

DERECHO PENAL Y CRÍTICA AL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

**LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
NODIER AGUDELO BETANCUR**

Tomo 1

COORDINADORES

Prof. **Fernando VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ**
Universidad Sergio Arboleda
Director del Departamento de Derecho Penal
Bogotá, D. C.

Prof. **Ricardo POSADA MAYA**
Universidad de los Andes
Director del Área Penal, Procesal Penal
y Criminología
Bogotá, D. C.

Prof. **Alfonso CADAVID QUINTERO**
Universidad EAFIT
Director del Área Penal
Medellín

Prof. **Ricardo MOLINA LÓPEZ**
Universidad Pontificia Bolivariana
Director del Centro de Investigaciones
Medellín

Prof. **Juan Oberto SOTOMAYOR ACOSTA**
Universidad EAFIT
Director revista *Nuevo Foro Penal*
Medellín



© UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

© GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ
Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur
Teléfonos: 2300731-2386035

Librería: Calle 12 B N° 7-12 L. 1
Tels.: 2835194 -2847524
Bogotá, D.C.-Colombia
http://webmail.grupoeditorialibanez.com

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico. Queda prohibida su reproducción en el territorio español, especialmente por fotocopia, microfilme, *offset* o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

ISBN 978-958-749-262-0

Diagramación electrónica: Clara Gómez C.

© 2013

Derecho penal y crítica al poder punitivo del estado: libro homenaje a Nodier Agudelo Betancur / Fernando Velásquez Velásquez... [et al.]. -- Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, Universidad de los Andes, 2013.

2 v. ; 24 cm.

Incluye bibliografías.

ISBN 978-958-749-262-0

1. Agudelo Betancur, Nodier - Homenajes 2. Derecho penal - Colombia 4. Administración de justicia penal I. Velásquez Velásquez Fernando.

343 cd 21 ed.

A1404243

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

COLECCIÓN CIENCIAS PENALES

RICARDO POSADA MAYA
Director

COMITÉ EDITORIAL

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ
Universidad Sergio Arboleda, Colombia

YESID REYES ALVARADO
Universidad de los Andes, Colombia

LOTHAR KUHLEN
Universidad Mannheim, Alemania

WALTER PERRON
Universidad de Freiburg, Alemania

MARCELO SANCINETTI
Universidad de Buenos Aires, Argentina

JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER
Universidad Jaume I de Castellón, España

FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ
Universidad Autónoma de Madrid, España

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ
Universidad Pompeu Fabra, España

ENZO MUSCO
Università "Tor Vergata", Italia

MARIO TRAPANI
Università Roma Tre, Italia

JOSÉ HURTADO POZO
Université de Fribourg, Suiza

CONTENIDO

TOMO I

PARTE I PRESENTACIÓN

RESEÑA AUTOBIOGRÁFICA <i>Nodier AGUDELO BETANCUR</i>	21
LAUDATIO <i>Fernando VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ</i>	27

PARTE II POLÍTICA CRIMINAL, CRIMINOLOGÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

JURISDICCIÓN Y ESTADO CONSTITUCIONAL EN LUIGI FERRAJOLI <i>Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ</i>	41
JOSÉ VICENTE CONCHA FERREIRA: SU IMPORTANCIA PARA EL DERECHO PENAL COLOMBIANO <i>Diego ARAQUE</i>	65
DERECHO PENAL Y GARANTISMO <i>Carlos Simón BELLO RENGIFO</i>	83
PANORAMA DE LA DIVERSIDAD CULTURAL EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO: DEL EVOLUCIONISMO AL MULTICULTURALISMO <i>Hernán Darío BENÍTEZ NARANJO</i>	97
CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA <i>Carlos ELBERT</i>	119
RETOMANDO LAS DROGAS: DESMONTANDO LAS GUERRAS <i>Gonzalo ESCOBAR MARULANDA</i>	137
ALGUNAS PRECISIONES HISTÓRICAS SOBRE EL PRIMER "PROYECTO DE CÓDIGO PENAL PARA COLOMBIA" DE 1823 <i>Carlos Augusto GÁLVEZ ARGOTE</i>	161

LA ACTUALIDAD DEL PENSAMIENTO DE BECCARIA¹ (A PROPÓSITO DEL HOMENAJE A NODIER AGUDELO BETANCUR)

Javier LLOBET RODRÍGUEZ*

A principios de la década de los noventa del siglo pasado llegó a mis manos la edición del libro de Cesare BECCARIA *De los delitos y de las penas*, con la introducción realizada por Nodier AGUDELO BETANCUR². De dicha introducción me impresionó en particular la referencia a la actualidad del pensamiento de Cesare BECCARIA en Latinoamérica, en la que mencionaba la práctica de la tortura y las ejecuciones extrajudiciales, lo mismo que los problemas del hacinamiento carcelario que se presentan en Latinoamérica. Igualmente poco tiempo después estudié el trabajo realizado por Nodier con relación a la escuela clásica y al pensamiento de Francesco CARRARA³. Ambos trabajos me llamaron la atención sobre la importancia del estudio de la doctrina ilustrada y clásica y la necesidad de ahondar en la profundización de las garantías penales y procesales a partir de ello. En los años siguientes, bajo la inspiración de esos trabajos de Nodier AGUDELO BETANCUR me dediqué a seguir sus pasos y a investigar sobre Cesare BECCARIA⁴ y Francesco CARRARA⁵, investigaciones que me condujeron también a Jean Paul MARAT⁶, otro

* Catedrático de derecho penal de la Universidad de Costa Rica.

1 Título tomado del texto de: AGUDELO BETANCUR, Nodier, "Estudio preliminar. La actualidad del pensamiento de Beccaria", en BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*. Bogotá, Temis, 3ª Edición, 2006, pp. XI-XLIV.

2 AGUDELO BETANCUR, Nodier, "Estudio preliminar. La obra de Beccaria como crítica y control del poder punitivo del Estado", en BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1990, pp. IX-LXV.

3 AGUDELO BETANCUR, Nodier, *El pensamiento jurídico-penal de Francesco Carrara*, Bogotá, Temis, 1988.

4 Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Garantías y sistema penal. Releyendo hoy a Cesare Beccaria*. San José, Areté, 1999; LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Cesare Beccaria y el derecho penal de hoy*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2005; LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Cesare Beccaria y el derecho penal de hoy*, Sarbrücken (Alemania), Editorial Académica Española, 2011.

