismo

Otra teoría que se propone hallar el límite de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales, se ha denominado principio de proporcionalidad, originario del constitucionalismo europeo, consiste en una relación entre medios y fines.

A fin de hablar de este principio, es menester hacer unas precisiones, lo primero que hay que tener en cuenta, es que solo es aplicable a las acciones de los poderes públicos, a diferencia de las acciones entre particulares. Así mismo este

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ *Ibíd.*

principio es inaplicable cuando entra en escena la dignidad humana, de tal manera que un derecho fundamental u otro bien constitucional que entre en colisión con la dignidad humana, esta prevalecerá. Pues en los derechos fundamentales normales una intromisión no significa todavía una lesión. “La dignidad humana carece de esa estructura de intromisión/limites. En ese sentido tiene un carácter de regla. Toda intromisión en la dignidad humana significa su lesión”²⁰.

La aplicación del juicio de proporcionalidad, parte del supuesto de que los derechos deben ser realizados en la mayor medida posible, “atendiendo las posibilidades fácticas y jurídicas que jueguen en sentido contrario”²¹ la importancia de verificar las posibilidades jurídicas que jueguen en sentido contrario, se traduce en establecer qué principio se limita con la realización de otro, a fin de determinar en qué medida este es limitado.

También implica reconocer que los derechos fundamentales tienen dos contenidos: un contenido *prima facie* y un contenido definitivo. El contenido *prima facie* se compone de todas las facultades que pueden ser suscritas a los derechos fundamentales cuando son interpretados ampliamente. Este contenido *prima facie* puede entrar en colisión, como en todo sistema de principios, con otros derechos fundamentales o bienes constitucionales. El contenido definitivo de los derechos fundamentales viene dado por el resultado de la restricción que el legislador – dentro de los márgenes del principio de proporcionalidad– hace.

El principio de proporcionalidad está compuesto por varios subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que son aplicados dependiendo si se trata de derechos de defensa o de defensa o de protección,

²⁰ ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. En: Doxa. 2001, p. 678.

²¹ BERNAL, Carlos. *Op. Cit.* p. 133.

bajo la forma de interdicción del exceso y prohibición de protección deficiente, respectivamente²².

A mi juicio la segunda modalidad del principio de proporcionalidad, no debe ser aplicada al control de constitucionalidad de la ley penal, pues al omitir parcialmente el legislador la protección penal de algún bien constitucional que esta ordenada, el guardián de la Constitución no podría entrar a suplantar al legislador y dictar la medida omitida mediante sentencia aditiva, ya que en materia penal esta competencia es exclusiva del legislador, además el juicio que se haría sobre la implementación de una pena que afectaría derechos como la libertad y la libertad general de acción, en sentido contrario si se podría dictar sentencia aditiva, cuando haga falta alguna garantía, como en el caso italiano, traído por Jaime Araujo en el que “el código de procedimiento penal [italiano] que señalaba los eventos en los cuales era obligatoria la presencia del apoderado del sindicato y faltaba la más importante, que era la indagatoria y se adiciono este supuesto de hecho”²³.

Una omisión es absoluta cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el Constituyente. Si es absoluta, la Corte al no tener ley que contrastar con la Constitución, se debe abstener de conocer la demanda por simple sustracción de materia, al respecto la Corte ha establecido que: “[...] la tesis mayoritaria considera que el juez constitucional carece de competencia para conocer y decidir sobre la existencia de éstas, ante la ausencia de un texto normativo susceptible de control. Por esta razón, se han dictado sentencias inhibitorias”²⁴ como por ejemplo la sentencia C-543 de 1996.

²² BERNAL, Carlos. *Op. Cit.* p. 134.

²³ ARAUJO, Jaime. *El derecho fundamental a la igualdad: precisiones.* Bogotá: Club de Abogados, 2004. p. 150.

²⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-132 de 1999. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Volviendo al principio de proporcionalidad en su forma de interdicción del exceso, tenemos que este se aplica, para controlar el exceso de las medidas adoptadas por el legislador penal.

1.4.1 Subprincipio de idoneidad

En este se entra a establecer si la ley penal, como intervención de derechos fundamentales, debe ser idónea para intentar alcanzar un fin constitucionalmente justificado. Se tratan pues de dos exigencias, que sea idónea la medida así como constitucionalmente permitida²⁵.

Con respecto al fin hay que precisar que toda acción estatal debe perseguir un fin legítimo, por lo tanto, el fin no debe estar prohibido por la Constitución, además tiene que ser relevante, debe perseguir la protección de algún bien jurídico o derecho fundamental, por ejemplo si dentro del proceso penal se busca la confesión del procesado, instituyendo un medio eficiente como lo es la tortura, dicha eficiencia está proscrita por la Carta, así mismo la medida a adoptar debe ser idónea, por lo que deberá ser adecuada para lograr el fin que se persigue, como lo es la protección de bienes jurídicos, de tal manera que si la medida adoptada no lleva al fin que se persigue por ser inocua, la norma deberá ser declarada inconstitucional.

Al hablar de la idoneidad de alguna medida, se exige un mínimo y no un máximo, pues lo que se busca es establecer que la medida no sea abiertamente incompatible con la Carta o inadecuada para la protección de algún bien jurídico; esto se traduce en un mayor respeto al margen del legislador penal²⁶.

²⁵ ADRIAN, Jesús. El principio de proporcionalidad como límite al legislador penal. En: Revista de la facultad de derecho. 2009, No. 9. p. 51-58.

²⁶ BERNAL, Carlos. *Op. Cit.* p. 156.

1.4.2 Subprincipio de necesidad

En este momento, se entran a considerar las alternativas menos invasivas de los derechos fundamentales, pues si existe otro medio que permita lograr el mismo fin perseguido, con una menor restricción o limitación del derecho fundamental, la medida debe ser declarada inconstitucional por ser innecesaria.

Al igual que en el subprincipio de idoneidad, se erige este de manera negativa, ya que el legislador no tendrá que optar por la medida más idónea, solo tiene que hacerlo si existe otra medida que sacrifique menos los derechos fundamentales, aunque esta guarde la misma idoneidad que la que el legislador adopto. Silva Sánchez dice que la “necesidad de pena, [viene] derivada de la ineficacia de otros medios menos lesivos que los penales”²⁷.

1.4.3 Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

De acuerdo con este subprincipio, “cuanto mayor sea el grado de afectación del derecho fundamental, tanto mayor ha de ser la importancia de la realización del principio constitucional que fundamenta la intervención legislativa”²⁸, para que una medida restrictiva de derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de la intervención debe ser equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental²⁹ lo que se puede traducir en una relación de costo-beneficio. Los criterios para establecer en qué medida un bien jurídico merece mayor protección, vienen dados por la gravedad del delito (principio de lesividad), que consecuentemente afectaría en mayor medida un bien jurídico. en los siguientes términos, si la intervención es intensa, la realización del fin de la

²⁷ SILVA, Jesús. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1992. p. 275.

²⁸ BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales (3ra edición ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 757.

