



## ¿El Derecho penal garantista en retirada? (\*)

**Juan Oberto Sotomayor Acosta** *Profesor de Derecho penal de la Universidad EAFIT (Medellín, Colombia)*

**Revista Penal, n.º 21.—Enero 2008**

**RESUMEN:** *Ante las dificultades que afrontan las concepciones garantistas del Derecho penal, debidas especialmente, en la actualidad, al «populismo punitivo» y a los discursos del Derecho penal del enemigo y de la «modernización» del Derecho penal, se explica hasta que punto éstos pueden resultar o no novedosos frente a la realidad latinoamericana, y a la colombiana en particular. Así mismo, se responde sistemáticamente a una serie de críticas al garantismo que han surgido en el debate sobre la modernización del Derecho penal.*

**PALABRAS CLAVE:** *Garantismo, Derecho penal de enemigo, modernización, Derecho penal colombiano.*

**SUMMARY:** *In view of the difficulties faced by a point of view «garantista» of the criminal law, nowadays specially due to the «punitive populism» and the discourses of the «criminal law of enemy» and the «modernization» of the criminal law, in this work is explained whether they do or not innovate facing Latino-American reality and Colombian reality in particular. This paper also reply to the critics that the discussion about the modernization of criminal law present to the «garantismo».*

**KEY WORDS:** *Garantismo, criminal law of enemy, modernization, Colombian criminal law.*

**SUMARIO:** 1. Malos tiempos para las garantías penales. 2. Arremetidas actuales contra el Derecho penal garantista. 3. ¿Es importante este debate en Colombia? 4. Respuestas a algunas críticas al garantismo surgidas en el debate sobre la modernización del Derecho penal.

### 1. Malos tiempos para las garantías penales

Corren malos tiempos para las libertades individuales y por tanto también para el Estado de Derecho, lo que significa que tampoco son buenos los tiempos para las con-

cepciones *garantistas* del Derecho penal, esto es, aquellas orientadas a la minimización de la violencia de la intervención punitiva por medio de su sometimiento a unos estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona<sup>1</sup>. En la ciencia penal, este modelo de Derecho pe-

\* Este trabajo fue realizado durante la estancia de investigación del autor en el Área de Derecho penal de la Universidad de Málaga (marzo de 2007 a febrero de 2008), financiada por el Ministerio de Educación y Ciencia de España (Programa de Estancias de Profesores e Investigadores Extranjeros en régimen de año sabático en España).

1. Por todos, en la actualidad, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995. Sólo en este sentido la expresión «Derecho penal *garantista*» se utiliza como sinónimo de Derecho penal «liberal» o «clásico», dados los necesarios matices que cabe introducir al uso de tales expresiones.

nal surgió y ha permanecido ligado al modelo de Derecho penal liberal, al que HASSEMER<sup>2</sup> atribuye las siguientes características: a) El Derecho penal sólo se entiende justificado por su utilidad como mecanismo de prevención; b) Sólo la lesión de las libertades aseguradas por el contrato social puede considerarse delito; c) El delito y la pena suponen el estricto cumplimiento de la legalidad; d) Los derechos del ciudadano constituyen límites al poder del Estado, razón por la cual el Derecho penal tiene un carácter subsidiario y proporcional; y e) Conforme a lo anterior, las reglas de imputación penal cumplen una función de garantía frente al poder penal del Estado.

La primera de las causas de malestar para esta tradicional concepción del Derecho penal se presenta a causa de los desbordamientos de los poderes estatales: torturas, penas sin proceso, ejecuciones extralegales, etc., están de nuevo a la orden del día como instrumentos del poder estatal<sup>3</sup>. Pero esto no constituye en realidad ninguna novedad, pues es precisamente esta tendencia al abuso por parte de los poderes estatales la que ha legitimado históricamente la existencia de un Derecho penal liberal.

Más novedosas parecen las transformaciones producidas a raíz de lo que GARLAND llama *cultura del control*<sup>4</sup>, que se hace especialmente visible a través del denominado «populismo punitivo» apreciable en un buen número de países desarrollados<sup>5</sup> y que amenaza con menoscabar la cultura jurídica garantista conquistada durante siglos. En efecto, a partir de una serie de cambios en el plano social e institucional se ha ido poco a poco configurando, de manera particular en los Estados Unidos, un nuevo modelo de intervención penal que tiene como principales indicadores los siguientes<sup>6</sup>:

Declive del ideal de la rehabilitación.

b) Resurgimiento del sentido punitivo y degradante de las sanciones penales.

c) Cambios en el tono emocional de la política criminal, con el consiguiente aumento del clima punitivo entre la población.

d) El retorno de la víctima, cuyos intereses por lo general son vistos como contrarios a los derechos y recursos destinados al delincuente.

e) Privilegio de la protección del público (algo así como una vuelta a la «defensa social»), frente al delincuente.

f) La politización y uso electoral (populismo) de los temas referidos al delito y el sistema penal.

g) La reinención de la prisión como medio de incapacitación de los delincuentes.

h) La transformación del pensamiento criminológico, que ve ahora el delito como un acto de individuos normales, que por lo tanto no requieren de ningún tratamiento.

i) Delegación de las tareas del control del delito (expansión de la seguridad comunitaria).

j) Privatización y comercialización del control del delito.

k) Surgimiento de nuevos estilos de gestión y prácticas de trabajo en el control del delito, que tiene en cuenta sobre todo los sentimientos de la comunidad.

l) Sensación permanente de crisis.

Según lo explica GARLAND, este nuevo modelo de intervención penal surge del desmonte o por lo menos grave deterioro de la política criminal de corte asistencialista que durante algunos años orientó el sistema penal de los países desarrollados. De hecho la criminología liberal que le servía de fundamento ha sido paulatinamente reemplazada por dos tendencias criminológicas que muy poco tienen que ver con los enfoques fundados en el ideal de la resocialización que predominaron hasta hace algún tiempo: por un lado, ha surgido una criminología *tardomoderna*, que enfatiza en la prevención situacional o actuarial del delito; y, por otro, una criminología *anti-moderna*, orientada a la exclusión directa de quienes se consideran los «otros»: «una es invocada para hacer del delito algo cotidiano, reducir los temores desproporcionados y promover acciones preventivas. La otra es utilizada para demonizar al delincuente, expresar los miedos e indignaciones populares y promover el apoyo al castigo estatal»<sup>7</sup>.

2. Cfr. HASSEMER, W., «Viejo y nuevo Derecho penal», en *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1999, pp. 17-19. Una lograda síntesis de las ideas penales de la Ilustración se encuentra en PRIETO SANCHÍS, L., *La filosofía penal de la Ilustración*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, pp. 11 y ss. En Colombia cabe resaltar los valiosos aportes de AGUDELO BETANCUR, N., «Crítica y control del poder punitivo del Estado», Estudio preliminar, en BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Bogotá, Temis, 1987, pp. IX-LXI.

3. Cfr. AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe 2006. El estado de los derechos humanos en el mundo*, Madrid, 2006.

4. GARLAND, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005, pp. 275 y ss.

5. GARLAND, D., *La cultura del control...*, pp. 31, en especial, pp. 48-50. y ss.; WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria*, Madrid, Alianza, 2000, pp. 75 y ss.; DE GIORGI, A., *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*, Barcelona, Virus, 2005, pp. 43-80; ALBRECHT, P. A., «El Derecho penal en la intervención de la política populista», en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, edición española a cargo del Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, Granada, Comares, 2000, pp. 471 a 487; Díez RIPOLLÉS, J. L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-03, 2004, pp. 1-34; LARRAURI, E., «Populismo punitivo... y cómo resistirlo», en *Jueces para la Democracia*, n.º 55, Madrid, 2006, pp. 15 a 22.

6. GARLAND, D., *La cultura del control...*, pp. 39-61. Una síntesis de los mismos, en Díez RIPOLLÉS, J. L., «El nuevo modelo penal...», pp. 6-21; y LARRAURI, E., «Populismo punitivo...», pp. 15-16.

7. GARLAND, D., *La cultura del control...*, p. 232; en general, pp. 297-303.

A pesar de las grandes diferencias, ambas parecen responder a, y fortalecer la cultura del control: «En contraste con la criminología correccionalista, con su preocupación por la reforma, estas nuevas corrientes tienen una concepción totalmente diferente de su tarea. Ambas le dan prioridad al control y a la protección del público, aun cuando proponen métodos muy diferentes para alcanzar estos objetivos. La primera propone el desarrollo gradual de una red de controles situacionales no intrusivos para modificar las rutinas existentes. Pretende inscribir los controles en el entramado de la vida social, con el objetivo de canalizar la conducta en forma ordenada sin alterar el curso de los eventos sociales. La otra ejerce un control excesivo y le importan muy poco los costos sociales y las consecuencias penales. Impone el control desde fuera, bajo la forma de amenazas legales y exhortaciones morales, y condena y excluye a todo aquel que haga caso omiso de ellas. Disuadir, castigar, incapacitar, sin reparar en los costos»<sup>8</sup>.