5 LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, "La traducción costarricense del programa de Francesco Carrara (1889-1890)", en CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal*, Octavio Bécche/Alberto Gallegos (Trad.), San José, Editorial Jurídica Continental/ILANUD, 2000, pp. V-LXXIII.

6 LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Jean Paul Marat y la ilustración penal*, Venezuela, CENIPEC, No. 25, 2006, pp. 273-306.

autor ilustrado. A partir de este interés común con Nodier AGUDELO BETANCUR se inició una relación de amistad con él, con el que he podido compartir en algunas de mis visitas a Colombia. He apreciado además a través de las conferencias de él que he escuchado su capacidad oratoria y didáctica, lo mismo que la gran admiración que se le tiene por profesionales y estudiantes en Colombia. Por ello para mí es motivo de gran alegría poder participar en este libro homenaje.

Nodier AGUDELO BETANCUR ha resaltado la importancia de Cesare BECCARIA en cuanto a la crítica que hizo del modelo penal existente en su época, haciendo una propuesta de un nuevo sistema penal basado en el demoliberalismo. En cuanto a las lecciones útiles que podemos sacar para Latinoamérica de los pensadores demoliberales, como BECCARIA, nos dice Nodier:

Si reparamos en una idea recurrente: la idea del control punitivo del Estado. Esto es algo patente en los puntos ya tratados en relación con la obra de Beccaria: la teoría contractualista explica la "soberanía de la nación", como fruto de un acuerdo entre los hombres; dicho acuerdo es fundamento del poder pero también un límite al mismo: fue la necesidad la que originó el pacto, de donde se deduce que todo aquello que exceda la necesidad se convierte en tiránico. El poder, pues, ya no es ilimitado sino que tiene sus contapisas (*sic*); se controla el poder mediante el principio de legalidad: la función punitiva, la actividad del Estado en ese sentido, ya no es ilimitada sino que previamente debe estar abroquelada por normas, o sea por el derecho objetivo; se controla el ejercicio de la actividad punitiva a través de la separación de poderes, pues ya nadie puede ejercerlo de manera ilimitada; de ahí la necesidad de la magistratura y la prohibición de la interpretación por parte del juez; el control del poder impidiéndole el abuso de la tortura y de la pena de muerte, con la publicidad de las pruebas y de los juicios, en fin con la exigencia de la proporción entre la pena y el daño causado por el delito⁷.

En efecto, deben mencionarse los aportes que hizo Cesare BECCARIA en particular con respecto a la defensa del principio de legalidad penal, la separación entre derecho y moral, el respeto al principio de proporcionalidad entre pena y hecho delictivo, la importancia de la prevención antes que la represión, la lucha en contra de la pena de muerte, el reclamo en contra de la aplicación de la tortura, el alegato de respeto al principio de presunción de inocencia y los límites a la prisión preventiva, de modo que solamente sean admisibles las causales de peligro de

7 AGUDELO BETANCUR, Nodier, *Estudio preliminar. La actualidad del pensamiento de Beccaria*, p. XXXIV.

fuga y de obstaculización, la prohibición de los juicios secretos y la necesidad de garantizar el derecho de defensa, etcétera. Se trata de aspectos resaltados por Nodier AGUDELO BETANCUR en su estudio sobre BECCARIA⁸. Nodier, con razón, se ubica entre los que defienden el humanismo y humanitarismo del pensamiento de BECCARIA, ello frente a los críticos que han indicado que el utilitarismo para BECCARIA era lo fundamental y no la preocupación por el ser humano⁹. Al respecto indica que se habla de "derechos humanos y de dignidad" y para ello rescata la expresión de BECCARIA de que el hombre sea un fin y no un medio, con respecto a la cual, tal y como lo indica, se adelantó a la formulación del imperativo categórico por KANT¹⁰. Agrega que cree encontrar en BECCARIA: "el rechazo de la tiranía contra el individuo y la opción por una perspectiva garantista y humanitaria en el derecho penal; la fraternidad, la igualdad y la solidaridad"¹¹.

Desgraciadamente en el momento actual, tal y como lo indica Nodier, el pensamiento de BECCARIA sigue teniendo plena actualidad en nuestra realidad latinoamericana, de modo que al acercarnos a la misma debemos reconocer lo poco o nada que hemos logrado avanzar¹²; prueba de ello es que el sistema penal más bien ha ido retrocediendo en los últimos años en los aspectos humanistas y humanitarios que podría haber tenido y se ha convertido en una máquina de enviar personas a las cárceles, en gran parte incluso en calidad de presos preventivos, todo lo que ha llevado a problemas de hacinamiento carcelario de magnitudes hasta hace poco inimaginables. Sobre ello señalaba ya Nodier, antes de que el problema del encarcelamiento masivo y el hacinamiento carcelario, llegara a tener las magnitudes actuales en Latinoamérica: "Nuestras cárceles son antros en donde es imposible la resocialización como parte de los pretendidos fines de las penas". Agregaba él con una fuerza que nos hace recordar la que tiene el capítulo de la tortura de BECCARIA:

8 Ibid, pp. XX-XXVIII.

9 Cfr. NAUCKE, Wolfgang, "Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria", en BECCARIA, *Die Anfänge moderner Strafrechtspflege in Europa*, Deimling (ed.), Heidelberg, Kriminalistik Verlag, 1989, pp. 37-53; NAUCKE, Wolfgang, "Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik", en NAUCKE, *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*, Fráncfort del Meno, 1999, pp. 225-240; NAUCKE, Wolfgang, "Generalprävention und Grundrechte der Person", en NAUCKE, *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*, Fráncfort del Meno, 1999, pp. 133-153.