²⁹ Cfr. BERNAL, Carlos. El derecho de los derechos. *Op. Cit.* p. 136.

medida también debe serlo, siguiendo esta idea tenemos que las intervenciones validas serian las siguientes: intensa/intensa, media/media, leve/leve, pues no se le puede exigir al legislador “que las intervenciones en los derechos fundamentales sólo puedan ser legítimas cuando impliquen un favorecimiento mayor de los principios que este persiga”³⁰, esto se conoce como principio de *indubio pro legislatore*, lo cual flexibiliza la aplicación del principio de proporcionalidad y respeta en la mayor medida posible el principio democrático.

1.5 A manera de conclusión

El principio de proporcionalidad así aplicado, puede ser el medio utilizado para, que al interior de un mismo ordenamiento jurídico, logren convivir pacíficamente o lo menos problemáticamente posible, la democracia y el constitucionalismo, pues, así concebido estas posiciones no serian excluyentes.

El Tribunal debe preguntarse en primer lugar cual es la importancia del fin perseguido con la medida y si esa intervención está permitida por la Constitución, seguidamente debe entrar a verificar si no existe un medio más idóneo que permita lograr el mismo fin perseguido, con una menor restricción o limitación del derecho fundamental y por último, se pregunta cuál es la importancia del derecho fundamental que se limita por medio de la ley; después de comparar los dos derechos en conflicto y de determinar que el que se limita se hace en la misma medida en que se realiza el otro; esa medida así adoptada por el legislador es adaptada a la Constitución.

El margen que dejan los derechos fundamentales a la luz del principio de proporcionalidad, parecería estar restringido de gran manera, acabando con la libertad del legislador en el manejo de la política-criminal, cosa que no es cierta,

³⁰ BERNAL, Carlos. El Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 64.

pues el legislador tiene libertad en la escogencia de medios, y en la ponderación de principios el legislador también se puede mover en los escenarios de empate, así mismo como el margen de acción cognitivo pues al no existir certeza absoluta de las premisas “mediante las que se establece la intensidad en las intervenciones y el grado de protección. Cuando quiera que no existan premisas ciertas que hablen en contra de las medidas legislativas, estas deberán declararse exequibles”³¹.

³¹ BERNAL, Carlos. El derecho de los derechos. *Op. Cit.* p. 142.

2 PLURALIDAD JURÍDICA Y JUSTICIAS PENALES PARALELAS EN COLOMBIA.

El dominio del territorio por parte del Estado colombiano, lejos de ser homogéneo, es dispar y concentrado en zonas urbanas, dejando grandes extensiones de tierras no controladas en las cuales el derecho oficial —el elaborado y diseñado en el centro del país— no es aplicado, debido a que el Estado no tiene presencia en estas zonas o su fortaleza institucional es precaria para poder imponer sus decisiones; a falta de regulación oficial aparecen formas de autorregulación por parte de la población y también formas autoritarias impuestas por grupos armados. Estos ordenes autoritarios, regulan, entre otras cosas, las relaciones y conflictos entre la población civil que habita los territorios que estos grupos armados controlan, así como los procedimientos y las penas aplicables, normativa que es totalmente independiente a la supremacía constitucional. Esta pluralidad jurídica en lo penal, tiene como resultado la coexistencia —en zonas ajenas al control estatal— de categorías penales premodernas y modernas, lo que se refleja en un sistema penal paralelo al oficial.

Para comprender mejor esta situación el presente trabajo se divide en dos partes, en la primera se entra a exponer algunos factores históricos que explican el abandono y la imposibilidad del Estado de controlar todo el territorio y algunas causas históricas de la debilidad institucional del Estado; luego, como consecuencia de esos factores históricos, se muestra la existencia, de lo que se podrían denominar justicias guerrilleras y paramilitares; y así terminar con unas consideraciones a manera de conclusión.

2.1 Derecho, Estado y territorio

La consolidación del Estado-nación moderno en Europa, supuso la pretensión de exclusividad del ordenamiento jurídico en su territorio, en contraposición al

pluralismo feudal, es decir, se hace inconcebible la existencia de cualquier otro orden político-jurídico extraestatal en el espacio donde éste se encuentra en vigor¹, así pues, al Estado corresponde: el monopolio de la producción del derecho, de los impuestos; de la violencia legítima; y obviamente, el monopolio del *ius puniendi*, así como, el mantenimiento del orden y la seguridad.

La entrada de Colombia a la modernidad por la vía de la colonización², ha dejado huellas en la configuración del “campo jurídico”³ colombiano, particularmente en la configuración del Estado, esto ha generado, entre otras cosas, la incapacidad del Estado para ejercer su poder en todo el territorio nacional, principalmente en zonas rurales, no solo por la ausencia de entes estatales, sino por la incapacidad del Estado de imponer sus decisiones, es decir, no ha conseguido monopolizar el uso de la violencia legítima en todo el territorio. La ausencia del poder central, ha dado paso a que el lugar del Estado sea ocupado por distintos actores —v. gr. grupos paramilitares, grupos guerrilleros, narcotraficantes—, situación que indudablemente impide la consolidación de un discurso fuerte de soberanía estatal, a lo largo y ancho de todo el territorio nacional.

¹ NEVES, Marcelo. Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina. En: GARCÍA, Mauricio, & RODRÍGUEZ, Cesar. Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos. Bogotá: ILSA, 2003. p. 261-290.

² “Santos distingue cuatro vías de entrada a la modernidad: la ruta original europea, la de los nuevos mundos (v. gr., América), la zona colonial (v. gr., buena parte de África y el subcontinente indio) y la modernización defensiva (v. gr., la promovida por las élites en China y Japón).” GARCÍA, Mauricio, & RODRÍGUEZ, Cesar. Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. En: GARCÍA, Mauricio, & RODRÍGUEZ, Cesar. Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos. Bogotá: ILSA, 2003. p. 26.

³ Este término se utiliza con el fin de superar la concepción estrecha del derecho y así incluir en lo jurídico “a los actores, símbolos ideas, relaciones de poder e instituciones sociales que constituyen la práctica del derecho” *Ibidem*. p. 19. Para Bourdieu, la sociedad se conforma por un conjunto de campos sociales, entre ellos el campo jurídico, el cual tiene la particularidad de producir “la forma de discurso actuante capaz, por virtud propia, de producir efectos”, es decir “el campo jurídico posee la particularidad de generar pronunciamientos (...) que tienen el poder de imponerse con fuerza de autoridad, de convertirse en regla” *Ibidem*. p. 20.

La existencia de intermediarios entre el Estado y el poder local, es otra de las caras de la ausencia y debilidad institucional. “Esa historia viene desde la Colonia, pero, por diferentes razones —como el control que ejercía la iglesia en el campo— se hace más notoria y problemática después de la Independencia”⁴, el movimiento independentista, no rompió el monopolio institucional de la iglesia y la esfera religiosa, todo lo contrario, el catolicismo fue instituido como la religión oficial de la nueva nación, dándole a la iglesia prerrogativas educacionales y el control sobre las propiedades eclesiásticas⁵. Esto representó la continuidad del carácter cerrado de las jerarquías sociales y de la estructura formal a nivel social, sumado a la incipiente economía que no brindaba mayores oportunidades, la actividad política, se convierte en una salida a la pobreza, o bien, en una forma de ascender socialmente, es así como la actividad de gamonales se presenta como una práctica común.