Si bien el análisis de GARLAND se refiere fundamentalmente a la evolución del control del delito en los Estados Unidos e Inglaterra, por diferentes causas y con desigual intensidad, algunos indicadores de esta cultura del control encuentran ya manifestaciones en otros países, especialmente europeos<sup>9</sup>. Luego, bien por una vía o por la otra, o por ambas, poco a poco comienzan a llegar a Colombia discursos que pretenden *justificar* el endurecimiento punitivo y/o la relajación del sistema de garantías del Derecho penal.

## 2. Arremetidas actuales contra el Derecho penal garantista

Estos cambios en las estrategias de control social y la política criminal ya han comenzado a reflejarse en la ciencia penal contemporánea, que desde hace algunos años es objeto de importantes transformaciones, algunas de las cuales tocan directamente tanto las bases como la configuración misma del Derecho penal y más concretamente el modelo de imputación de la responsabilidad penal, que ha implicado una relación de tensión —cuando no de abierta contradicción— con el tradicional modelo de Derecho penal liberal, clásico o garantista. Es lo que sucede con los discursos del Derecho penal del enemigo y de la «modernización» del Derecho penal (o Derecho penal del riesgo).

### a. El Derecho penal del enemigo

Las primeras arremetidas contra las garantías penales corren por cuenta del denominado «Derecho penal de enemigo» y de todas aquellas concepciones que llegan de la mano de una justificación de la pena como instrumento de incapacitación o inocuización social y que en definitiva no hacen otra cosa que reflejar el redescubrimiento del Derecho penal de autor por parte del Derecho penal actual<sup>10</sup>. Como destaca la doctrina, tal expresión no es nueva en el universo de la ciencia jurídica y de la política<sup>11</sup> y menos aún en el campo penal donde el tratamiento del imputado como enemigo ha sido por demás una de las características del discurso de la emergencia y muy particularmente del tratamiento del fenómeno del terrorismo<sup>12</sup>. No obs-

8. GARLAND, D., *La cultura del control...*, p. 303.

9. Sobre la repercusión en Europa de algunas tendencias norteamericanas de control del delito, entre otros, WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria*, pp. 75 y ss.; DE GIORGI, A., *Tolerancia cero...*, pp. 43-80; PORTILLA CONTRERAS, G., «La configuración del "Homo sacer" como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1401 a 1423; SWAANINGEN, R. van, «La política de seguridad ciudadana en Holanda: traficando con el miedo», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 3, 2005, pp. 1-21, en <http://www.criminologia.net>; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», en BACIGALUPO, S. y CANCIO MELIÁ, M. (Coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, Atelier, 2005, pp. 243-282; LARRAURI, E., «Ayuntamientos de izquierda y control del delito», en *Indret*, 2007 (3), en [www.indret.com](http://www.indret.com). No obstante, no se puede generalizar pues algunos países han mantenido su modelo asistencialista tradicional; ver por ejemplo, LAPPI-SEPPÄLÄ, T., «Política criminal y penas alternativas a la prisión en los países escandinavos», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 90, 2006, pp. 121-158.

10. Sobre ello, MUÑOZ CONDE, F., «De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"», en *Revista Penal*, n.º 16, Madrid, 2005, pp. 126-128; DONINI, M., «El Derecho penal frente al "enemigo"», en CANCIO MELIÁ – GÓMEZ-JARA DÍEZ (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Buenos Aires, Edisofer-BdeF, 2006 pp. 617-629; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídicas penales frente a los delitos sexuales violentos», en ARROYO ZAPATERO, L. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Directores), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, Cuenca, U. de Castilla-La Mancha y U. de Salamanca, 2001, pp. 699-709; crítico, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...», pp. 271-273.

11. Al respecto, ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el Derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006, pp. 81-150; APONTE, A., *Gueerra y Derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 100-144; AMBOS, K., «Derecho penal del enemigo», en CANCIO MELIÁ – GÓMEZ-JARA DÍEZ (coordinadores), *Derecho penal del enemigo...*, vol. 1, pp. 121-127.

12. Entre otros, FERRAJOLI, L., «L'imputato come nemico: un topos della giurisdizione dell'emergenza», en *Dei delitti e delle pene*, n.º 3, 1983.

tante, en los últimos años el «Derecho penal del enemigo» ha alcanzado especial notoriedad a partir de las elaboraciones de JAKOBS, quien la utiliza en oposición a un Derecho penal del ciudadano<sup>13</sup>. Desde la perspectiva europea parece que lo significativo del discurso de JAKOBS, si se observa la evolución de su pensamiento<sup>14</sup>, ha sido el abandono del lenguaje supuestamente descriptivo<sup>15</sup> de sus primeros escritos sobre el tema, para asumir uno más justificativo<sup>16</sup>.

La justificación de este modelo de Derecho penal que tanto revuelo ha causado en el penalismo europeo resulta muy poco novedosa desde el lente de la realidad latinoamericana, pues hace ya varios años la denominada Doctrina de la Seguridad Nacional<sup>17</sup>, de amplia acogida en los regímenes autoritarios (militares y no militares) latinoamericanos, planteaba precisamente como uno de sus componentes esenciales la existencia de un enemigo interno nunca claramente definido, aunque encarnado en el peligro abstracto del comunismo internacional, al que había que neutralizar en aras de la seguridad nacional<sup>18</sup>. Por ejemplo, en un país como Colombia donde se vive y sufre día a día una concepción de la política y por tanto del Derecho penal como continuación de la guerra por otros medios<sup>19</sup>, es decir, donde no se habla de *propuestas* de Derecho penal de enemigo sino de un Derecho penal político *en acción*<sup>20</sup>, el ingreso del lenguaje de la guerra al mundo del Derecho penal no representa ningún suceso, por lo que a veces cuesta entender un poco el alboroto por un discurso que de alguna forma siempre ha estado latente en los sistemas penales. Quizás su única novedad esté ahora en la forma, pues en su momento planteamientos como el de

la Doctrina de Seguridad Nacional no sólo carecían de elaboración teórica sino que se situaban desde un comienzo por fuera del Estado de Derecho y de la democracia, como quedó clara y dramáticamente plasmado en la historia a través de las dictaduras militares del centro y sur del continente. Por el contrario, los nuevos discursos no parten de la necesidad de someter al enemigo aún a costa del Estado de Derecho; su sometimiento se realiza —a la manera de SCHMITT— como una forma de «mantener» el Estado de Derecho<sup>21</sup>, esto es, se encubre la suspensión del orden jurídico para que, como explica APONTE, todo parezca una simple discusión o problema de interpretación jurídica<sup>22</sup>.

La noción de Derecho penal de enemigo ha sido muy criticada por la doctrina actual, aunque quizás valga la pena recordar que el problema de fondo no debiera ser si JAKOBS justifica o no un Derecho penal de enemigo o si varió o no su posición, aspectos poco trascendentes pero sobre los cuales suelen girar a veces muchas de las discusiones europeas actuales<sup>23</sup>. Alarman, eso sí, algunas reformas y propuestas legislativas orientadas a la reconfiguración de un Derecho penal de autor y sobre todo que dichas medidas gocen de aceptación social y ahora también doctrinaria, todo lo cual alimenta la cultura del control y las tendencias liberales en materia criminal antes referidas, mediante el aval de políticas criminales que hoy en día van mucho más allá de las tradicionales luchas antiterrorista, antidrogas, etc. En otras palabras, aunque el Derecho penal suele tratar de hecho al delincuente como enemigo, la diferencia está en que ahora se pretende además hacer ver esa realidad como necesaria y adecuada

13. JAKOBS, G., «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 21-56.

14. Al respecto, PRITTWITZ, C., «Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del Derecho penal?», en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.), GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004; y APONTE, A., *¿Derecho penal de enemigo o Derecho penal del ciudadano? Günther Jakobs y las tensiones de un Derecho penal de la enemistad*, Bogotá, Temis, 2005.

15. Cfr. GRECO, L., «Acerca del llamado Derecho penal del enemigo», en CANCIO MELIÁ-GÓMEZ-JARA DÍEZ (coordinadores), *Derecho penal del enemigo...*, vol. 1, pp. 1081-1111.

16. Ver por ejemplo, JAKOBS, G., «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Civitas-UAM, 1997, pp. 293-324; y «Derecho penal del ciudadano...», p. 47.

17. Sobre el particular, GARCÍA MÉNDEZ, E., *Autoritarismo y control social (Argentina-Uruguay-Chile)*, Buenos Aires, Hammurabi, 1987, 93-116.

18. Ver DEL OLMO, R., «La detención-desaparición en América Latina: ¿crimen o castigo?», en *Criminología crítica. I Seminario*, Medellín, Universidad de Medellín, 1984, pp. 56-58.

19. APONTE, A., *Guerra y Derecho penal de enemigo...*, pp. 63-64.

20. APONTE, A., *Guerra y Derecho penal de enemigo...*, pp. 145-146 y 370 y ss.

21. JAKOBS, G., «Derecho penal del ciudadano...», pp. 47-50. Sobre los aportes de SCHMITT en la construcción del Derecho penal de enemigo, APONTE, A., *Guerra y Derecho penal de enemigo...*, pp. 100-105; especialmente crítico de los planteamientos de JAKOBS desde este punto de vista, AMBOS, K., «Derecho penal del enemigo», 143-150, en particular, 145-146. El paralelismo entre la Doctrina de la Seguridad Nacional y el funcionalismo sistémico, en GARCÍA MÉNDEZ, E., *Autoritarismo y control social...*, pp. 117-131; y ZAFFARONI, E. R., «El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales», en, el mismo, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Caracas, Monte Avila Latinoamericana, 1992, pp. 59-88.