10 AGUDELO BETANCUR, Nodier. *Estudio preliminar. La actualidad...*, p. XXXIX.

11 Ibid, p. XLIII.

12 Ibid, p. XXIX.

La falta de alimentación, de espacio para el sueño, de asistencia médica, la desnudez, la violación de los jóvenes presidiarios; también la violación de las hermanas o de las esposas o de las hijas que llegan el día de visita a ver a sus seres queridos, so pena de muerte en el transcurso de la semana para quien no se aguante y “cante” la ignominia; la corrupción del personal de vigilancia, reflejada en el tráfico de drogas y de armas que se da en el interior de los centros penitenciarios; el celestinaje en la prostitución heterosexual y homosexual; la “venta de patios” y cambuches; el pago semanal o mensual de “cuotas” de vigilancia; la falta de control del poder de los funcionarios administrativos de la prisión, lo cual conduce a que la suerte del preso esté a disposición de la voluntad omnímoda de quien regenta; en fin, el inhumano traslado de presos a los despachos judiciales en malolientes y estrechos furgones sin ventilación, casi hornos crematorios de esta “carne de presidio”. ¡Y qué no decir de los pretendidos “establecimientos psiquiátricos o clínicas adecuadas” para cumplir las medidas de seguridad!¹³.

El discurso del populismo punitivo está en auge en Latinoamérica, lo que ha llevado a demandar cárcel como “pomada canaria” a los problemas sociales, agudizados con el auge del neoliberalismo. Debe considerarse que el realismo de derecha anglosajón, que sirve de justificación al populismo punitivo pretende la atención del problema de la seguridad como prioritario, con un desvío de la inversión estatal en materia social¹⁴. En la sociedad latinoamericana caracterizada como una de las más desiguales del mundo, ello es aún más problemático.

En el populismo punitivo se parte de una serie de eslóganes de fácil entendimiento por las personas en general, teniendo como difusores de los mismos a los medios de comunicación y a los políticos. Estos últimos los utilizan como forma de captar votos, todo en una lucha por mostrarse los más duros

13 Ibid, p. XXXI.

14 Sobre el cambio de las políticas estatales impulsadas por el conservadurismo estadounidense, que se enmarcan dentro del populismo punitivo, que han dejado de realizar una inversión social y se ha pasado simplemente a la inversión en seguridad, provocando una mayor exclusión social: WACQUANT, Lóic, *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires, Manantial, 2000; WACQUANT, Lóic, *Parias urbanos*, Buenos Aires, Manantial, 2001; WACQUANT, Lóic, *Los condenados de la ciudad. Gueto, periferias y Estado*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007; WACQUANT, Lóic, *Las dos caras de un gueto. Ensayos sobre marginación y penalización*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010; BAUMAN, Zigmunt, *La posmodernidad y sus descontentos*, Madrid, Akal, 2001, pp. 49-61.

contra la criminalidad. Se dice que el combate a la criminalidad es un asunto de sentido común¹⁵ y se considera que los culpables de la criminalidad han sido los defensores de los derechos humanos y los científicos sociales con sus posiciones humanistas¹⁶. Se señala que existen muchos derechos de los delincuentes y pocos de la gente honrada, que los delincuentes están libres y la gente honrada está bajo rejas, que los delincuentes entran por una puerta de la cárcel y salen por otra¹⁷. Se parte de una crítica a garantías como la presunción de inocencia y de los límites a la prisión preventiva. Esta concepción pretende basarse en el libre albedrío como un postulado, indicando que el criminal lo es tal, debido a que en una decisión racional se decide por el mal, no teniendo importancia en esa temática la problemática social¹⁸. Sin embargo, lejos de tener en ese aspecto un contacto con la doctrina ilustrada y clásica, en cuanto en principio se parte como estas del postulado del libre albedrío, más bien se llega a asociar con las concepciones del derecho penal de autor, puesto que se pretende el aumento de la penalidad por

15 Señala David GARLAND: “Existe actualmente una corriente populista en la política penal que denigra a las élites de expertos y profesionales y defiende la autoridad ‘de la gente’, del sentido común, de ‘volver a lo básico’”, GARLAND, David, *La cultura del control*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 49. En sentido similar: Gabriel ANITUA, *Derechos, seguridad y policía*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2009, p. 72.

16 El descrédito a los llamados expertos en ciencias sociales y con ello a los defensores de las garantías es una característica del populismo punitivo. Véase al respecto los autores citados en la nota anterior.

17 Señala Gabriel ANITUA con respecto a la discusión en los Estados Unidos, mencionando a James Q. WILSON, uno de los teóricos del realismo de derecha: “Para Wilson los índices delictivos en los Estados Unidos habían subido porque habían bajado las posibilidades de ser detenido, condenado y, sobre todo ser severamente era castigado. Argumentaba que las consideraciones disuasorias debían ajustar el nivel general de imposición de penas y que los delincuentes peligrosos o reincidentes debían ser sujetos a penalidades más severas, incapacitadoras, y en algunos casos a la misma muerte”. Gabriel ANITUA, *Historia de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 487. Agrega ANITUA, refiriéndose a la obra de George KELLING y Catherine COLES, teóricos del realismo de derecho: “En el libro también recurrían a la vieja técnica inquisitorial de encontrar culpables entre los deslegitimadores de su teoría, los criminólogos y políticos liberales, en sus reclamos por libertad, tolerancia y derechos humanos, serían en realidad, los responsables de todo ese desmadre. La culpa de lo que pasa en los Estados Unidos la tendrían las sentencias del tipo ‘Miranda contra Arizona’ y demás medidas limitadoras de ‘excesos’ policiales”. Ibid, p. 489. Sobre ello véase además: ARZT, Günther, *Der Ruf nach Recht und Ordnung*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, pp. 75-101.

18 Sobre ello indica Tamar PITCH: “En primer lugar, dicen los criminólogos conservadores, dejemos de lado la idea de que se delinque por condiciones sociales y ambientales adversas. El que delinque es considerado como un sujeto que elige racionalmente, ponderando costos y beneficios de su acción. Conviene entonces actuar sobre los costos, incrementándolos de forma tal que la elección criminal resulte más difícil. Subir los costos significa apostar por la represión penal: aumentando las penas, volviéndolas ciertas (con la introducción, en los Estados Unidos, del *mandatory sentencing*”). PITCH, Tamar, *La sociedad de la prevención*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2009, p. 124. Sobre la falta de consideración de los factores sociales asociados a la delincuencia véase la crítica de NEUMAN, Elías, *El Estado penal y la prisión a muerte*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001, p. 86.

la “conducción de la vida”, por ejemplo por la reincidencia, unido a que se trata de criminalizar especialmente la delincuencia callejera, en cuanto concuerda con el estereotipo del delincuente, relacionado con las clases más necesitadas. Esta relación con un derecho penal de autor se aprecia si se comparan los argumentos dados por el populismo punitivo en contra de la criminalidad y los que sostuvieron en su momento autores como Raffaele GAROFALO y Enrico FERRI, dentro del positivismo criminológico. Esto se refleja, por ejemplo, en las críticas que ambos autores formularon en su momento en contra de la presunción de inocencia, principio heredado del pensamiento ilustrado, y contra los límites al dictado de la prisión preventiva¹⁹. Se reclamaba por estos autores que el derecho protegía demasiado a los delincuentes, dejando desprotegida a la sociedad²⁰. Dichos postulados son asumidos hoy por el populismo punitivo y no es por ello de extrañar que se hable hoy de una tendencia a la “antiilustración”.