El temor de la iglesia de perder sus beneficios legales y la aparición de ideologías opuestas a la iglesia, la obliga a entrar en el juego político y “a constituir sus propias instituciones —sindicatos, escuelas, movimientos juveniles, etc.— con el objeto de apartar a los católicos de las influencias laicas”, de esta manera, en lo local, estos actores —gamonales y clérigos—, cobraron mayor fuerza que el Estado, lo cual, más que autonomía es independencia, ello se ve reflejado “en el hecho de que los católicos comenzaran a confiar cada vez más en la iniciativa de los funcionarios de la iglesia para proporcionar definiciones de la situación y elaborar patrones de conducta apropiados para su relación con la sociedad”⁶.

⁴ GARCÍA, Mauricio. Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund, 2008.

⁵ Cfr. JARAMILLO, Rubén. Moralidad y Modernidad en Colombia. En: Misión Rural. Transición, convivencia y sostenibilidad. Bogotá: Ministerio de agricultura y desarrollo rural, 1998. p. 49.

⁶ *Ibidem*.

La falta de vías de comunicación y la autonomía que a cada provincia se le había entregado durante la Colonia, impidieron, en parte, la existencia de “una conciencia de patria única, nadie hablaba de Colombia o de Republica de la Nueva Granada, cada provincia se constituyó en Estado y formó su propio ejército”⁷, todo ello generó la ausencia y debilidad de un Estado unitario en algunas partes del territorio.

Sumado a la ausencia estatal, en los contextos de hibridez cultural, como Colombia, en donde, conviven diferentes visiones del mundo y cada una cuenta con su propio sistema de valores, con base en lo cual establecen la manera de comprender e interpretar la realidad, y, por supuesto, el derecho oficial; es un terreno fértil para el surgimiento del pluralismo jurídico. Esta multiplicidad, ha determinado la imposibilidad de la implementación del contrato social de la modernidad occidental en Colombia, pues este presupone el monoculturalismo (identidad nacional como producto de una sola cultura nacional) y la unietnicidad (unidad nacional como resultado de la homogeneidad étnica)⁸, esta diversidad hace problemática las dicotomías jurídicas, tales como, permitido/prohibido, legal/ilegal, justo/injusto⁹.

2.2 Pluralidad jurídica en Colombia

El pluralismo jurídico hace referencia a la coexistencia de varios sistemas jurídicos en un mismo espacio y tiempo, se pone en duda la pretensión de exclusividad del sistema jurídico oficial como único determinante de los comportamientos sociales y así entran en escena otros órdenes. En este trabajo se preferirá la utilización del

⁷ MERCADO, David. La Paz en Colombia, Marco Histórico, Político y Jurídico. En: Revista Jurídica. No. 12 (1998); p. 89.

⁸ SANTOS, Boaventura. Colombia: el revés del contrato social de la modernidad. En: GARCÍA, Mauricio & Santos, Boaventura. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Vol. I. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2001. p. 39.

⁹ Cfr. GARCÍA, Mauricio, & RODRÍGUEZ, Cesar. *Op cit.*

término pluralidad, pues el término pluralismo tiene una connotación positiva que las justicias paralelas no tienen¹⁰.

En Colombia, esta pretensión de exclusividad se ve opacada por la multiplicidad de órdenes existentes al interior del territorio, esto debido a la poca o nula presencia del Estado y su debilidad institucional en algunas zonas del país — debilidad que es tratada de corregir con practicas institucionales autoritarias— en donde las normas informales y algunos actores armados representan mayor eficacia normativa de la que representa el Estado.

A las causas históricas del papel del Estado en el dominio del territorio, se suma la violencia, que es causa y efecto, de esta problemática, al ser tan extenso y variado el análisis que de este se puede hacer, solo se tendrá en cuenta en lo que aquí interese. El conflicto armado que vive Colombia ha determinado la creación de territorios ajenos al poder estatal, en los cuales grupos armados ejercen o se disputan el dominio¹¹, esta “territorialidad difusa hace imposible la soberanía del Estado sobre su territorio”¹².

¹⁰ Cfr. SANTOS, Boaventura. La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá: ILSA y Universidad Nacional de Colombia, 1998. y GARCÍA, Mauricio, & RODRÍGUEZ, Cesar. Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. En: GARCÍA, Mauricio, & RODRÍGUEZ, Cesar. Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos. Bogotá: ILSA, 2003. p. 15-66.

¹¹ Casos como el de Urabá ilustran esta situación. “Durante toda la década de los noventa Urabá fue un santuario de las FARC; en diciembre de 1997 los grupos paramilitares expulsaron unos 1.500 hombres de los frentes guerrilleros 3, 34, y 57 y acabaron con este dominio territorial. Sin embargo desde junio de 1998 las FARC han reiniciado el enfrentamiento con el propósito de recuperar el territorio perdido” SANTOS, Boaventura. Colombia: el revés del contrato... social de la modernidad. En: GARCÍA, Mauricio & Santos, Boaventura. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Vol. I. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2001. p. 50. Otro caso muy ilustrativo es el de El Carmen de Bolívar, en donde el dominio siempre fue disputado por estos grupos armados.

¹² GARCÍA, Mauricio. Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund, 2008. p. 30.

En Colombia, el conflicto armado entre movimientos guerrilleros, por un lado, y grupos paramilitares, por el otro, ha fragmentado el control territorial en cabeza de cada uno de estos actores, en estos espacios geográficos es posible encontrar diversos ordenes normativos y facticos impuestos por cada uno, siempre intentando imponer sus propios valores, su visión de lo legal, de lo delictivo y de lo justo. Esta actividad de imposición va de la mano con un afán de legitimar la actividad reguladora de estos grupos frente a la población civil, mediante la satisfacción de bienes públicos, como la protección del medio ambiente, la conservación del orden público¹³. Consecuente con ello, cabe hablar, dentro de la pluralidad de ordenes normativos, de la existencia de un sistema punitivo guerrillero y paramilitar o si se prefiere, una justicia guerrillera y paramilitar. Las cuales se erigen como un sistema punitivo, diferente al oficial, “todos ellos con la particular condición que regulan un vasto universo de relaciones sociales, comprendiendo las que existen entre quienes configuran el grupo armado, las de éstos con los integrantes de la sociedad civil o con sus contradictores armados, hasta los conflictos que se suscitan entre los propios miembros de la sociedad ajenos a su grupo, para lo cual establecen leyes, códigos, jurisdicciones, procedimientos y sanciones”¹⁴.

En lo que aquí interesa, en adelante, solo se tendrá en cuenta las normas que regulen las relaciones entre los miembros de la sociedad ajenos a estos grupos, la vigencia de estas normas —ya sean aceptadas, por sus destinatarios o impuestas,

¹³ Según el periódico El Tiempo, en las zonas rurales donde las FARC tiene presencia, el movimiento guerrillero prohíbe, por ejemplo, “pescar con dinamita, cortar árboles en el nacimiento de los ríos, cazar especies nativas y circular por el río o carretera después de las seis de la tarde. En San Juan de Lozada, una inspección de San Vicente, las FARC sancionan el alto volumen de la música en los negocios, las peleas, las amenazas con cuchillo y revólver, los insultos y han impuesto una ‘hora zanahoria’ que va hasta las doce de la noche entre semana”. Citado por SANTOS, Boaventura. Colombia: el revés del contrato social de la modernidad. En: GARCÍA, Mauricio & Santos, Boaventura. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Vol. I. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2001. p. 39.