22. APONTE, A., *Guerra y Derecho penal de enemigo...*, p. 143.

23. Ver muchos de los trabajos recogidos en las más de dos mil páginas de los dos volúmenes recopilados por CANCIO MELIÁ-GÓMEZ-JARA DÍEZ (coordinadores), *Derecho penal del enemigo...*, ya citado.

para satisfacer los fines del Derecho penal. En últimas, se busca legitimar la realidad existente acreditándola como normal<sup>24</sup>.

### b. La «modernización» del Derecho penal (o Derecho penal del riesgo)

De mucha mayor aceptación doctrinaria suelen gozar las críticas provenientes de las propuestas que pregonan la *modernización*<sup>25</sup> del Derecho penal, acorde con las demandas derivadas de la denominada sociedad del riesgo<sup>26</sup>. Entre las características de esta modernización se destacan las siguientes:

1) La existencia de nuevos intereses de carácter universal y nuevos riesgos, que ameritan la intervención penal.

2) Por la aparición de nuevos bienes jurídicos de vago o nulo contenido material, el delito tiende a configurarse como infracción de un deber y no como lesión de un bien jurídico. A su vez, el principio del bien jurídico deja de ser concebido como un límite al legislador y se convierte en una razón para la intervención penal.

3) El Derecho penal deja de ser un instrumento de reacción frente a daños y se transforma en instrumento de la política de seguridad, por lo que termina justificándose por sus funciones simbólicas, al no buscar ya la producción de efectos en la realidad sino garantizar la seguridad subjetiva.

4) Se privilegia la protección del contexto, que lleva a una especie de administrativización del Derecho penal,

por la proliferación de los tipos de peligro abstracto y las leyes penales en blanco.

5) Tiene lugar una relativización de los principios del Derecho penal y la flexibilización de las reglas de la imputación. Al debilitamiento del principio de lesividad hay que agregar el deterioro de la garantía de estricta legalidad<sup>27</sup>, pues la ley ya no se orienta de forma privativa a la descripción de actos materiales lesivos de bienes jurídicos y verificables empíricamente sino más bien a la descripción de funciones<sup>28</sup>. Por otro lado, como supuestamente las demandas preventivas no pueden ser satisfechas a través de las categorías propias del Derecho penal tradicional, se está procediendo a la revisión de las reglas de atribución de la responsabilidad penal. Es así como la actual dogmática del delito ha comenzado a discutir de nuevo el concepto de acción y los presupuestos personales de la responsabilidad penal, pero buscando ahora abarcar no sólo a las personas físicas o naturales sino también a las personas jurídicas<sup>29</sup>. Así mismo, el recurso legal a los tipos de peligro abstracto logra obviar las «dificultades» derivadas de la exigencia de una relación de causalidad<sup>30</sup>, pues el injusto se agota en la creación del peligro objetivo, concepción que a su vez ha producido una revalorización de las teorías cognoscitivas del dolo<sup>31</sup>, pues el carácter doloso de un comportamiento depende ahora sólo del conocimiento del riesgo de la acción, con lo que el hasta hace poco esencial elemento volitivo desaparece o en todo caso se le desconecta del resultado.

24. Sobre ello había llamado la atención, hace muchos años, BARATTA, A., «Vecchie e nuove strategie nella legittimazione del diritto penale», en *Dei delitti e delle pene*, n.º 2, 1985, p. 264.

25. Sobre este concepto, HASSEMER, W., «Viejo y nuevo Derecho penal», p. 17; igual, ALBRECHT, P. A., «El Derecho penal en la intervención de la política populista», p. 476. Sobre la «modernización» del Derecho penal, en general y desde diferentes perspectivas, MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001; SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 1996; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª edición, Madrid, Civitas, 2001; GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 42 y ss.

26. Cfr. BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 2006, pp. 29-70. Un detallado análisis de las propuestas penales basadas en dicho modelo, en MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pp. 23 y ss. En Colombia se ha referido al tema, ARIAS HOLGUÍN, D. P., *A propósito de la discusión sobre el Derecho penal «moderno» y la sociedad del riesgo*, Cuaderno de investigación, Documento 42, Medellín, Universidad EAFIT, 2006, pp. 17-28.

27. Cfr. FERRAJOLI, L., «Crisi della legalità e diritto penale minimo», en CURI, U. y PALOMBARINI, G. (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli, 2002, pp. 15 a 18; SUSS, F., «El trato actual del mandato de determinación», en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación...*, pp. 223 y ss.; MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pp. 95-97.

28. En especial, MOCCIA, S., «De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (editor), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a C. Roxin*, Barcelona, J. M. Bosch, 1997, pp. 113 y ss.; MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pp. 68 a 78.

29. Ver ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2.ª edición, Pamplona, Aranzadi, 2003, pp. 55-100.

30. Al respecto, críticamente, HASSEMER, W., «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1992, p. 242; y STELLA, F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3.ª ed., Milano, Giuffrè, 2003, pp. 339-430.

31. Una síntesis de la discusión, en LAURENZO COPELLO, P., *Dolo y conocimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Lo anterior supone una clara relativización de los principios fundamentales del Derecho penal, los cuales son vistos cada vez más como obstáculos a las nuevas funciones del Derecho penal. Por ello se puede afirmar que quizás el mayor o al menos más importante costo de la modernización del Derecho penal lo representa la reducción de garantías penales en general. Con el agravante que, a diferencia del discurso del Derecho penal del enemigo, en este caso dicha pérdida de garantías goza de mayor legitimación, pues se orienta a la protección de intereses legítimos por medio de cambios que no se plantean como una excepción o suspensión del Estado de Derecho, por lo que ha recibido el aval y promoción de un importante sector de la doctrina jurídico penal. Es más, en la mayoría de ocasiones las propuestas se plantean precisamente como una profundización y avance del Estado social y democrático de Derecho<sup>32</sup>, sin importar que supongan el desmonte de las características básicas del Derecho penal liberal, llamado ahora «clásico», también a veces con el mismo sentido peyorativo con que FERRI llamaba «clásico» el Derecho penal de CARRARA, en oposición al «moderno» que él y la *Scuola Positiva* representaban<sup>33</sup>.

Por consiguiente, también conforme a esta nueva concepción el Derecho penal está dejando de ser un instrumento de defensa del individuo frente al poder estatal, para convertirse en un instrumento de promoción o reafirmación de los intereses sociales, circunstancia que da lugar a un «sorpresivo» encuentro del Derecho penal del enemigo y el Derecho penal del riesgo<sup>34</sup>, así en el segundo caso se trate sobre todo del discurso de los penalistas, pues en su aplicación práctica el Derecho penal sigue teniendo la conocida y poco moderna cara de siempre<sup>35</sup>.

c. Lo común a los discursos del Derecho penal de enemigo y del riesgo: las críticas a las garantías penales

La verdad es que en principio el Derecho penal moderno (o del riesgo) y el Derecho penal de enemigo parecieran obedecer a modelos político-criminales claramente separables<sup>36</sup>: uno busca la protección jurídico penal frente a los nuevos riesgos de la sociedad moderna, sobre todo aquellos derivados del desarrollo tecnológico; el otro, por su parte, se concentra más bien en el control de la criminalidad tradicional, a partir de una renovación del viejo discurso de la seguridad ciudadana, aunque en todo caso también pretende su legitimación a partir de la defensa de los intereses colectivos (los de la «ciudadanía», la «sociedad», etc.).

Pero puede que estos modelos de intervención penal no sean tan antagónicos como parezcan y que en realidad reflejen, cada uno a su manera, algunos de los cambios que se están produciendo en las sociedades tardomodernas y en tal medida se nutran mutuamente. Se trata de discursos que surgen en un mismo contexto político, social y cultural, por lo que quizá podrán deslindarse en la orientación de sus objetivos pero no en su base común. Según el propio BECK, «Pueden diferenciarse tres dimensiones de peligro en la sociedad del riesgo mundial que desarrollan conflictos diferentes según la lógica que sigan, que resaltan o eliminan otros temas, que derrocan o entronizan prioridades: en primer lugar, las crisis ecológicas; en segundo, las crisis financieras globales; y, en tercero, desde el 11 de septiembre, el peligro de redes terroristas transnacionales. Estas tres dimensiones de peligro muestran, más allá de sus diferencias, un modelo común de oportunidades y contradicciones políticas propias de la sociedad del riesgo mundial...»<sup>37</sup>.

32. Así, entre otros, SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas...*, pp. 11 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, C., «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)», en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Madrid, Tecnos, 2002; GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos...*, p. 54; PORTILLA CONTRERAS, G., «La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del Derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes jurídicos colectivos», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., GUARDIEL SIERRA, M. y CORTÉS BECHIARELLI, E. (coordinadores), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pp. 895 a 928.

33. Sobre el particular, AGUDELO BETANCUR, N., *Grandes corrientes del Derecho penal: Escuela Clásica (El pensamiento jurídico penal de Francesco Carrara)*, 2.ª edición, Bogotá, 1993, pp. 1-12.