En Latinoamérica, al lado del control social formalizado, opera también un informalizado, ello con la mayor arbitrariedad, a lo que hace referencia Nodier²¹. En los tiempos en que estuvo en auge la doctrina de la seguridad nacional, esta

- 19 Tanto GAROFALO como FERRI criticaron la concepción de la presunción de inocencia y los límites que según la escuela clásica imponía dicho principio a la prisión preventiva. Mientras el primero de ellos propuso un rechazo estricto de dicho principio, el segundo se pronunció por una relativización del mismo. GAROFALO, *La criminología*, Buenos Aires, B. de F., 2005, pp. 293-302; FERRI, *Sociología criminal*, t. II, Madrid, Biblioteca Jurídica, 1908, pp. 194-195. Sobre ello: LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, “Die Unschuldvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft”. *Friburgo en Brisgovia*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1995, pp. 48-52.
- 20 Indica Raffaele GAROFALO: “Que la teoría penal dominante y, de acuerdo con ella, la jurisprudencia parecen hechas *ex proceso* para proteger al criminal contra la sociedad más que a esta última contra el primero”. GAROFALO, *La criminología*, p. 289. Señala además GAROFALO: “Es nuestro sentir, la falta de una represión enérgica es una de las causas principales de la persistencia de la alta criminalidad y de la delincuencia profesional en los países que, como Italia, gozan en otros sentidos, de una civilización floreciente”. GAROFALO, *El delito como fenómeno social*, Pamplona, Analecta Ediciones, 2004, pp. 9-10. Dice también: “Las normas de la legislación vigente son suficientes para tutelar a los inocentes. Persuádase nuestro ilustre impugnador, que los hombres de bien temen menos ser denunciados como culpables de un delito imaginario o cometido por otro, que tropezarse en el campo, ó (sic) en las calles de una población, con los asesinos que el jurado había condenado á (sic) muerte ó (sic) á (sic) cadena perpétua”. GAROFALO, *El delito*..., p. 36. Señala FERRI: “Habiéndose preocupado, con exceso y demasiado exclusivamente, de la suerte de los malhechores después de cometida su falta, su atención y la solicitud de la filantropía pública se apartaron de una muchedumbre bastante más considerable de desgraciados que arrastran con gran trabajo a nuestro alrededor una vida miserable, y que tienen sobre los delincuentes la superioridad moral de haber permanecido honrados”, FERRI, *Op. cit.*, t. I, 1908, p. 7. Agrega: “Es preciso restablecer el equilibrio de los derechos y las garantías entre el individuo que debe ser juzgado y la sociedad que juzga, para obviar las exageraciones del individualismo introducidas por la escuela clásica”, FERRI, *Op. cit.*, t. II, p. 192.
- 21 AGUDELO BETANCUR, Nodier, *Estudio preliminar. La actualidad*..., pp. XXIX y XXX.

legitimó las detenciones arbitrarias, la desaparición forzada y la práctica de la tortura²². En los momentos actuales opera lo que Eugenio Raúl ZAFFARONI ha denominado “la doctrina de la seguridad ciudadana”²³, que no se contenta con la eliminación legal de garantías penales y procesales, como forma de combatir la criminalidad común, sino además llega a justificar reacciones de hecho, sin ningún límite ni control, aplicadas por autodenominados justicieros, que a través de lo que se ha denominado los “escuadrones de la muerte”, detienen, torturan y matan, con frecuencia con la tolerancia o la propia participación de la policía²⁴.

Como discurso de resistencia frente al populismo punitivo deben resaltarse los aportes del garantismo penal, encabezados por autores como Luigi FERRAJOLI, Alessandro BARATTA, Lola ANIYAR DE CASTRO, Eugenio Raúl ZAFFARONI y Nodier AGUDELO BETANCUR, los que a pesar de haber criticado el carácter selectivo del sistema penal, han destacado la importancia del sistema de garantías como control frente a la arbitrariedad del poder estatal y penal²⁵. En este sentido enfatiza Nodier que “la ciencia del derecho penal debe ser un control del control punitivo”, señalando además que “la idea de un derecho penal limitado, controlado, se inscribe dentro del marco más amplio del control del poder en general”²⁶. Luigi FERRAJOLI, Alessandro BARATTA, Lola ANIYAR DE CASTRO, Eugenio Raúl ZAFFARONI y

- 22 Sobre las violaciones de los derechos humanos durante la vigencia de la doctrina de la seguridad nacional véase por ejemplo: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia del 4 de mayo de 2004 (caso Molina Theissen vs. Guatemala); Sentencia de 29 de abril de 2004 (caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala).
- 23 ZAFFARONI, “Política criminal y derechos humanos en América Latina: de la “seguridad nacional” a la “seguridad ciudadana”, en *Consideraciones en torno a una nueva política criminal en Centroamérica y Panamá* (Editor ILANUD), San José, 1992.
- 24 Véase por ejemplo lo resuelto por la Corte Interamericana en el caso llamado de los “Niños de la Calle”, en sentencia del 19 de noviembre de 1999. Sobre las muertes causadas por grupos paramilitares de “Niños de la Calle” en Latinoamérica: SCHÜBELIN, Jürgen, “Die Toten auf den Strassen von Honduras”. En: *Deutschen Institut für Menschenrechte* y otros (Editores). Francfort del Meno, Suhrkamp, 2005, pp. 167-177; WALDMANN, Peter. Staatliche und parastaatliche Gewalt in Lateinamerika. En: JUNKER, Detlef/NOHLEN, Dieter/SANGMEISTER, Hartmut (Editores). *Lateinamerika am Ende des 20. Jahrhunderts*. München, VERLAG BECK, 1994, pp. 75-103; ZAFFARONI, *Muertes anunciadas*. Bogotá, Temis, 1993; ZAFFARONI, *Hacia un realismo radical*. Caracas, Monte Ávila Editores, 1992, p. 47.
- 25 Cfr. BARATTA, “Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, en *Doctrina Penal* (Argentina), No. 40, 1987, pp. 623-650; BARATTA, *Criminología y sistema penal*, Buenos Aires, B. de F., 2004, pp. 299-333; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Bogotá, Temis, 1993; ANIYAR DE CASTRO, Lola, *Criminología de los derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010; AGUDELO BETANCUR, Nodier, *Estudio preliminar. La actualidad*..., pp. XI-XLIV.
- 26 AGUDELO BETANCUR, Nodier, *Op. cit.*, p. XXXVI.