¹⁴ LONDOÑO, Hernando. Política criminal del Estado en Colombia. En: De jure. No. 7 (2007); p. 13-49.

a sangre y fuego— dentro de un determinado tiempo y espacio, logran establecer un orden predecible, pues se conoce la sanción a cierto tipo de actuaciones, de tal forma que tiene la capacidad de regular y dirigir la vida en común. “Se trata de una autoridad que pretende ser absoluta, suprema y universal en el territorio y que exige lealtad y obediencia, sirviendo como principio inteligible del universo social y como guía para las acciones y los comportamientos de los pobladores”¹⁵.

En estos escenarios podemos hablar de una justicia armada paralela, la cual puede entenderse como el control punitivo extralegal, convirtiéndose en mecanismo de control de todo tipo de disidencia política, ideológica e inclusive social, que funciona al margen de la legalidad; las actividades de los grupos guerrilleros y paramilitares, dan fe de la existencia de este tipo de sistema penal en Colombia¹⁶.

En las zonas urbanas, al ser la presencia del Estado más notoria, su omnipresencia y la aplicación de sus normas, las mas de las veces, no es puesta en duda por el conglomerado social, es decir, reconocen el derecho oficial como el derecho aplicable —otra cosa es que este tienda a ser ineficaz— pero en las zonas abandonadas por el Estado, donde han prosperado grupos ilegales, el vacío regulador dejado por éste es llenado por los violentos, estos, se adueñan del monopolio de la violencia y del control social. En este contexto, no es la sociedad civil, la que determina el curso de sus destinos, sino que reconocen o le hacen reconocer el orden existente, como único orden. Utilizando instrumentalmente el sistema penal impuesto, se castigan conductas de colaboración con los contrincantes, de esta manera, se busca asegurar el control del territorio y de la producción de recursos que en estos se da, reafirmando la soberanía que en estos se tenga.

¹⁵ URIBE, María. Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz. En: Estudios Políticos. No. 13 (1998); p. 20.

¹⁶ Cfr. SOTOMAYOR, Javier. Garantismo y derecho penal en Colombia. En: Jueces para la democracia. (1999); p. 93.

En zonas rurales, donde no hay presencia del Estado, los conflictos más comunes entre sus habitantes (homicidios, lesiones personales, afrentas sexuales, problemas de tierra, hurtos, etc.) son vistos, mas como ofensas morales, que como conductas criminalizadas por el Estado para proteger bienes jurídicos y al más débil, por lo tanto, el resarcimiento de estos daños responde más a la ley del talión que a las funciones de la pena del derecho oficial, por lo tanto, el mecanismo más idóneo para restablecer no es la imposición de la pena privativa de la libertad, sino una retribución proporcional o el pago de los daños irrogados, tarea que es realizada eficazmente por estos grupos armados, los cuales imparten justicia según sus métodos y al no estar atados por el respeto de garantía alguna, se traducen, en comparación con los métodos oficiales de solución de conflictos, en una eficiente forma de administrar justicia. En estos escenarios ajenos al control del Estado, el discurso de las garantías penales y procesales, pierde importancia pues el orden normativo que las incorpora no está vigente.

La eficacia de estos sistemas penales reposa, principalmente, en el temor y despotismo de estos actores armados, sumado a eso: la agilidad de los juicios; la colaboración de la comunidad en la investigación; el cumplimiento efectivo de la “pena” aplicada; imposibilidad de evitar el castigo, aduciendo vulneración de derechos fundamentales en la investigación y juzgamiento.

En las zonas, donde hay presencia del Estado, sus funcionarios, por temor, reconocen y respetan la autoridad de los violentos, acatan sus recomendaciones y ordenes, la impartición de justicia, es puesta al servicio de estos¹⁷, estos jueces

¹⁷ Al respecto, Rodrigo Uprimny, trae dos ejemplos muy ilustrativos, contados por un juez que trabajaba en una zona controlada por las FARC, el primero, unos guerrilleros, le llevan al juez una persona amarrada y le dijeron: “Este señor cometió un homicidio. Aquí se lo traemos señor juez, para que ustedes lo condenen, porque nosotros no podemos guardarlo y no merece ser fusilado. El cuerpo del muerto está en tal sitio y los testigos que pueden confirmar el asesinato son tales personas”, el homicida fue condenado, con las pruebas recogidas gracias a la información suministrada por los guerrilleros. El segundo, un abogado fue investigado y sancionado por apropiarse de unos dineros de una viuda, ella acudió al jefe guerrillero de la zona y el abogado,

tienen que aplicar dos órdenes diferentes, el impuesto, por un lado, y el oficial por el otro, de esta, manera difícilmente un juez puede impartir justicia¹⁸.

2.3 Conclusiones

El poder punitivo en esas zonas, si bien altamente eficaz, ha servido para sembrar mayores injusticias de las que pretendió evitar, por lo tanto se hace necesaria la intervención del Estado, para recuperar esos espacios de poder y desde la implantación de un derecho penal garantista, donde el diseño de la política criminal no sea el producto de decisiones apresuradas ni mucho menos la materialización de la ideología de turno, y así no reproduzca la exclusión y la injusticia social, sino todo lo contrario, un discurso incluyente y que brinde la legitimidad de las garantías y derechos que la Constitución reconoce a los habitantes de todo el territorio colombiano.

La necesidad de recuperar el control de estos espacios por parte del Estado, no puede ser tomada como la inclusión obligada al contrato social y al ideal de modernización, pues de esta manera el Estado sería visto como otro opresor, y en últimas lo que cambiaría es la cara del opresor y no el estatus de oprimido, el Estado al recuperar esas zonas debería crear espacios de inclusión y las condiciones necesarias para la emancipación de los habitantes de estos municipios, corregimientos y veredas.

con base en esa investigación, fue obligado a devolverle el dinero e indemnizarla Cfr. UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia. En: GARCÍA, Mauricio & Santos, Boaventura. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Vol. I. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2001. p. 279.

¹⁸ Mauricio García, entrevistó a una jueza de Pinillos (Bolívar), la cual describía como le era difícil, por no decir imposible, impartir justicia sin el beneplácito de los jefes guerrilleros que dominaban la zona, comentaba la jueza que: “para que el juzgado funcionara, es decir, para que pudiera hacer las diligencias y adelantar las pruebas que se requieran en los procesos, yo necesitaba la colaboración, por no decir el permiso, de los comandantes guerrilleros”. GARCÍA, Mauricio. Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund, 2008. p. 107.