34. Ha llamado la atención sobre ello, Díez Ripollés, J. L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...», pp. 276-277, para quien «el modelo penal de la seguridad ciudadana se ha servido parasitariamente del debate sobre la sociedad del riesgo y, singularmente, de las propuestas que abogan por una modernización del Derecho penal. Este hecho, por muy reprochable y digno de lamentar que sea, condiciona inevitablemente el futuro del discurso modernizador, el cual no puede proseguir como si no hubiera pasado nada».

35. Al respecto las datos sobre control de la criminalidad en Europa y en particular en España que presenta Díez Ripollés, J. L., «Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 4, 2006, p. 3, disponible en, <http://www.criminologia.net>.

36. Así, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Sobre el concepto de Derecho penal del riesgo: algunas notas», en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, n.º 4, Bogotá, Legis, 2003, p.114; y Díez Ripollés, J. L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...», pp. 253-256.

37. BECK, U., *Sobre el terrorismo y la guerra*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 19.

Luego, por más que la tendencia represiva propia de la legislación penal orientada a la seguridad ciudadana no *debiera* confundirse con las propuestas de Derecho penal del riesgo, hay razones suficientes para temer que no se trata propiamente de una mezcla gratuita. Además, ambos modelos político-criminales convergen en la deslegitimación de un Derecho penal garantista o liberal, como instrumento de defensa del individuo frente al poder estatal y en tal medida ambos están contribuyendo, desde distintos ámbitos, a algo tan grave como el deterioro de la cultura de las garantías y del Estado de Derecho en su conjunto: el Derecho penal del enemigo contribuye a ello como tendencia legislativa y como realidad de un Derecho penal cada vez más orientado a la exclusión; y el Derecho penal del riesgo lo hace sobre todo en el plano del discurso jurídico penal, en el que es apreciable una clara mengua de esa capacidad crítica que antes le permitía enfrentar el ejercicio concreto del poder punitivo como una realidad a transformar y no como aquella a la que ahora debe adecuarse.

No se debe olvidar que estas críticas tienen lugar en un momento social y cultural marcado por un elevado escepticismo —y a veces hostilidad— social frente al discurso de las garantías, que exige al jurista por lo menos considerar las consecuencias posibles de sus posiciones científicas. La experiencia indica que una cosa son las intenciones particulares con que se realizan las propuestas y otra muy diferente el uso que de ellas suele hacerse luego por quienes toman las decisiones respecto de la utilización del Derecho penal<sup>38</sup>. No *debiera* perderse de vista que el Derecho penal sigue siendo una herramienta demasiado peligrosa en manos del Estado y por ello debe preocupar no sólo el rumbo actual de las legislaciones penales, sino también una retórica antigarantista que podría estar contribuyendo a aumentar la degradación de la cultura del Estado de Derecho y de las garantías, pues tanto el discurso político como el jurídico poseen, como explica GARLAND, «un significado simbólico y una eficacia práctica que tienen consecuencias sociales reales»<sup>39</sup>.

### 3. ¿Es importante este debate en Colombia?

En primera instancia, éste pareciera ser un debate de interés exclusivo del Derecho penal europeo; luego, traerlo al país podría ser entendido como parte del viejo vicio del penalismo nacional de reproducir, fuera de contexto, las normas, doctrinas y debates que produce la ciencia penal española, italiana o alemana<sup>40</sup>. Sin embargo, en este caso existe más de una razón para interesarse en el tema desde la realidad colombiana.

a. En primer lugar, porque en el contexto del mundo globalizado actual es innegable que las transformaciones que se producen en los países centrales tienen repercusiones en los países periféricos. Hoy un número cada vez más creciente de decisiones políticas (y por supuesto también político-criminales) se producen en los países centrales, desde donde se orientan o se imponen a los países periféricos, en consonancia con la concentración de poder político general y económico de los primeros. Esta situación está dando lugar al fenómeno de la internacionalización del Derecho penal, que se refleja sobre todo en la creciente tendencia a la unificación legislativa<sup>41</sup>.

Con ello no se quiere decir que ahora sí, en el contexto de la globalización, resulta legítimo trasladar tales doctrinas y debates, sin más, pues está claro en todo caso que aunque las normas pudieran tener formalmente la misma cara o al menos caras parecidas, los resultados de su implementación en uno y otro contexto serán siempre muy diferentes, pues dicha unificación legislativa tiene lugar a partir de realidades muy diferentes y unas relaciones de poder claramente desiguales entre los países<sup>42</sup>, como lo puede comprobar fácilmente Colombia en el ámbito del tráfico de drogas y el lavado de activos, por citar sólo dos ejemplos.

b. De otra parte, debe reconocerse que en Colombia también se presenta con claridad un fenómeno de endurecimiento punitivo y limitación de garantías penales, aunque por causas muy diferentes a las que explican el surgimiento de dicha tendencia en los países desarrollados,

38. Como lo ha recordado ESER, «Una cosa es proponer sistemas jurídicos, por muy coherentes que puedan ser en sí mismos, y otra cosa es pensar en las consecuencias que de ellos se puedan derivar, y esto no es menos importante en el marco de la responsabilidad científica», en ESER, A., HASSEMER, W. y BURKHARDT, B., *La ciencia del Derecho penal ante el cambio de milenio*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, p. 472.

39. GARLAND, D., *La cultura del control...*, p. 64.

40. Sobre este punto se ha insistido, en SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., «Garantismo y Derecho penal en Colombia», en *Jueces para la Democracia*, n.º 35, Madrid, 1999, p. 92; y ARIAS HOLGUÍN, D. P. y SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., «Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la teoría de los delitos de infracción del deber», en *Derecho Penal Contemporáneo*, n.º 15, Bogotá, 2006, pp. 133 y ss.

41. Al respecto, DONINI, M., «Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI», en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (Directores) GÓMEZ MARTÍN, V. (Coordinador), *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 43 y 44; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal...*, pp. 81 y ss.; y ARIAS HOLGUÍN, D. P., *A propósito de la discusión...*, pp. 22-28.

42. Cfr. TERRADILLOS, J., «El Derecho penal en la globalización: luces y sombras», en CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R. (coordinador), *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Estudios de Derecho Judicial, n.º 16, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 185 a 216, en especial, pp. 203-210; y ARIAS HOLGUÍN, D. P., *A propósito de la discusión...*, p. 27.

pues no son el resultado del desmonte de un Estado de bienestar impensable en un país como Colombia, ni tampoco como respuesta a un aumento real de la criminalidad, mucho menos a un aumento de confianza en el sistema penal y ni siquiera a una política criminal orientada realmente a un mayor control de la delincuencia.

Tres son los motores que están impulsando el fenómeno en el país: 1) La subrepticia sustitución de la pena por la detención preventiva como objetivo de la intervención penal, que está llevando a su vez, de manera indirecta, a un generalizado y desmesurado incremento del mínimo de las penas para obligar a la detención preventiva (o evitar la procedencia de la detención domiciliaria), de lo cual es un ejemplo la ley 1142/2007. 2) La utilización del Derecho penal con fines políticos y muy particularmente como instrumento de la lucha contrainsurgente; basta mirar las penas previstas para delitos como el terrorismo, secuestro, extorsión, concierto para delinquir, etc., para darse cuenta de que no se trata de figuras concebidas para controlar la criminalidad común sino para enfrentar punitivamente al enemigo, con las particularidades propias de la situación colombiana<sup>43</sup>. 3) Finalmente, en el país también se está dando un tipo de legislación que parece contener algunos rasgos de lo que suele denominarse «populismo punitivo»<sup>44</sup>, pese a que no alcanza aún la trascendencia que tiene en otros lugares dado el mar de leyes penales y de exacerbación punitiva de muy diversos signos existentes en Colombia. Los delitos que más jalonan esta tendencia son aquellos que tienen a menores como víctimas<sup>45</sup>.

c. También vale la pena resaltar que en términos formales, el actual CP colombiano es en alguna medida un código «moderno», destacándose por la amplia cobertura de la protección penal de bienes jurídicos colectivos. En tal sentido el CP amplió el título correspondiente a los delitos «Contra el orden económico social» (Título X), que se encuentra dividido en cinco capítulos, en los que se reconocen delitos como el acaparamiento, especulación y otras infracciones que afectan los intereses de los consumidores (arts. 297 a 213), los delitos contra el sistema financiero

(arts. 314 a 317), la urbanización ilegal (art. 318), el contrabando (arts. 319 a 322) y el lavado de activos (arts. 323 a 327). Así mismo, contiene un extenso Título XI dedicado a los «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente». De igual manera, el Título XIII está dedicado a los delitos contra la salud pública (arts. 368 a 385).