Nodier AGUDELO BETANCUR han resaltado la importancia de la tradición ilustrada y clásica y del respeto de los derechos humanos que se han ido regulando en el derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido BARATTA, a pesar de haber tratado de demostrar la deslegitimación del sistema penal a partir de las mismas concepciones criminológicas tradicionales, propuso a su vez lo que él denominó “una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal”²⁷, de modo que operara una política de contención de la violencia punitiva. Si se analiza el desarrollo que hace BARATTA, no es sino conforme a los postulados demoliberales, que inspiraron al pensamiento ilustrado y al clásico. Partió así de que no es correcto menospreciar totalmente las garantías penales, sino que las mismas pueden operar como una contención de la violencia estatal. Este aspecto relacionado con BARATTA es reconocido por Nodier AGUDELO BETANCUR, al indicar que conforme a dicho autor: “siempre será preferible la pena con ley a la pena sin ley”²⁸, aunque eso no es suficiente. La influencia ilustrada y clásica en el garantismo es reconocida por FERRAJOLI²⁹, cuyos dos autores más citados son Cesare BECCARIA y Francesco CARRARA.

El garantismo trata de que se mantenga el derecho penal con sus caracteres clásicos, de acuerdo con los lineamientos del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, herencia de la doctrina ilustrada, reconociéndose la necesidad de tutela frente a la arbitrariedad estatal y recalándose que todos podemos ser objeto de un proceso penal y que aquel contra el que se dirige el mismo no puede ser considerado culpable sin que haya sido declarado como tal por sentencia firme. Igualmente se enfatiza que debe

27 BARATTA, “Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, en *Doctrina Penal* (Argentina), No. 40, 1987, pp. 623-650. Véase también: BARATTA, *Criminología y sistema penal*, Buenos Aires, B. de F., 2004, pp. 299-333. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Bogotá, Temis, 1993; ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminología de los Derechos Humanos*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010; AGUDELO BETANCUR, Nodier. *Estudio preliminar. La actualidad...*, pp. XI-XLIV.

28 AGUDELO BETANCUR, Nodier, *Op. cit.*, p. XXXV.

29 Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ y otros (trad.), Madrid, 1995, p. 93. Sobre la pretensión de FERRAJOLI de rehabilitar el pensamiento ilustrado: SALAS, Minor, *Kritik des strafprozessualen Denkens*, Múnich, Verlag C. H. Beck, 2005, pp. 181-189. Acerca de ello indica Jesús María SILVA-SÁNCHEZ que algunas interpretaciones del derecho penal mínimo no se encuentran muy lejos de las propuestas que, entre otros, realizara BECCARIA, hace dos siglos. Cfr. SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal*, Buenos Aires, B. de F., 2006, p. 2. Sobre las ideas de BECCARIA y su influencia en los postulados del derecho penal mínimo de acuerdo con la formulación del mismo por FERRAJOLI: ASÚA, Adela. “Reivindicación o superación del programa de Beccaria”, en *El pensamiento penal de Beccaria. Su actualidad*, Adela Asúa (coord.), Bilbao, Universidad de Deusto, 1990, p. 24.

respetarse la dignidad humana tanto de los imputados como de los condenados, lo que supone la superioridad moral del Estado, el que no puede ponerse al nivel de los delincuentes, ya que perdería su legitimación³⁰, convirtiéndose el mismo en criminal, tal y como lo indica Nodier³¹. Desde esta perspectiva, garantismo y Estado social de derecho son sinónimos³². Contrario a lo que indican sus detractores, el garantismo de ningún modo es un aliado de la delincuencia, ni pretende su aumento. Al contrario, persigue la prevención de la misma y con ello evitar que existan víctimas. Sin embargo, considera que no puede prevenirse la delincuencia a través de la violación de los derechos de los imputados y condenados, sino a través de una buena política social³³.

En el garantismo penal se trata de profundizar las garantías propias de un Estado de derecho, pero no de uno con carácter meramente formal, sino de índole sustancial, dotando de contenido a las garantías y haciendo que las mismas no sean simplemente formales, que es una de las grandes preocupaciones de Nodier³⁴. Por ello el garantismo parte no solamente de la sujeción a la ley, sino de la sujeción de la persona legisladora y jueza a la Constitución y a los derechos fundamentales establecidos en esta. Desde esta perspectiva el garantismo distingue entre el Estado de derecho en sentido formal, que supondría que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y procedimientos establecidos, y el Estado de derecho en sentido sustancial, que implica que todos los poderes, incluyendo el legislativo están vinculados por el respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, dentro de los cuales se encuentran los derechos frente al poder punitivo estatal³⁵. En este sentido indica Nodier:

No podemos parificar Estado republicano de derecho con Estado de leyes: de ahí la necesidad de ir más allá de la ley como límite formal, y buscar el establecimiento de límites materiales que el legislador no debe traspasar: —el concepto del derecho penal como instrumento al cual se acuda y en la

30 “Un Estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes”, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, p. 396.