La configuración del Estado, su presencia y poder en estas zonas controladas por los violentos, no puede ser tratada con solo violencia, es decir la sola incursión armada del Estado para recuperar el control de esas zonas, solo trae más dolor y sufrimiento para esas poblaciones, la recuperación tiene que ir necesariamente de la mano con la apuesta a lo social, y así comenzar a saldar la gran deuda que tiene el Estado con las víctimas del conflicto.

3 EL GARANTISMO PENAL Y LA PROPUESTA POLÍTICO-CRIMINAL DE UN DERECHO PENAL MÍNIMO.

“Democracia real y pena probablemente no van en paralelo social sino en proporción inversa”

Juan Fernández Carrasquilla.

Es innegable la crisis por la que atraviesa el derecho penal, en cuanto a su legitimación se refiere, esto, por los medios que utiliza para brindar protección a los bienes jurídicos, por la gravedad de las consecuencias que naturalmente supone la utilización de estos medios, y en fin, porque, aun rodeado de límites y de garantías conserva siempre una intrínseca brutalidad. A partir de esta crisis se comienza a gestar un renovado interés por la búsqueda del fundamento y fin de esta rama del derecho. “O expresado de otro modo: tales afanes y tal desasosiego están denunciando una insatisfacción por la mera dogmática y una tensión incoercible, no por inconfesa o inconsciente menos poderosa hacia las preguntas y respuestas de índole filosófica”¹.

Al respecto anotamos una unánime preocupación por parte de L. Ferrajoli y A. Baratta por la reducción del derecho penal, pues escandalosa resulta, la tipificación, de numerosos nuevos tipos penales, así como, el aumento desproporcionado de las penas, las cuales, las mas de las veces, son el resultado de una discusión política apresurada y seria como medio para combatir la criminalidad no puede ser el producto de decisiones apresuradas ni mucho menos la materialización de la ideología de turno.

Bajo este panorama, en 1985, es cómo ve la luz el artículo *Diritto penale minimo* en la revista *Dei delitti e delle pene*, donde Luigi Ferrajoli, apropiándose de los

¹ DE RIVACOBBA y ZAFFARONI, Eugenio. Presentación a la edición castellana del Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania, de Feurbach, A. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p.8.

problemas del derecho punitivo, se da a la tarea de analizar las diversas corrientes penales, expone de manera sistemática y muy bien organizada, las críticas que cada tendencia se hace acreedora, y propone el sistema de principios que considera capaz de señalar un camino razonable y a la vez humano para el tratamiento de las conductas sociales desviadas, tarea que el autor, ahonda, dentro del marco de lo que el denomino teoría del garantismo penal, expuesta en su más conocida obra. Respecto de una —derecho penal mínimo— como de la otra teoría —garantismo penal—, se puede decir que son “las dos caras de una misma moneda, ya que este condiciona y limita a aquel”².

En el presente artículo se pretende mostrar de que manera los axiomas del Sistema Garantista pueden ser usados en la función crítica de la propuesta político criminal de un derecho penal mínimo. Para lo cual entramos a precisar el concepto de política criminal, los elementos del derecho penal mínimo y su relación con la política criminal. A renglón seguido se muestran los principios del sistema garantista, y su utilización en la función crítica de la política criminal, para luego exponer unas consideraciones a manera de conclusión.

3.1 Política criminal, concepto y precisiones.

Es menester puntualizar el concepto de política criminal «*die Kriminalpolitik*», pues no en pocas ocasiones es confundido con otros conceptos jurídico-penales, así pues, recordando una de las iniciales definiciones de Política criminal de Kleinschrod, esta se presenta como «arte legislativo», lo que servirá para diferenciarla ya del Derecho penal. En tal sentido, la Política criminal sería el conocimiento de aquellos medios que el legislador puede hallar, según la especial disposición de cada Estado, para impedir los delitos y proteger el Derecho Natural de sus súbditos.

² GUZMÁN, José. (1995). Exposición y crítica de una reducción del derecho penal. Derecho penal y criminología. En: Revista del Instituto de ciencias penales y criminológicas. 1995, No. 53. p.234.

Para el maestro argentino Zaffaroni, la política criminal “[...] puede ser entendida a) como «disciplina de observación» que determina cuáles son los objetivos de los sistemas penales y en qué medida son alcanzados en la realidad; b) como el «arte de legislar o aplicar la ley» con el fin de obtener los mejores resultados en la lucha contra el delito”³. Aun mejor que esta definición es la que nos trae Fernández Carrasquilla entendiendo la política criminal “como teoría o como praxis, ésta como los medios que el Estado pone en práctica oficialmente para prevenir la delincuencia; y aquella apunta a la descripción de estas prácticas estatales, pero también a la fijación de los principios y recursos para ajustarla al “deber ser” tanto de los valores del ordenamiento cuanto de sus fines en los planos legislativo, administrativo, judicial y penitenciario”, asignándole una función crítica a la política criminal, función que no es más que la constante contrastación de las normas, teorías y práctica judicial con los valores de dignidad, legitimidad, justicia, etc., esta práctica, de corte Iluminista, se hace necesaria por el dinamismo propio de una sociedad ya que éste siempre amenaza con anular cualquier sistema penal, al restarle su fundamentación teleológica.

3.2 Derecho Penal Mínimo y Política Criminal.

Ferrajoli expone el derecho penal como un instrumento de tutela, el cual está limitado por el *principio de necesidad o de economía de las prohibiciones penales* y del *ius necessitatis* (principio de lesividad) aunado a la idea de la pena como mal menor para quien la sufre⁴, así pues, la utilización del *ius puniendi*, aparece fundamentada como medio para proteger los derechos fundamentales, al presentarse como medio “*necesario*” el legislador podrá reducir la intervención

³ ZAFFARONI, Eugenio. Tratado de derecho penal. Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1983. p. 150.

⁴ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal. Madrid, Trotta, 1997.

punitiva, mediante la incorporación y aplicación de los principios de necesidad, lesividad, materialidad de la acción, culpabilidad, entre otros⁵.

Cuando hablamos de la legitimación del derecho penal, hay que diferenciar —según Ferrajoli— entre las doctrinas justificadoras y las justificaciones, ya que estas se encuentran en una relación metalingüística con respecto a aquellas, se hace necesaria esta distinción para así no incurrir en una legitimación apriorística del derecho penal, pues las justificaciones se miran una vez verificada la doctrina de justificación, y en ningún caso se pueden presentar —las justificaciones— llanamente.

El maestro florentino esboza las condiciones metaéticas de un modelo de justificación de la pena, la primera condición tiene por objeto impedir las autojustificaciones ideológicas del derecho penal y de las penas, y distinguirse así de las teorías jurídicas o sociológicas relativas a motivaciones y funciones de la pena (falacias normativas o naturalistas), para lo cual ha de reconocerse el fin del derecho penal como un *bien extrajurídico*, y el medio sea reconocido como un *mal*, un *costo* humano y social, que precisamente por esto ha de ser justificado. Esto supone la aceptación del postulado iuspositivista de la separación entre derecho y moral: ni el delito es un mal en sí porque esté prohibido (*quia prohibitum*), ni la pena es un bien en sí porque se la aplique como consecuencia de un delito (*quia peccatum*).