El amplio reconocimiento legal de estos delitos contra bienes jurídicos colectivos es sin embargo inversamente proporcional a su aplicación práctica, pues en términos generales se trata de una legislación que hasta el momento no parece trascender el plano estrictamente ideológico, en tanto permite legitimar el Derecho penal como un instrumento estatal para enfrentar los mayores problemas del presente y como un mecanismo de protección de los intereses más relevantes de *todos* los ciudadanos. Por esta vía tiene lugar, además, lo que CALLE CALDERÓN denomina «vaciamiento» de las garantías penales<sup>46</sup>, consistente en que éstas se declaran abiertamente en la parte general del código pero luego se niega o restringe su aplicación en los desarrollos de la parte especial. Pero claro, los delitos de peligro abstracto, leyes penales en blanco, tipos indeterminados, etc., hoy en día no existen sólo frente a la protección de bienes jurídicos colectivos sino que su uso se ha extendido a los delitos *que sí se aplican*. Aunque tradicionalmente en el país la flexibilización de las reglas de imputación penal y la relativización de los principios suele llegar por vía del denominado Derecho penal de emergencia, por esta otra ruta ha sido posible extender dichas consecuencias a nuevos ámbitos del Derecho penal, de manera que algunas de estas formulaciones han terminado convertidas en características del Derecho penal ordinario.

d. No menos importante es el hecho de que en Colombia la opción por un Derecho penal garantista se encuentra determinada por el modelo constitucional. Por consiguiente, el deterioro del discurso garantista en el contexto de un Estado débil o fracturado como el colombiano podría significar a su vez el del modelo del Estado constitucional de Derecho. Es cierto que en Colombia el Estado de Derecho tiene sus espacios y momentos<sup>47</sup>, pero del

43. Véase el completo análisis realizado por APONTE, A., *Guerra y Derecho penal de enemigo...*, pp. 335-519.

44. Ver LARRAURI, E., «Populismo punitivo...», p. 15.

45. Ejemplo de ello son las leyes 679/2001, que creó los delitos de «Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores» (art. 219A) y «Omisión de denuncia» (de abusos sexuales con menores) (art. 219B); la ley 745/2002, que tipificó como contravención el consumo de drogas en presencia de menores; la ley 882/2004, que reformó el tipo de violencia intrafamiliar (art. 229); ley 985/2005 que modifica el delito de trata de personas (art. 188A); y el Código de la infancia y la adolescencia (ley 1098/2006), cuyo art. 199 prohíbe la aplicación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la libertad condicional, la detención domiciliaria, rebajas de pena, etc., «cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes». El mismo Código de la infancia y la adolescencia prevé en su art. 48 inc. 2 la publicación en algunos espacios de radio y televisión «y por lo menos una vez a la semana», los nombres completos y foto reciente «de las personas que hayan sido condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contemplados en el Título IV, «Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales», cuando la víctima haya sido un menor de edad».

46. CALLE CALDERÓN, A. L., «La Corte Constitucional y las garantías penales», en SOTOMAYOR ACOSTA, J. O. (Coordinador), *Garantismo y Derecho penal*, Bogotá, Temis, 2006, p. 221.

47. Ver URIBE DE HINCAPIÉ, M. T., «Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz», en *Estudios Políticos*, n.º 13, 1998, p. 19.

reconocimiento de la confrontación interna como realidad no se puede derivar la improcedencia de lo jurídico, ya que de todas maneras el Estado sigue cumpliendo funciones esenciales de regulación y la mayoría de ciudadanos siguen viendo en él la única fuente legítima de poder<sup>48</sup>; si es cierto que el país enfrenta el problema de la desinstitucionalización de la función penal, ésta no tiene carácter absoluto pues el sistema sigue produciendo un buen número de procesos y sentencias y el Estado sigue ejerciendo un poder punitivo que requiere de regulación y limitación conforme al marco constitucional<sup>49</sup>. Ello cobra aún mayor importancia si se tiene en cuenta que la existencia de dicho sistema ha permitido la creación y desarrollo de cierta cultura jurídica que en algún grado ha ejercido de contrapeso a la ilegítima instrumentalización del Derecho penal en el país.

Como ya han explicado otros, a Colombia le toca abordar los desafíos de construcción del Estado en un contexto muy distinto al que permitió la construcción de los Estados nacionales en la Europa de los siglos XVI y siguientes: «La cultura de los derechos humanos, tanto a nivel nacional como internacional, así como las demandas de los movimientos sociales y democráticos, impiden —afortunadamente— que la construcción del Estado nacional en Colombia se haga desconociendo los principios del Estado de derecho, bloqueando la participación democrática u olvidando la justicia social. Colombia debe alcanzar un orden público interno en un marco ideológico, normativo y social que hace que las fórmulas absolutistas sean hoy insostenibles, ilegítimas, e incluso contraproducentes en términos puramente pacificadores»<sup>50</sup>.

Por lo anterior, el debate sobre la modernización del Derecho penal tiene un sentido particular desde la compleja realidad colombiana, por cuanto a diferencia de la discusión europea en Colombia no se puede partir del Estado de Derecho (y por ende del Derecho penal) y la democracia como datos consolidados, pues éstos más que una realidad son proyectos en construcción. En las reali-

dades europeas las críticas que se formulan al garantismo es posible que no supongan un riesgo mayor para el Estado de Derecho, cuya existencia y funcionamiento por lo general se mantiene al margen de este tipo de discusiones y más bien constituye su marco. En la compleja realidad colombiana no sucede de la misma manera por cuanto en algunas ocasiones el rechazo de las garantías penales esconde concepciones autoritarias del Estado<sup>51</sup>.

Así planteado, quizás se entienda mejor el sentido de la defensa radical de una concepción garantista del Derecho penal en Colombia, hoy.

#### 4. Respuestas a algunas críticas al garantismo surgidas en el debate sobre la modernización del Derecho penal

Como ya se dijo, el Derecho penal de enemigo no es un fenómeno nuevo en Colombia y se conocen importantes análisis desde el Derecho penal, la política criminal y la ciencia política<sup>52</sup>. No ocurre lo mismo en el caso de las propuestas modernizadoras del Derecho penal, las cuales suelen ocultarse muchas veces tras discusiones en principio meramente dogmáticas. Por ello se abordarán a continuación exclusivamente algunos aspectos de este debate, dado además que en este ámbito las críticas en contra del Derecho penal liberal gozan de mayor reconocimiento y aceptación.

Es necesario aclarar antes que en razón de que la oposición más decidida a las propuestas de modernización del Derecho penal y al denominado Derecho penal del riesgo ha corrido por cuenta de la denominada Escuela de Frankfurt del Derecho penal, muchas de las críticas al Derecho penal liberal o clásico se centran en sus propuestas y análisis; no obstante, habría que recordar que no han sido los únicos —aunque sin duda sí los más combativos— en mirar con escepticismo el denominado Derecho penal del riesgo<sup>53</sup>. Como en algún otro caso las críticas se dirigen también contra las propuestas de un Derecho penal míni-

48. SANTOS, B. DE S. y GARCÍA VILLEGAS, M., «Colombia: el revés del contrato social de la modernidad», en SANTOS, B. DE S. y GARCÍA VILLEGAS, M., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Bogotá, 2001, p. 37.

49. Así, SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., «Garantismo y Derecho penal...», pp. 94-97.

50. RODRÍGUEZ, C., UPRIMNY, R. y GARCÍA VILLEGAS, M., «Entre el protagonismo y la rutina: análisis sociojurídico de la justicia en Colombia», p. 50, en <http://www.djs.org.co> [consultado 21/05/2007]; en términos semejantes, APONTE, A., *Guerra y Derecho penal de enemigo...*, pp. 640-649.

51. Ver en tal sentido las pertinentes críticas que AMBOS, K., «Derecho penal del enemigo», pp. 143-152, formula a la recepción en Colombia de las tesis de JAKOBS, de quien inclusive afirma que algunas de sus expresiones concretas sobre la realidad colombiana «fomentan que surja la duda respecto de si Jakobs es consciente del peso de sus palabras, y si, de hecho, se esfuerza en no convertirse a sí mismo en un “proveedor de personalidades autoritarias” o en no ser malinterpretado como tal» (p. 147).

52. El más completo de todos es sin duda el de APONTE, A., *Guerra y Derecho penal de enemigo...*, en especial, pp. 370 y ss.; también se deben destacar los valiosos aportes de, entre otros, OROZCO ABAD, I., *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Bogotá, Temis-IEPRI, 1992; el mismo, «Soberanía interior y garantismo: sobre la guerra y el derecho en Colombia», en SOTOMAYOR ACOSTA, J. O. (Coordinador), *Garantismo y Derecho penal*, pp. 37-56; OROZCO ABAD, I. y GÓMEZ ALBARELLO, J. G., *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Bogotá, IEPRI-Ministerio de Justicia y del Derecho, 1997; PÉREZ TORO, W. F., «Guerra y delito en Colombia», en *Estudios Políticos*, N.º 16, Medellín, Universidad de Antioquia, 2000.

53. HIRSCH, H. J., «El Derecho penal y procesal penal ante las nuevas formas y técnicas de criminalidad», en, el mismo, *Derecho penal. Obras completas*, tomo II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 61-82; GIMBERNAT, E., «¿Las exigencias dogmá-

mo realizadas por FERRAJOLI<sup>54</sup>, se asumirán ambas propuestas como liberales, clásicas o garantistas en tanto parten de una concepción del Derecho penal que lo entiende como un instrumento de defensa del individuo frente al poder estatal, pese a las importantes diferencias existentes entre ellas.

a. ¿Ambigüedad ideológica del Derecho penal liberal?