31 AGUDELO BETANCUR, Nodier, *Estudio preliminar. La actualidad...*, p. XXXV.

32 Sobre ello: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Bogotá, Ibáñez, 2006, p. 169.

33 Sobre ello: FERRAJOLI, L., *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 255-256.

34 AGUDELO BETANCUR, Nodier, *Ibid.*, p. XXXVIII.

35 Sobre ello: GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, en CARBONELL, Miguel/SALAZAR, Pedro, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 21-39.

menor medida posible; –el principio de que el derecho penal es protector de bienes jurídicos comunitarios y no de una clase o casta en particular; –el principio de dignidad de la persona humana; –límites derivados de los estados culturales actuantes en cada ámbito de jurisdicción; –límites surgidos de los tratados sobre derechos humanos, estos tomados como barrera de contención del poder, para que el Estado al sancionar el crimen, no sea él mismo criminal. Lo anterior para que no se quiera utilizar el derecho penal como instrumento de solución de conflictos sociales que no puede solucionar; –para que no tengamos un derecho penal focal o coyuntural dictado al calor de la exacerbación de algún grave pero circunstancial acontecimiento; –para que el Estado en el uso del derecho penal no sea débil con los fuertes y tirano con los débiles³⁶.

La discusión entre el garantismo y el populismo punitivo es fundamentalmente ideológica y va más allá de lo penal, estando relacionada con los aspectos fundamentales de las políticas estatales. El garantismo en la versión de FERRAJOLI, BARATTA, ANIYAR DE CASTRO, ZAFFARONI y AGUDELO BETANCUR, no supone solamente la preocupación por el respeto de los derechos humanos por la justicia penal, conforme a la tradición ilustrada, sino además el énfasis en el deber de garantizar las condiciones mínimas de una subsistencia digna para todas las personas. En palabras de FERRAJOLI el garantismo supone un derecho mínimo en lo penal y derecho máximo en lo social³⁷. En ello se contraponen al populismo punitivo, el que invierte esto, proponiendo un derecho penal máximo y un derecho social mínimo. Con respecto a la relación entre el principio de solidaridad social propio del garantismo y el pensamiento ilustrado, debe indicarse que la crítica social no es ajena al libro de BECCARIA. La frase en este que ha dado lugar al respecto a mayor polémica es su afirmación de que el derecho de propiedad “es terrible y acaso no necesario”³⁸. Sin embargo, Jean Paul MARAT, en el que BECCARIA ejerció una gran influencia³⁹, es en quien en la doctrina ilustrada se refleja una gran preocupación social y el reclamo de que deben garantizarse las condiciones necesarias para

36 AGUDELO BETANCUR, Nodier, *Estudio preliminar. La actualidad...*, pp. XXXV-XXXVI.

37 Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 864-866.

38 Véase: AGUDELO BETANCUR, Nodier, “Notas”, en BECCARIA, Cesare, *De los delitos y las penas*, Bogotá, Temis, 2006, p. 100.

39 La influencia de BECCARIA en MARAT es mencionada por Nodier AGUDELO BETANCUR, en *Estudio preliminar. La actualidad...*, p. XIX.

la subsistencia a los seres humanos y la relación de ello con el sistema penal⁴⁰, siendo con respecto a ello un antecedente del garantismo penal⁴¹. En lo atinente a la preocupación por la problemática social y el reclamo de solidaridad a favor de las personas más necesitadas, expresa Nodier con vehemencia y elocuencia la importancia que:

Tienen principios demoliberales con sensibilidad social, que se inquietan cuando existen caballos que se alimentan a base de huevos de zanahoria, mientras a los humanos les corroe la hambruna; que no acepten que existen clínicas y salones de belleza para perros cuando hay ancianos desvalidos; que no soporten que existan guarderías para perros mientras muchas madres deben dejar a los hijos encerrados en sus ranchos para ir a ganar el pan; o cuando los niños duermen en las calles, tiritando de frío, en noches eternas: solo a la aurora, al despuntar el día, los besa el tibia social, él sí compasivo, que se asoma entre los cerros, ilusionándolos con que este día será mejor... Y ya es mucho si amanecen vivos, porque la inhumanidad ha llegado a tal extremo que en nuestras calles y extramuros han quedado tendidos, asesinados, centenares de indigentes; a otros se les mató ¡para que los estudiantes de medicina aprendieran en ellos anatomía!; ¡qué ‘práctica’ manera de acabar con la pobreza!; porque ¡ah!, los peligros del lenguaje), se les coenzó a llamar ‘desechables’, para anestesiarse y mejor exterminar

40 Dijo MARAT que la sociedad debe asegurarle “(...) su subsistencia, un abrigo conveniente, entera protección, socorro en las enfermedades y cuidados en la vejez”, de modo que “solamente después de haber cumplido todas las obligaciones con sus miembros es cuando tiene derecho a castigar a los que violan sus leyes”. Indicó que en caso contrario se produce un incumplimiento del contrato social, que hace que se vuelva al estado de naturaleza, no estando obligada la persona a respetar las leyes. MARAT, Jean Paul, *Plan de legislación criminal*, A. E. L. (trad.), Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 68.

41 ZAFFARONI reconoce que las ideas desarrolladas por él sobre la culpabilidad proceden de MARAT y del buen juez MAGNAUD. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En torno a la cuestión penal*, Montevideo/Buenos Aires, Editorial B. de F., 2005, p. 241. Véase también: ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 509. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que ZAFFARONI ha estimado que el principio de culpabilidad es insuficiente porque evoca el prejuicio de que la pobreza es la causa de todos los delitos y si se corrigiera ese prejuicio, justificaría más poder punitivo para las clases hegemónicas y menos para las subalternas, pudiendo llevar a un derecho penal de dos velocidades. Agrega que la selección estructural del poder punitivo en último término continuará realizándose en forma bastante arbitraria, de modo que la culpabilidad ignora la selectividad del poder punitivo. Cfr. ZAFFARONI, *En torno...*, pp. 241-242. Véase además: ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de derecho penal...*, pp. 509-510. Es sorprendente que Luigi FERRAJOLI en su obra *Derecho y razón*, que se basa principalmente en fuentes bibliográficas ilustradas y clásicas, no mencione del todo a Jean Paul MARAT (FERRAJOLI, *Derecho...*; FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Perfecto Andrés Ibáñez et al. (trad.), Madrid, Trotta, 2 tomos, 2011, ello a pesar de su reclamo porque sea asegurada la subsistencia y supervivencia de todas las personas (FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 865), lo que encuentra su antecedente en el pensamiento de MARAT.

su dignidad, ¡violando mínimos derechos humanos! Bellacos: ¡deberían saber que también los animales parecen tener sensibilidad instintiva y que el sentimiento y la piedad reflexiva y con sentido caracterizan al hombre!⁴².