La segunda condición hace referencia a la relación entre los medios y fines penales, estableciendo que las metas justificadoras del derecho penal puedan ser empíricamente alcanzadas con las penas y no lo sean sin las penas, por otro lado, y para no incurrir en una justificación *apriorística*, es asimismo necesario que los fines sean homogéneos con los medios, de forma que el mal procurado por las penas sea confrontable con el bien perseguido como fin. Un modelo de

⁵ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal. Madrid, Trotta, 1997.

justificación que satisfaga estos requisitos no sólo está en condiciones de fundar justificaciones, sino también *no justificaciones*, cuando el derecho penal, o alguna de sus instituciones, no satisfaga los criterios de justificación⁶. Lo anterior es, *grosso modo*, los requisitos mínimos que debe cumplir un modelo de justificación.

Una vez legitimado el fatídico instrumento estatal, y respondidas las preguntas ¿cuándo y cómo prohibir, juzgar y castigar?, con los principios garantistas de las modernas constituciones, que Ferrajoli expresa siguiendo la tradición escolástica así: 1. Nulla poena sine crimine «principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito»; 2. Nullum crimen sine lege «principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto»; 3. Nulla lex (poenalis) sine necessitate «principio de necesidad o de economía del derecho penal»; 4. Nulla necessitas sine iniuria «principio de lesividad o de la ofensividad del acto»; 5. Nulla iniuria sine actione «principio de materialidad o de la exterioridad de la acción»; 6. Nulla actio sine culpa «principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal»; 7. Nulla culpa sine iudicio «principio de jurisdiccionalidad, en sentido lato y en sentido estricto»; 8. Nullum iudicium sine accusatione «principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación»; 9. Nulla accusatio sine probatione «principio de la carga de la prueba o de verificación»; 10. Nulla probatio sine defensione «principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación»⁷, estos principios, elaborados por los iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII, para poner coto al poder penal, y que ahora se encuentran en las modernas constituciones, como normas jurídicas vinculantes para el legislador, siendo esto un claro ejemplo de una política criminal de un derecho penal mínimo, como doctrina de justificación.

Ferrajoli destaca así la función y la dimensión político-criminal del nuevo paradigma constitucional, en una doble dirección: a) como crítica del derecho existente, mediante el análisis y la censura de sus perfiles de invalidez

⁶ FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal mínimo. *En*: Poder y Control. 1986, No. 0. p. 25-SS.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal. *Op. Cit.* p. 93.

constitucional (o sea, proposiciones desde «dentro»); y, b) como diseño del derecho que debe ser, identificando las lagunas, las garantías que aún faltan y que deben ser introducidas con apoyo en los derechos sancionados en las Constituciones (es decir, recomendaciones desde «afuera»). Estas funciones designadas por Ferrajoli, no distan de la función crítica antes anotada, pues lo que se busca es la confrontación permanente del «*ius puniendi*» con principios, reflejados ya sea —para Ferrajoli— en derechos fundamentales, —para mí— derechos humanos o principios generales del derecho no positivos.

Fruto de esta política criminal, es la *nueva forma de interpretación de la ley* conforme al modelo garantista, donde la validez de las leyes ya no es un dogma unido a su mera existencia o validez formal, sino una cualidad contingente ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución⁸. Como destaca el citado autor italiano, la interpretación de la ley es siempre también un juicio sobre la propia ley, de la cual jueces y juristas deben elegir únicamente los significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales —derechos humanos, agregó— establecidos por ellas⁹.

Esta nueva forma de interpretación de la ley debe reflejar una tensión constante entre los distintos niveles del ordenamiento jurídico: entre el nivel constitucional,

⁸ Al respecto cabe señalar que A. Barata toma como referente los derechos humanos, esta aclaración es válida en la medida en que estos límites son más manejables que los expuestos por Ferrajoli, debido a la puesta en boga de los derechos humanos, y su implementación por diferentes ordenamientos jurídicos, dando como resultado la unificación en esta materia, además, el catálogo de principios que debe respetar el derecho penal se aumenta. “El concepto de los derechos humanos asume, en este caso, una doble función. En primer lugar, una función negativa concerniente a los límites de la intervención penal. En segundo lugar, una función positiva, respecto de la definición del objeto, posible, pero no necesario, de la tutela por medio del derecho penal” BARATA, Alessandro. Principios de Derecho Penal Mínimo. En Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam), Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 299, en el mismo sentido GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos. El principio de la antijuricidad material. Bogotá: Giro Editores, 2005. p. 158.

⁹ Cfr. RIVERA, Iñaki. Principios orientadores del constitucionalismo social. En: RIVERA, Iñaki. Política criminal y sistema penal. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005.

que incorpora normas y principios de justicia bajo la forma de derechos fundamentales y el nivel legislativo, cuyas normas siempre serán censurables como ilegítimas en el supuesto de incoherencia con la Constitución¹⁰.

En el caso colombiano, esto no es así, pues la Corte Constitucional, se mostrado en muchas ocasiones partidaria de la tesis estricta de la autorrestricción, cuando de estudiar la constitucionalidad de los tipos penales se habla, exponiendo argumentos como el de la falta de certeza, el de la reserva de la ley penal, el de los derechos de protección y el de la libertad positiva, aunque en otras oportunidades si se ha pronunciado, declarando inexecutable los tipos penales acusados¹¹.

3.3 Aplicación de los principios del sistema garantista en la política criminal de un derecho penal mínimo.

La política-criminal de un derecho penal mínimo, no constituye una alternativa, dentro de un Estado democrático-constitucional, sino una derivación necesaria de los principios constitucionales e internacionales reconocidos por ese Estado, pues de difícil aceptación es una política-criminal que atente de manera fehaciente contra los derechos fundamentales del más débil¹². Al ser una derivación necesaria de la Constitución, constituyen una herramienta insustituible para combatir las deslegitimadas políticas-criminales —las autoritarias y las de emergencia «derecho penal del enemigo»—, que han hecho carrera en muchos ordenamientos jurídicos¹³.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Al respecto véase la primera parte de este documento y la bibliografía relacionada.

¹² Cfr. PEREZ, A. Derecho penal mínimo y derecho penal de garantías. *En*: Pensamiento penal moderno. 1991. p.137-155.

¹³ ANITUA, Gabriel. (2005) Los principios constitucionales para una política criminal del Estado social y democrático de derecho. *En*: RIVERA, Iñaki. Política criminal y sistema penal. Barcelona: Antrophos Editorial, 2005.

Al respecto cabe destacar que no estudiamos todos los diez principios primitivos del sistema garantista, pues consideramos de mayor relevancia los siguientes.

3.3.1 Nulla necessitas sine iniuria

«Principio de lesividad o de la ofensividad del acto»: una política criminal limitadora de la violencia estatal es la que dará origen al derecho penal liberal. La reacción contra el arbitrio de los soberanos se advierte en todos los ilustrados, y con elocuencia en Beccaria, Filangeieri y Romagnosi, de los cuales se nutriría posteriormente la obra de Carrara, en los cuales se refleja toda la filosofía política del Iluminismo europeo y especialmente el francés.