Tres son los cuestionamientos que se formulan a la ideología que subyace a la denominada Escuela de Frankfurt<sup>55</sup> o al garantismo italiano<sup>56</sup>: en primer lugar, el concepto de bien jurídico del que parte, que según la crítica podría conducir a desterrar del Derecho penal la protección de bienes jurídicos colectivos como la salud pública, el medio ambiente, el orden socio-económico, etc. En segundo término pero ligado directamente a lo anterior, se cuestiona así mismo el hecho de que el Derecho penal concentre su atención precisamente en la criminalidad característica de los sectores más vulnerables de la población (atentados al patrimonio, la vida, integridad personal y en general lo delitos contra la persona), situación cuando menos funcional a los planteamientos minimalistas propios de la ideología neoliberal conservadora. En tercer orden, y también vinculado a la primera crítica, se objeta por algunos que el garantismo concentre su atención en la protección del delincuente y supuestamente olvide la protección de la sociedad.

1) ¿Exclusión de la protección penal de bienes jurídicos colectivos?

En cuanto a lo primero, la crítica más común se dirige contra la teoría personal del bien jurídico sostenida por HASSEMER<sup>57</sup>, rechazada por un sector de la doctrina que alega su excesivo individualismo<sup>58</sup>. En el mismo sentido y como consecuencia de lo anterior, también se rechaza por un importante sector de la doctrina la oposición de este mismo autor a la proliferación de los delitos de peligro abstracto, argumentando que ello llevaría al fracaso de la protección de bienes jurídicos por el Derecho penal, al ignorar las condiciones de actuación de la sociedad moderna<sup>59</sup>.

No obstante, la concepción personal del bien jurídico no supone el rechazo de plano de la protección de bienes jurídicos supraindividuales ni de la posibilidad de recurrir en algunos casos y con moderación a la tipificación de delitos de peligro abstracto<sup>60</sup>. Lo que se cuestiona más bien es la *ampliación excesiva* de la criminalización a través de estos dos instrumentos, mas no se produce un rechazo frontal. De hecho el propio HASSEMER ha escrito que «la protección de las instituciones sólo puede llegar hasta el punto en que es condición de la posibilidad de protección de la persona... un concepto personal del bien jurídico no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, pero funcionaliza estos bienes desde la persona: solamente puede aceptarlos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a los intereses del hombre»<sup>61</sup>.

---

ticas fundamentales hasta ahora vigentes de una Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones? Responsabilidad por el producto, accesoriadad administrativa del Derecho penal y decisiones colegiadas, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1999, pp. 51-72; MUÑOZ CONDE, F., «El «moderno» Derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias», en *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, N.º 3, Madrid, 1996, pp. 117-137; STELLA, F., *Giustizia e modernità*..., pp. 515 y ss. En Colombia, VELÁSQUEZ, F., «Globalización y Derecho penal», en LOSANO, M. G. y MUÑOZ CONDE, F., *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia, Tirant lo blanch Alexander von Humboldt, 2004, pp. 185 a 208; y ARIAS HOLGUÍN, D. P., *A propósito de la discusión*..., pp. 9 y ss.

54. Así, MARINUCCI, G. y DOLCINI, E., «Diritto penale "minimo" e nuove forme di criminalità», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Fasc. 3, Milano, 1999, pp. 802-820.

55. Por todos, HASSEMER, W., «Viejo y nuevo Derecho penal», pp. 15-37.

56. Por todos, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*..., pp. 353.

57. HASSEMER, W., «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico», en *Doctrina Penal*, Nos. 46/47, Buenos Aires, Depalma, 1989.

58. Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos*..., pp. 127-155; TERRADILLOS, J., «Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico», en TERRADILLOS BASOCO, J. y ACALE SÁNCHEZ, M. (Coord.), *Temas de Derecho Penal Económico*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 237-238; MARTÍNEZ BUJÁN, C., «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch...», pp. 396-399; PORTILLA CONTRERAS, G., «La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico...», pp. 916 y 922; DONINI, M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004; MARINUCCI, G. y DOLCINI, E., «Diritto penale "minimo"..., pp. 802-820; las objeciones más duras provienen sin embargo de SCHÜNEMANN, B. *Consideraciones críticas*..., p. 25 (en general, pp. 20-28); la réplica, en el mismo tono, en PRITTWITZ, C., «Sociedad del riesgo y Derecho penal», en ARROYO ZAPATERO, L.; NEUMANN, U. y NIETO MARTÍN, A., *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 259-287.

59. Cfr. SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas*, pp. 31-33.

60. MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 117.

61. HASSEMER, W., «Lineamientos...», pp. 282-283; también, «Viejo y nuevo Derecho penal», pp. 32-33.

Aún más, pese a que ello no está del todo claro en la concepción de HASSEMER, una orientación personalista del bien jurídico puede ser compatible con la autonomía de ciertos bienes jurídicos colectivos<sup>62</sup>, siempre y cuando cumplan con el requisito de materialidad y por tanto tengan un carácter lesionable<sup>63</sup>, lo que por supuesto no significa que se deban proteger de cualquier manera y ante cualquier ataque. Luego, la objeción a algunas propuestas de modernización del Derecho penal no puede entenderse orientada a cuestionar la admisibilidad de la protección penal de bienes jurídicos colectivos sino más bien al recurso desmesurado a la tutela penal con miras a la protección de meras funciones o de intereses carentes de materialidad.

Por tanto, una concepción liberal o garantista del Derecho penal no parte de la ilegitimidad de la protección penal de bienes jurídicos colectivos como a veces se entiende. De ahí que desde esta perspectiva resulte más que discutible la propuesta de SILVA SÁNCHEZ, quien partiendo de la tesis inicialmente expuesta por CID MOLINÉ<sup>64</sup> de distinguir las garantías penales en función de la severidad de la sanción, defiende lo que denomina una «segunda velocidad» del Derecho penal<sup>65</sup>, caracterizada por un menor nivel de garantías pero con penas no privativas de la libertad, al que se integraría sobre todo el ámbito actual de los delitos económicos. Pareciera que una propuesta como esta debería establecer previamente con claridad los criterios de atribución de los comportamientos a una u otra velocidad y proceder luego a evaluar conforme a tales criterios a *todos* los delitos, pues al fin y al cabo los delitos económicos no son los únicos que tienen dificultades para satisfacer las exigencias garantistas del Derecho penal liberal<sup>66</sup>.

### 2) ¿Derecho penal contra los débiles?

Es frecuente también la crítica de que las propuestas garantistas son ideológicamente ambiguas, no sólo porque dichas posturas se reivindican desde posiciones ideológicas de muy diversa índole, sino también porque se le acusa de olvidar que el Derecho penal clásico ha tenido la protección de la propiedad privada como eje, razón que explica «que los miembros de la clase baja, caracterizados en primera línea por su falta de bienes y, en todo caso, por sus bajos ingresos, suministren a la justicia penal práctica la clientela preferente, o, menos eufemísticamente formulado, de que tanto en la estadística criminal como también los establecimientos penitenciarios estén considerablemente representados»<sup>67</sup>.

Es posible que en algún momento pueda haber propuestas reduccionistas provenientes de sectores neoliberales que consideran perjudicial una intervención estatal en el ámbito de la economía y de los negocios, por lo que pregonan la reducción de la intervención penal al mero aseguramiento de la libertad individual como tal<sup>68</sup>. Pero ello nada tiene que ver con una postura garantista del Derecho penal, por lo menos en el sentido de HASSEMER y FERRAJOLI. Por un lado, porque «si no se trata de un proceso a las intenciones sino de valorar objetivamente el significado de una posición científica y de política criminal»<sup>69</sup>, las propuestas de intervención penal mínima como las de los autores antes mencionados no se pueden mirar de forma aislada de su concepción general del Derecho penal para hacerla coincidir con algunos planteamientos neoliberales de la derecha económica. Ya se indicó que una concepción garantista no excluye la protección de bienes jurídicos colectivos, cosa que debería estar fuera de

62. Ver por ejemplo, BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los bienes jurídicos colectivos», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 11, Madrid, 1986, pp. 147-164; SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 2003, pp. 251-276.

63. SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos...*, pp. 277-326.

64. CID MOLINÉ, J., «Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)», en *Revista de Administración Pública*, n.º 140, 1996, pp. 131-171.

65. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal...*, pp. 159-162.

66. En esta dirección, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Sobre el concepto de Derecho penal del riesgo...», p. 116; TERRADILLOS, J., «Globalización, administrativización y expansión...», pp. 237-238; CORCOY BIDASOLO, M., «Límites objetivos y subjetivos a la intervención en el control de riesgos», en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), *La política criminal en Europa*, pp. 25 a 40; PORTILLA CONTRERAS, G., «La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico...», p. 913; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Viejas y nuevas tendencias políticsocriminales en las legislaciones penales», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y SANZ MULAS, N., *Derecho penal de la democracia y seguridad pública*, Granada, Comares, 2005, p. 111.

67. SCHÜNEMANN, B., «Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?», en, el mismo, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 54. En igual dirección, GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos...*, pp. 164-189; MARINUCCI, G. y DOLCINI, E., «Diritto penale "minimo"...», pp. 813 y ss.; y MARTÍNEZ-BUJÁN, C., «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch*...», p. 430; DONINI, M., *Il volto attuale...*, pp. 137-139; PORTILLA CONTRERAS, G., «La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico...», pp. 916 y 922; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Viejas y nuevas tendencias...», pp. 99-129.