Carlos ELBERT y Fabián BALCARCE han resaltado con acierto que desgraciadamente la lucha entre el garantismo y el populismo punitivo está siendo perdida por el primero⁴³. Ser garantista es utilizado en ocasiones como una forma de insulto en Latinoamérica, atribuyéndole a quien defiende el sistema de garantías ante la justicia penal, como critica Nodier, una especie de coonestación con la delincuencia y de alcahuetería con ella⁴⁴. Desgraciadamente el discurso garantista, como lo han indicado Carlos ELBERT y Fabián BALCARCE, ha encontrado eco solamente en los círculos académicos de profesores y estudiantes, en donde se realizan grandes congresos y actividades entre personas de un pensamiento similar, pero no ha conseguido llegar a la opinión pública ni influenciar políticamente⁴⁵. El gran reto del garantismo es cambiar esa situación, de modo que se elabore una estrategia de comunicación que supere los problemas que se ha tenido para su entendimiento por el público en general y por los políticos en particular⁴⁶, de modo que contrarreste la influencia que ha tenido lo que ZAFFARONI ha llamado la criminología mediática⁴⁷. Deben demostrarse a través de ello las falacias en que se asienta el populismo punitivo y la manipulación que ha recibido el público por parte de un grupo de “expertos” en seguridad ciudadana. Debe

42 AGUDELO BETANCUR, Nodier, *Estudio preliminar. La actualidad...*, p. XXXIX.

43 CARLOS ELBERT/FABIÁN BALCARCE, *Exclusión y castigo en la sociedad global*, Montevideo/Buenos Aires, B. de F., 2009, pp. 39-41.

44 AGUDELO BETANCUR, Nodier, *Estudio preliminar. La actualidad...*, p. XXXVIII.

45 Sobre ello: ELBERT/BALCARCE, *Op. cit.*, p. 40.

46 Cfr. ZAFFARONI, *La palabra de los muertos*, Buenos Aires, Ediar, 2011, p. 559, quien dice: “No es sencillo hacer una criminología militante, pues debe dejarse el sosegado espacio académico para estar en la calle, en los medios, en la formación de profesionales, de operados del sistema penal, del personal de las agencias ejecutivas y penitenciarias, escribir para el gran público, participar en el sistema, comprender las vivencias de sus operadoras, calmar sus angustias, hablar con las víctimas, con los criminalizados, con sus parientes, estimular a quienes tienen la responsabilidad de equilibrar o prevenir el desequilibrio, investigar los discursos mediáticos, no desanimarse por los fracasos y no amedrentarse, no dejarse llevar por la ira, comprender motivaciones para prevenir errores de conducta, interferir en la política, acostumbrarse a ser mal visto, asumir el rol de portador de malas noticias (advertir que somos víctimas de una estafa es siempre una mala noticia) y, sobre todo, reproducir la militancia, porque no es una tarea individual, sino que requiere de muchas voluntades, de muchas personas con conciencia del problema y comprometidas con la tarea de imponer cautela”. Sobre ello véase además: ZAFFARONI, *La cuestión criminal*, Buenos Aires, Planeta, 2012, p. 292.

47 Cfr. ZAFFARONI, *La cuestión criminal*, pp. 15-27; ZAFFARONI, *La palabra de los muertos*, pp. 365-418.

enfatzarse la importancia de una buena política social como aspecto fundamental para la prevención de la delincuencia tradicional, a lo que se une la relevancia que tiene el respeto de las garantías penales y procesales no como derechos de los otros, de los enemigos, sino de todas las personas y como conquista de una larga lucha humanista, herencia de la doctrina ilustrada. Esto último es enfatzado por Nodier AGUDELO BETANCUR, quien indica que si la solidaridad no existe frente al dolor de los otros, eliminándose la confrontación y la vigilancia del poder y a la indiferencia frente a los problemas de la libertad, ello nos llevará al descuido y tarde o temprano terminaremos parodiando a BRECHT, en cuanto indica:

- Primero vinieron por los guerrilleros y nada dije, porque no era ‘guerrillero’;
- Luego vinieron por los ‘narcos’ y yo nada dije porque no era narco;
- Y luego, por los comunistas, y nada dije porque yo no era comunista;
- Y luego vinieron por los liberales, y por los disidentes, y por los contestarios, y por los defensores de los derechos humanos, y por los conservadores, y así sucesivamente;
- Yo me quedé en silencio: yo no pertenecía a esos grupos.
- Luego vinieron por mí y ya no había nadie para que protestara⁴⁸.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDELO BETANCUR, Nodier, *El pensamiento jurídico-penal de Francesco Carrara*, Bogotá, Temis, 1988.

—, “Estudio preliminar. La obra de Beccaria como crítica y control del poder punitivo del Estado”, en BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, 2ª ed. Bogotá, Temis, 1990, pp. IX-LXV.

—, “Estudio preliminar. La actualidad del pensamiento de Beccaria”, en BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 2006, pp. XI-XLIV.

—, “Notas”, en BECCARIA, Cesare, Bogotá, Temis, 2006.

48 AGUDELO BETANCUR, Nodier, *Estudio preliminar. Actualidad...*, p. XLIII-XLIV, En sentido similar refiriéndose a la experiencia italiana del fascismo: CALAMANDREI, “Prefacio”, en BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Trotta, 2011, p. 43.