Una de las formas utilizadas para limitar la arbitrariedad del poder penal del Antiguo Régimen consistió en declarar la prohibición de establecer penas que no tengan su fundamento en la existencia de un bien jurídico afectado. Para impedir la criminalización por motivos morales o religiosos se estipula, primero dogmáticamente y luego en las constituciones liberales, que no se puede crear un delito si la conducta perseguida no produce una lesión a un bien jurídico. Así aparece el límite material a la criminalización quizá más importante de la política criminal de un derecho penal mínimo.

Esto es lo que se conoce como «principio de lesividad» Esa necesidad de dañar a un tercero será el denominador de la cultura penal formada desde Hobbes, Puffendorf y Locke, hasta Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano y Romagnosi. La protección de derechos de terceros será el límite racionalizador señalado por la Ilustración. Pero como paso siguiente, y ello ocupó a casi todo el penalismo del siglo XIX y XX, debe definirse qué es lo que es una injuria o lesión a un derecho de otro, o sea, qué es un bien jurídico, sin cuya afectación no puede darse lugar a

criminalizaciones. La finalidad limitadora, en efecto, se ha visto frustrada por los diversos contenidos históricos que se le dieron al concepto de bien jurídico¹⁴.

Una lesión se considerará que afecta a un bien jurídico sólo si afecta materialmente a otro individuo y, además, implica una «dañosidad social», esto es, que trascienda ese conflicto víctima/victimario y su propio daño, provocando también un daño a la comunidad. Si bien esto último es necesario, no debe dejar de olvidarse el primer y principal requisito de que provoque un daño al derecho de un individuo (en forma directa o indirecta), pues de lo contrario se permitiría otra vez penar a conductas contrarias a valores morales, pero no dañinas. Los peligros actuales más evidentes en ese sentido se encuentran en la teoría funcionalista de Jakobs, que identifica al bien jurídico con el fin de la norma penal dentro del sistema (la prevención general positiva mediante el «aseguramiento de las expectativas generales fundamentales contra su defraudación»¹⁵ y de esa manera cualquier cosa puede ser definida por el poder —o el sistema— como bien jurídico, término que perdería así su capacidad de limitar al propio poder y justificaría un derecho penal máximo o ilimitado¹⁶.

De allí la crucial importancia de una definición que limite el concepto de bien jurídico pues si se deja indeterminado el contenido de este, se corre el riesgo de caer en tutelar penalmente conductas previas a la afectación de un bien jurídico. El principio de lesividad requiere que la afectación no sea bagatelar, sino grave o considerable al bien jurídico, y que en todo caso no puedan defenderse eficazmente de otra forma, pues el principio de lesividad no cumple una función

¹⁴ Ferrajoli hace un recuento histórico del concepto que, a lo largo de la historia, ha tenido el bien jurídico. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal. *Op. Cit.* p. 467–469.

¹⁵ Cfr. JAKOBS, Günter. Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad. Madrid: Civitas, 2004, p. 75-SS.

¹⁶ Esta posición de Jakobs, se radicaliza después del 11 de septiembre, pues acepta la utilización del derecho penal para combatir al enemigo, Cfr. JAKOBS, Günter. ¿Terroristas como personas en Derecho? En: M. Cancio Meliá & Gómez-Jara Díez (Coord.), Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión, Vol. 2. Madrid: Edisofer, 2006. p. 77-92.

legitimadora del derecho penal, ya que esta ofrece criterios limitantes y lo que se encuentre por fuera de estos será abuso y estará deslegitimado. “Las penas que superan la necesidad de conservar el depósito de la salud pública son justas por naturaleza; y las penas son tanto más justas cuanto más sagrada e inviolable es la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserva a los súbditos”¹⁷ “Finalmente, una política penal de tutela de bienes tiene justificación y fiabilidad sólo cuando es subsidiaria de una política extrapenal de protección de los mismos bienes”¹⁸.

3.3.2 Nullum crimen sine lege

«Principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto», el principio de legalidad constituye una de las mayores conquistas en cuanto al Estado liberal se refiere, pues impone límites a la arbitrariedad del poder punitivo. Era la imposición de este límite a los jueces el principal reclamo de la Ilustración. De «*lege data*», Beccaria reconocía este principio así, “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que es quien representa a la sociedad entera, unida por un contrato social”¹⁹, es que es apenas lógico la exigencia del respeto

Este principio alcanza a toda la política-criminal, pues preddefine las conductas criminosas y por lo tanto el objeto de aquella, además irradia el proceso de criminalización en el punto de creación del delito y la pena (garantía criminal y penal), en el momento de su aplicación a un caso concreto por el juez ordinario determinado por la ley previa (garantía jurisdiccional) y en su caso frente a la ejecución de la pena (garantía de ejecución).

¹⁷ BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Barcelona: Bruguera, 1983. p. 66.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal. *Op. Cit.* p. 473.

¹⁹ BECCARIA, Cesare. *Op. Cit.* p. 66.

De este se desprenden varios sub-principios, a saber: «*nulla poena sine lege scripta; nulla poena sine lege stricta; nula poena sine lege previa; non bis in idem; non reformatio in pejus*».

3.3.3 Nulla lex (poenalis) sine necesítate

«Principio de necesidad o de economía del derecho penal», desde la época en que comenzaba a desarrollarse el derecho penal liberal se ha señalado la característica de «*ultima ratio*», pues este podrá ser utilizado siempre y cuando se haya agotado la utilización o posible utilización, de otros medios menos lesivos en la solución de conflictos.

Al respecto Alexy nos dice que, “los derechos fundamentales establecen lo constitucionalmente necesario (los mandatos) y lo constitucionalmente imposible (las prohibiciones), y a la vez deparan al legislador el extenso terreno de lo constitucionalmente posible (lo permitido)”²⁰ como consecuencia necesaria de lo anterior, el derecho penal se presenta como una herramienta de *ultima ratio*, que estará legitimada siempre y cuando no exista otro medio menos invasivo de los derechos fundamentales del sujeto pasivo de la ley penal, y es que el derecho penal no puede, en ningún caso, entrar a sustituir las políticas sociales de un Estado con represión penal²¹.

De este principio se desprende el carácter subsidiario y fragmentario del derecho penal significa que ni siquiera debe proponerse pena para todas las conductas que lesionen bienes jurídicos sino sólo frente a las más graves o modalidades más peligrosas.

²⁰ ALEXY, Robert. (2002). Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales. En: Revista Española de Derecho Constitucional. 2002, No. 66. p. 19.

²¹ Cfr. MIR PUIG, Santiago. El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. Barcelona: Ariel, 1994. p. 152.

3.4 Consideraciones finales sobre la función crítica de una propuesta político-criminal de un derecho penal mínimo.

La propuesta de Ferrajoli del nuevo paradigma constitucional, que acompaña la política-criminal —en su doble dirección—, en últimas debe estar fundada en el respeto de la dignidad humana, reconociendo el principio kantiano de la autonomía ética de la persona, de acuerdo con el ninguna persona puede ser considerada como un medio para otro fin, sino como un fin en sí mismo, Kant considera que “el hombre no debe jamás ser tratado como un puro medio al servicio de los fines de otro”. La dignidad humana, los principios constitucionales, los DD. HH. y los principios antes mencionados, no cumplen una función legitimadora del derecho penal, sino todo lo contrario, son un límite y reducción a la intervención punitiva del Estado.