68. Así, al parecer, ha sucedido en Italia; cfr. DONINI, M., *Il volto attuale...*, pp. 137-139.

69. DONINI, *Il volto attuale*, p. 138.

toda duda en el caso de FERRAJOLI, quien precisamente al preguntarse «¿qué prohibir?» cuestiona algunas concepciones del bien jurídico por «demasiado estrechas, como las ilustradas o neoilustradas que identifican los bienes jurídicos con “derechos” o “intereses individuales”, con lo que se hacen inidóneas para justificar la prohibición de conductas como el cohecho, la malversación o el fraude fiscal, lesivos todos ellos de bienes públicos o colectivos»<sup>70</sup>. Aún más, de la divergencia de la realidad legal italiana con las exigencias del principio del bien jurídico deriva el mencionado autor tres propuestas concretas de despenalización<sup>71</sup>: los delitos de bagatela y más concretamente de la categoría de las contravenciones; los delitos contra la «personalidad del Estado» y demás normas semejantes derivadas de la codificación fascista; y, por último, los denominados «delitos de atentado», que suelen identificarse con actos de tentativa o presunciones de peligro. Como puede observarse, en la concepción de este autor no sólo el criterio positivo de «¿qué proteger?» no excluye los bienes jurídicos colectivos sino que sus propuestas concretas de «¿qué no proteger?» se refieren a comportamientos que no pertenecen precisamente a los grupos de mayor poder económico. Luego, resultan no sólo exageradas sino del todo equivocadas las críticas que sobre este tema se formulan a la concepción reduccionista de FERRAJOLI<sup>72</sup>, pues en ningún caso su concepción avala propuestas como la de SILVA SÁNCHEZ y en tal medida las críticas que se pueden formular a la posición del autor español no pueden generalizarse como críticas a las concepciones liberales o garantistas.

Pero aún más, tampoco es cierto que se den las mencionadas coincidencias entre las propuestas de Derecho penal mínimo y concepciones conservadoras neoliberales. Teniendo en cuenta los desarrollos de la política criminal derivada de la globalización es cierto que la misma se orienta al debilitamiento de la intervención económica por una parte y a un endurecimiento de la intervención penal, por otra<sup>73</sup>; y dicha intervención penal se presenta además, como se indicó atrás, de la mano de una renovada presencia de la pena como medio de incapacitación, que está significando de hecho una revalorización de la cárcel como lu-

gar de simple custodia y en últimas la entrada amenazante y en ocasiones camuflada del viejo paradigma del Derecho penal de autor<sup>74</sup>. Por supuesto, ni lo uno (no intervención frente a bienes jurídicos colectivos de carácter económico) ni lo otro (orientación a la incapacitación y en general al Derecho penal de autor) tienen algo que ver con un modelo garantista de Derecho penal.

Luego, la cuestión está en otro lado, pues, salvo que se quiere generar confusión, parece obvio que «el excesivo intervencionismo penal del Estado para conseguir mayores cotas de seguridad se puede criticar, precisamente, no desde posiciones conservadoras que atacan al Estado social, sino desde las progresistas que apoyan la actividad estatal en lo social, pero no la criminalización excesiva con la excusa de procurar más seguridad. Más bien es conservadora la tesis que pretende más seguridad a costa de menos libertades y menos garantías»<sup>75</sup>.

### 3) ¿A quién debe proteger el Derecho penal?

La crítica a la supuesta ambigüedad ideológica de la defensa de un Derecho penal liberal ha llevado a autores como MARTÍNEZ BUJÁN a afirmar que «El ordenamiento jurídico no sólo tiene que proteger la libertad de quienes infringen las normas sino también —y *fundamentalmente*— la libertad de quienes las cumplen»<sup>76</sup>.

Este sí es un argumento claramente contrario a un Derecho penal liberal, puesto que no sólo parte de una contraposición radical entre prevención y garantías sino que resuelve dicho conflicto desde la óptica unilateral de la legitimación instrumental, en la que terminan predominando los intereses «generales» de la sociedad por encima del individuo<sup>77</sup>. Si en últimas se trata de que la protección de la sociedad se debe hacer inclusive a costa del sacrificio de las libertades individuales, entonces sí cabe afirmar la existencia de una distancia insalvable entre el Derecho penal garantista y las propuestas modernizadoras del Derecho penal (o al menos frente a algunas de ellas). Y es que cuando las relaciones entre individuo y sociedad se plantea en estos términos, como ha dicho algún penalista alemán<sup>78</sup>, se debe no sólo fundamentar el abandono teóri-

70. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, p. 471.

71. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, pp. 477-479.

72. Es el caso de MARINUCCI, G. y DOLCINI, E., «Diritto penale “minimo”...», p. 811; también, aunque más matizada, DONINI, M., *Il volto attuale...*, p. 138. Véase la réplica de FERRAJOLI, L., «Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini)», en *Il Foro Italiano*, n.º 4, 2000, pp. 125-131.

73. Así lo pone de presente TERRADILLOS, J., «El Derecho penal de la globalización...», pp. 214-216.

74. Así lo ha puesto de presente DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...», pp. 271-273.

75. MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 178.

76. MARTÍNEZ-BUJÁN, C., «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch*...», p. 431, cursivas fuera de texto. Crítico del planteamiento citado, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...», p. 277.

77. Sobre el tema, ALCÁCER GUIRAO, R., *Los fines del Derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2001, pp. 139 y ss.

78. PRITTWITZ, C., «Sociedad del riesgo y Derecho penal», pp. 270-271.

co de una concepción liberal del Estado, sino también explicar en términos políticos cómo puede evitarse el riesgo de abuso que conlleva siempre el anteponer los intereses de la «sociedad» (el «pueblo», la «patria», etc.) por encima de los individuos.

Quizás no debiera perderse de vista que la consideración de los intereses generales es la que lleva a catalogar algunos actos como delictivos y a amenazar con pena su realización; sólo que en un Estado de Derecho la legitimidad de la imposición de una pena en concreto a un individuo, presupone a su vez el respeto a una serie de exigencias ético-políticas vinculadas precisamente a la protección del individuo frente a la colectividad y que por ello funcionan a manera de derechos de defensa. De esta forma, las concepciones liberales tradicionales aceptan la legitimidad del fin de prevención a través del Derecho penal, pero sólo en la medida de su compatibilidad con los principios de atribución de responsabilidad individual justa<sup>79</sup>.

Todo esto está lo suficientemente claro en la Constitución colombiana, como por lo demás lo ha sostenido de forma reiterada la Corte Constitucional: «la eficacia de la administración de justicia y la seguridad jurídica no pueden alcanzarse a riesgo de sacrificar los derechos fundamentales de las personas. La justicia está al servicio de esos derechos, por lo cual en estos casos no puede aplicarse mecánicamente el principio constitucional de prevalencia del interés general (CP art. 1.º) sobre el particular, pues en tales eventos la norma constitucional relevante es aquella que dispone que el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona (CP art. 5.º). Por ello, en caso de conflicto irresoluble entre derechos constitucionales tan fundamentales, como la vida, la libertad o el debido proceso, y la persecución de objetivos estatales de interés general, como los que se logran con una justicia más eficaz, en principio debe el juez constitucional dar prevalencia a los derechos de la persona, pues es la única forma de conferir un efecto interpretativo real a la Carta de derechos. Este criterio hermenéutico es necesario, pues no puede darse preferencia a los intereses de la mayoría y al bienestar colectivo siempre que entran en conflicto con un derecho constitucional de una persona, con el deleznable argumento de que el derecho individual es particular,

y el interés general prima siempre sobre el particular. En efecto, conviene recordar que los derechos constitucionales son precisamente limitaciones al principio de mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el bienestar colectivo»<sup>80</sup>.

De otra parte, un planteamiento como el que se comenta se conecta con aquellos puntos de vista que ven las garantías penales y procesales como un agravio contra la sociedad y en esa medida contra las víctimas, lógica que entre otras cosas alimenta el populismo punitivo actual<sup>81</sup>.

### b. ¿Anacronismo y ucronía del Derecho penal liberal?

Para un importante sector de la doctrina jurídico penal actual la reivindicación hoy de un Derecho penal liberal resulta no sólo anacrónica sino incluso ucrónica. En palabras de SILVA SÁNCHEZ, «el Derecho penal liberal que ciertos autores pretenden reconstruir ahora en realidad nunca existió como tal. Por un lado, porque en tal reconstrucción se olvida la presencia en aquél de una rígida protección del Estado así como de ciertos principios de organización social. Por otro lado, porque la rigidez de las garantías formales que era posible observar en él no representaba sino el contrapeso del extraordinario rigor de las sanciones imponibles. La verdadera imagen del Derecho penal del siglo XIX no es, pues, la que por algunos pretende dibujarse en nuestros días»<sup>82</sup>.