- ANITUA, Gabriel, *Historia de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.
- , *Derechos, seguridad y policía*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2009.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola, *Criminología de los derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.
- ARZT, Günther, *Der Ruf nach Recht und Ordnung*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976.
- ASÚA, Adela, “Reivindicación o superación del programa de Beccaria”, en *El pensamiento penal de Beccaria. Su actualidad*, Adela Asúa (coord.), Bilbao, Universidad de Deusto, 1990, pp. 9-36.
- BARATTA, Alessandro, “Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, en *Doctrina Penal (Argentina)*, No. 40, 1987, pp. 623-650.
- , *Criminología y sistema penal*, Buenos Aires, B. de F., 2004.
- BAUMAN, Zigmunt, *La posmodernidad y sus descontentos*, Madrid, Akal, 2001, pp. 49-61.
- CALAMANDREI, “Prefacio”, en BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 41-81.
- ELBERT, Carlos/BALCARCE, Fabián, *Exclusión y castigo en la sociedad global*, Montevideo/Buenos Aires, B. de F., 2009.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Perfecto Andrés Ibáñez et al. (trad.), Madrid, 1995.
- , *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Perfecto Andrés Ibáñez et al. (trad.), Madrid, Trotta, 3 tomos, 2011.
- , “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal”, en *Nuevo Foro Penal*, Colombia, No. 69, 2006, pp. 13-31.
- , *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.
- FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, t. I, Antonio Soto y Hernández (trad.), Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1908.
- GARLAND, David, *La cultura del control*, Barcelona, Gedisa, 2005.
- GAROFALO, Raffaele, *La criminología*, Buenos Aires, B. de F., 2005.
- , *El delito como fenómeno social*, Pamplona, Analecta Ediciones, 2004.

- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, en CARBONELL, Miguel/SALAZAR, Pedro, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 21-39.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft*, Friburgo en Brisgovia, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1995.
- , *Garantías y sistema penal. Releyendo hoy a Cesare Beccaria*. San José, Areté, 1999.
- , “La traducción costarricense del Programa de Francesco Carrara (1889-1890)”, en CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal (Traductores: Octavio Béeche/Alberto Gallegos), San José, Editorial Jurídica Continental/ILANUD, 2000, pp. V-LXXIII.
- , *Cesare Beccaria y el derecho penal de hoy*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2005.
- , *Jean Paul Marat y la ilustración penal*, CENIPEC, No. 25, Venezuela, 2006, pp. 273-306.
- , *Cesare Beccaria y el derecho penal de hoy*, Sarbrücken (Alemania), Editorial Académica Española, 2011.
- MARAT, Jean Paul, *Plan de legislación criminal*, A. E. L. (trad.), Buenos Aires, Hammurabi, 2000.
- NAUCKE, Wolfgang, “Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria”, en BECCARIA, *Die Anfänge moderner Strafrechtspflege in Europa*, Deimling (ed.), Heidelberg, Kriminalistik Verlag, 1989, pp. 37-53.
- , “Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik”, en NAUCKE, *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*, Fráncfort del Meno, 1999, pp. 225-240.
- , “Generalprävention und Grundrechte der Person”, en NAUCKE, *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*. Fráncfort del Meno, 1999, pp. 133-153.
- NEUMAN, Elías, *El Estado penal y la prisión muerte*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001.
- PITCH, Tamar, *La sociedad de la prevención*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2009.
- SALAS, Minor, *Kritik des strafprozessualen Denkens*, Munich, Verlag C. H. Beck, 2005.
- SCHÜBELIN, Jürgen, *Die Toten auf den Strassen von Honduras*, Deutschen Institut für Menschenrechte y otros (eds.), Francfort del Meno, Suhrkamp, 2005, pp. 167-177.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal*, Buenos Aires, B. de F. 2006.
- WACQUANT, Lóïc, *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires, Manantial, 2000.
- , *Parias urbanos*, Buenos Aires, Manantial, 2001.
- , *Los condenados de la ciudad. Gueto, periferias y Estado*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007.
- , *Las dos caras de un gueto. Ensayos sobre marginación y penalización*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.
- WALDMANN, Peter, "Staatliche und parastaatliche Gewalt in Lateinamerika", en JUNKER, Detlef/NOHLEN, Dieter/SANGMEISTER, Hartmut (eds.), *Lateinamerika am Ende des 20. Jahrhunderts*, Munich, C. H. Beck Verlag, 1994, pp. 75-103.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Política criminal y derechos humanos en América Latina: de la "seguridad nacional" a la "seguridad ciudadana", en *Consideraciones en torno a una nueva política criminal en Centroamérica y Panamá*, ILANUD (ed.), San José, 1992, pp. 173-189.
- , *Hacia un realismo radical*, Caracas, Monte Ávila Editores, 1992.
- , *Muertes anunciadas*, Bogotá, Temis, 1993.
- , *En busca de las penas perdidas*, Bogotá, Temis, 1993.
- , *El enemigo en el derecho penal*, Bogotá, Ibáñez, 2006.
- , *La palabra de los muertos*, Buenos Aires, Ediar, 2011.
- , *En torno a la cuestión penal*, Montevideo/Buenos Aires, Editorial B. de F., 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2005.

EL DETERIORO DE LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL DERECHO PENAL ACTUAL¹

Juan Oberto SOTOMAYOR ACOSTA*

Cualquier jurista despreciaría un fallo que abiertamente haga caso omiso de un texto legal, aunque esa omisión se haga por razones valorativas que compartiera el mismo jurista
(C. S. Niño)

I. EL DETERIORO ACTUAL DE LA CULTURA DE LAS GARANTÍAS Y DEL ESTADO DE DERECHO

Siempre se ha destacado el carácter intrínsecamente ambivalente del derecho: por un lado es una fuerza opresora y ejercicio de control y al mismo tiempo –al menos en un Estado de derecho– límite al ejercicio de dicho poder y en tal sentido también garantía de los derechos y libertades individuales. Esta ambivalencia es aún más visible en el derecho penal, pues en razón del contenido de las sanciones penales la cara represiva del derecho se muestra de una forma particularmente odiosa; al mismo tiempo, por esta misma razón, la función de garantía adquiere en el derecho penal una vital importancia. Como lo ha enseñado el profesor Nodier AGUDELO BETANCUR:

Si el derecho penal, entendido como *función punitiva* es un instrumento de control social (al lado de otros como la educación, la cultura, la religión, etcétera), el derecho penal como *derecho objetivo*, una vez instaurada la norma, debe servir de dique o control que señale las órbitas de intervención

* Profesor de derecho penal de la Universidad EAFIT, Medellín – Colombia.

¹ El presente trabajo se elaboró en el marco del proyecto de investigación sobre "Conflicto armado, derechos humanos e impunidad", realizado conjuntamente por las universidades EAFIT (Medellín, Colombia) y de Zaragoza (España), con ayuda de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), Proyecto A/023087/09. La coordinación de dicho proyecto estuvo a cargo de las profesoras Gloria María GALLEGU GARCÍA y María José GONZÁLEZ ORDOVÁS.