Esto no significa que lo limiten solo para impedir la arbitrariedad del Estado, pues la función crítica de la política-criminal se proyecta, sobre ella misma, sobre el derecho penal, como parte de aquella, pero también sobre las otras maneras, menos invasivas, de combatir la criminalidad. Buscando siempre, nuevas y mejores formas de prevenir la criminalidad, procurando la supremacía de los derechos del más débil.

Esta dirección apunta más allá de los confines que hoy encierran a la política-criminal y, sin duda, nos muestra que su consecución es indisociable de la lucha por un mundo mejor. De esta forma, “el derecho penal mínimo, el derecho penal de la Constitución, no es sólo el programa de un derecho penal más justo y eficaz, es también un gran programa de justicia social y de pacificación de los conflictos”²².

²² BARATA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. En: Revista Nueva Doctrina Penal. 2000. p. 418-SS.

GUÍA DE LECTURA

El presente trabajo tiene como propósito exponer que es el garantismo penal y como ha sido recepcionado en Colombia y las particularidades que presenta en un contexto como el colombiano. El trabajo esta dividido en tres capítulos, en el primero de ellos se desarrolla el debate que se ha dado en torno a la intervención del juez constitucional en el diseño de la política criminal, y los argumentos que esboza le garantismo penal al respecto. El segundo desarrolla una particularidad del discurso garantista en Colombia, la existencia de territorios ajenos a ese discurso, muy a pesar de que la presencia y efectividad de las garantías sea un presupuesto conceptual básico del garantismo. En el ultimo capitulo se desarrolla el sistema garantista.

BIBLIOGRAFÍA

1. ADRIAN, Jesús. El principio de proporcionalidad como límite al legislador penal. En: Revista de la facultad de derecho. 2009, No. 9. p. 51-58.
2. ALEXY, Robert. (2002). Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales. En: Revista Española de Derecho Constitucional. 2002, No. 66.
3. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
4. ANITUA, Gabriel. (2005) Los principios constitucionales para una política criminal del Estado social y democrático de derecho. En: RIVERA, Iñaki. Política criminal y sistema penal. Barcelona: Antrophos Editorial, 2005.
5. ARAUJO, Jaime. El derecho fundamental a la igualdad: precisiones. Bogotá: Club de Abogados, 2004. p. 150.
6. ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. En: Doxa. 2001.
7. BARATA, Alessandro. Principios de Derecho Penal Mínimo. En: Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam), Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.
8. BARATA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. En: Revista Nueva Doctrina Penal. 2000. p. 418-SS.

9. BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Barcelona: Bruguera, 1983.
10. BERNAL, Carlos. El Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
11. BERNAL, Carlos. La democracia como principio constitucional en América Latina. En: Cuestiones Constitucionales, 2007.
12. BERNAL, Carlos. El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
13. BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales 3ra ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
14. DE RIVACOBBA y ZAFFARONI, Eugenio. Presentación a la edición castellana del Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania, de Feurbach, A. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
15. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal. Madrid, Trotta, 1997.
16. FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal mínimo. En: Poder y Control. 1986, No. 0. p. 25-SS.
17. GARCÍA, Mauricio. Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997. En: GARCÍA, Mauricio & Santos,

Boaventura. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Vol. I. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2001. p. 317-370.

18. GARCÍA, Mauricio. Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund, 2008.
19. GARCÍA, Mauricio, & RODRÍGUEZ, Cesar. Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. En: GARCÍA, Mauricio, & RODRÍGUEZ, Cesar. Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos. Bogotá: ILSA, 2003. p. 15-66.
20. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos. El principio de la antijuridicidad material. Bogotá: Giro Editores, 2005.
21. GUZMÁN, José. (1995). Exposición y crítica de una reducción del derecho penal. Derecho penal y criminología. En: Revista del Instituto de ciencias penales y criminológicas. 1995, No. 53.
22. JAKOBS, Günter. ¿Terroristas como personas en Derecho? En: M. Cancio Meliá & Gómez-Jara Díez (Coord.), Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión, Vol. 2. Madrid: Edisofer, 2006.
23. ----- . Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad. Madrid: Civitas, 2004.
24. JARAMILLO, Ruben. Moralidad y Modernidad en Colombia. En: Misión Rural. Transición, convivencia y sostenibilidad. Bogotá: Ministerio de agricultura y desarrollo rural, 1998. p. 33-56.

25. JEFFERSON, Thomas. The writings of Thomas Jefferson. Vol. X. New York: Thomas Jefferson Memorial Association, 2006. p. 278.
26. LONDOÑO, Hernando. Política criminal del Estado en Colombia. En: De jure. No. 7 (2007); p. 13-49.
27. MERCADO, David. La Paz en Colombia, Marco Histórico, Político y Jurídico. En: Revista Jurídica. No. 12 (1998); p. 81-113.
28. MIR PUIG, Santiago. El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. Barcelona: Ariel, 1994.
29. NEVES, Marcelo. Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina. En: GARCÍA, Mauricio, & RODRÍGUEZ, Cesar. Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos. Bogotá: ILSA, 2003. p. 261-290.
30. PEREZ, A. Derecho penal mínimo y derecho penal de garantías. En: Pensamiento penal moderno. 1991. p.137-155.
31. REVENGA, Manuel. Función jurisdiccional y control político. ¿Hacia una responsabilidad política del juez? En: Revista Española de Derecho Constitucional. 1990, No. 29. p. 117-142.
32. RIVERA, Iñaki. Principios orientadores del constitucionalismo social. En: RIVERA, Iñaki. Política criminal y sistema penal. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005.

33. SANTOS, Boaventura. La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá: ILSA y Universidad Nacional de Colombia, 1998.
34. SANTOS, Boaventura. Colombia: el revés del contrato social de la modernidad. En: GARCÍA, Mauricio & Santos, Boaventura. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Vol. I. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2001. p. 11-84.
35. SASSEMER, Winfred. y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la criminología y al derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
36. SILVA, Jesús. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1992.
37. SOTOMAYOR, Javier. Garantismo y derecho penal en Colombia. En: Jueces para la democracia. (1999); p. 92-98.
38. TUSHNET, Mark. Taking the Constitution Away from the Courts. Princeton: Princeton University Press, 1999
39. TUSHNET, Mark. Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law. Princeton: Princeton University Press, 2008.
40. UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia. En: GARCÍA, Mauricio & Santos, Boaventura. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Vol. I. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2001. p. 261-316.

41. URIBE, María. Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz. En: Estudios Políticos. No. 13 (1998); p. 11-37.

42. ZAFFARONI, Eugenio. Tratado de derecho penal. Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1983.

Jurisprudencia

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006. M.P.: Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

----- Sentencia C-205 de 2003. M.P.: Clara Inés Vargas H.

----- Sentencia C-420 de 2002. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

----- Sentencia C-226 de 2002. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

----- Sentencia C-132 de 1999. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

----- Sentencia C-489 de 1995. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

España, Tribunal Constitucional Sentencia 59 de 2008.