Esta imposibilidad de una vuelta a un pasado que no existió, ha dado lugar a dos tipos de propuestas: en primer término, un sector de la doctrina que con diferentes matices e intensidades opta, como ya se indicó, por un programa renovador o modernizador del Derecho penal que permita enfrentar con éxito los desafíos de la criminalidad actual, por lo que propone la ampliación del catálogo de bienes jurídicos y una flexibilización de los principios y reglas de imputación de la responsabilidad penal en algunos de estos nuevos ámbitos<sup>83</sup>. Otros como DONINI y SILVA SÁNCHEZ prefieren establecer cierta diferenciación o gradualidad al interior del Derecho penal mismo, que en el caso del autor español se basa en una diferenciación en el terreno de las garantías en atención a la gravedad de la pena a imponer<sup>84</sup>.

79. Claramente, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, pp. 335-336; ver también, ALCÁCER GUIRAO, R., *Los fines del Derecho penal...*, pp. 46-49, 177; MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 179.

80. Corte Constitucional, Sentencia T-669/96. Sin embargo, la Corte Constitucional no siempre ha sido coherente con esta doctrina a la hora de resolver los continuos conflictos entre individuo y sociedad; al respecto, OROZCO ABAD, I. y GÓMEZ ALBARELLO, J. G., *Los peligros del nuevo constitucionalismo...*, pássim; LOPERA MESA, G. P., «El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas (Una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana)», en *Nuevo Foro Penal*, n.º 67, Medellín, 2005, pp. 13-63; APONTE, A., *Guerra y Derecho penal de enemigo...*, pp. 523-570.

81. Al respecto, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La víctima del delito en la política criminal y el Derecho penal», en *Jueces para la Democracia*, n.º 57, Madrid, 2006, pp. 33 a 35; LARRAURI, E., «Populismo punitivo...», pp. 15 a 22.

82. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal...*, p. 149; en igual sentido, SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas...*, pp. 11 y ss.; MARINUCCI, G. y DOLCINI, E., «Diritto penale "minimo"», p. 811; DONINI, M., *Il volto attuale...*, p. 138.

83. La exposición de este sector doctrinal, en MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pp. 164 y ss.

84. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal...*, pp. 159-162; este planteamiento había sido expuesto inicialmente por CID MOLINÉ, J., «Garantías y sanciones...», pp. 141-150, aunque no en el contexto del debate sobre la modernización del

1) *Derecho penal liberal: ¿De qué se habla?*

En primer término, conviene precisar a qué se alude cuando frente a las propuestas de modernización del Derecho penal se reivindica un Derecho penal *liberal*. En realidad, las actuales propuestas no pueden entenderse orientadas a demandar una vuelta a la legislación penal del siglo XIX o a la sociedad de entonces. Se trata, por el contrario, de la reivindicación de un *modelo* de Derecho penal liberal, esto es, de un Derecho penal cuya legitimidad depende no de la mera consecución de determinados fines sino de la obtención de dichos fines de conformidad con ciertas reglas, de cuya observancia depende la admisibilidad del recurso a la herramienta penal.

No se puede desconocer que el moderno Derecho penal es también producto, en mayor o menor grado, de la intrínseca ambivalencia que caracteriza el modelo tradicional de Derecho penal liberal y por tanto no puede establecerse una división tajante entre Derecho penal «clásico» y Derecho penal «moderno»; y como señala PAREDES CASTAÑÓN, «no debería olvidarse que varias de las críticas que se hacen a este último (pérdida de garantías probatorias, ineficacia preventiva, vaguedad de la redacción legal de los tipos, penas desproporcionadas, demandas irracionales de incriminación, delitos puramente formales, tipos en los que se difuminan diferencias que se suelen considerar básicas en cuanto a la forma de imputación) vienen realizándose desde siempre —muchas veces, con mayor motivo— a figuras propias del Derecho penal más clásico»<sup>85</sup>. Siendo así, lo que de ello cabe deducir no puede ser la ampliación sino por el contrario la reducción de la intervención penal exclusivamente a aquellos ámbitos de intervención donde resulte idóneo conforme a las reglas que lo legitiman<sup>86</sup>. Quizá entonces la perspectiva quede más clara si se explica que lo de «liberal» sólo pretende caracterizar un Derecho penal centralizado en el ser humano

y por lo tanto entendido como garantía de su libertad. Por ello, a lo mejor sea más exacto hablar de un modelo *garantista* de Derecho penal, para evitar los equívocos.

Con estas precisiones quedan muchas dudas respecto del anacronismo de un modelo de Derecho penal garantista, hoy, lo cual sólo sería cierto si en la actualidad dichas garantías no fueran necesarias porque ya no existiera poder punitivo o porque no hubiera ninguna posibilidad de extralimitación en su ejercicio por parte de los poderes estatales.

De otra parte, con la calificación de anacrónico a veces parece que se quiere significar que el Derecho penal liberal no tiene en cuenta la existencia en la actualidad de una criminalidad muy diferente a la tradicional, en especial aquella de carácter ambiental y económico, así como la aparición de nuevas formas de delincuencia organizada<sup>87</sup>.

Si de mirar la realidad se trata lo primero que salta a la vista es que pese a las menores exigencias garantistas en las áreas del Derecho penal moderno, el sistema penal dedica su atención de forma prioritaria a la criminalidad tradicional; tanto, que hoy más que en algún otro momento de la historia reciente de los sistemas penales se puede afirmar su carácter marcadamente selectivo, que WACQUANT describe como «penalización de la precariedad»<sup>88</sup>, como queda corroborado, además, al analizar el creciente número de extranjeros entre la población carcelaria europea de hoy<sup>89</sup>.

Como se indicó antes, tampoco se trata de oponerse de forma radical a que el Derecho penal intervenga frente a nuevos riesgos e intereses sociales. El verdadero obstáculo al que se enfrentan las propuestas de modernización del Derecho penal es el de determinar los problemas que, en general, efectivamente ameritan intervención penal, pero teniendo en cuenta no sólo su gravedad sino también y de forma muy especial la idoneidad del mecanismo punitivo en tales casos. Y cuando lo que se propone para enfrentar

---

Derecho penal. Según DONINI, M., «¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del Derecho penal económico», en *Nuevo Foro Penal*, N.º 65, Medellín, 2003, pp. 100-104, la diferenciación de «velocidades» en el Derecho penal no supone ninguna característica de la modernización del Derecho penal, pues se trata de algo que siempre lo ha acompañado; su propuesta de diferenciadora, en DONINI, M., «El Derecho penal diferenciado. La coexistencia de diversas políticas criminales en los sistemas penales contemporáneos», conferencia pronunciada en la Universidad EAFIT (Medellín, Colombia) el 26 de mayo de 2005 (se cita por el documento original facilitado por el autor).

85. PAREDES CASTAÑÓN, «Sobre el concepto de Derecho penal del riesgo...», pp. 117 y 118.

86. Así, PRITTWITZ, C., «Sociedad del riesgo y Derecho penal», pp. 268-279; MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pp. 181-192; y NAVARRO CARDOSO, F., «El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador», en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, p. 1341.

87. Entre otros, SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas...*, pp. 164-189; MARINUCCI, G. y DOLCINI, E., «Diritto penale "minimo"...», pp. 813 y ss.; y MARTÍNEZ-BUJÁN, C., «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch...», p. 430; DONINI, M., *Il volto attuale...*, pp. 137-139; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Viejas y nuevas tendencias...», pp. 99-129.

88. WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria*, pp. 101-120.

89. Al respecto, WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria*, pp. 101-120. Igual, DE GIORGI, A., *Tolerancia cero...*, pp. 81 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Algunos rasgos de la delincuencia en España...», pp. 14-17; Para el caso español, GARCÍA ESPAÑA, E., *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, Valencia, Tirant lo blanch, 2001, pp. 266 y ss.; RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., «Extranjeros en prisión. Una marginación reiterada», en RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. (coordinador), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, Albacete, Bomarzo, 2006, pp. 181-193.

toda clase de riesgos sociales es el recurso al Derecho penal, las buenas intenciones deberían siempre ir acompañadas «de una evaluación de la capacidad de rendimiento del Derecho penal de acuerdo con los cometidos que tradicionalmente se le han asignado; lo que no consiste en ningún caso en la repetición, a modo de conjuro, de las fórmulas a través de las que expresamos nuestros deseos en relación a las tareas que el Derecho penal cumple. Lo que diferencia a la incómoda pregunta que debe plantearse es que se trata de determinar ante qué tipo de problemas puede reaccionarse mediante el Derecho penal con más o menos buenos resultados»<sup>90</sup>.

No se trata propiamente de renunciar a la protección de las condiciones de vida de las generaciones futuras ni de justificar el Derecho penal como mecanismo de represión exclusivo de los comportamientos propios de los sectores más pobres de la población y mucho menos de una vuelta a la sociedad del siglo XIX. Se trata de algo más elemental: de recordar que el uso del Derecho penal, inclusive cuando se trata de alcanzar los fines más nobles y sinceros, presupone la previa demostración (es decir, más allá de las simples creencias personales) de la idoneidad y eficacia de los instrumentos penales para lograr dichas metas. Al menos mientras se siga entendiendo, como lo recalca PRITTWITZ, que el *Derecho* (y no la pena), es el componente esencial de la expresión «*Derecho penal*»<sup>91</sup>.

Lo que no debería hacerse es presentar el sacrificio de las garantías en aras de la modernización del Derecho penal como una consecuencia «necesaria» o «inevitable» de la sociedad moderna, dejando de lado que se está ante una cuestión *valorativa*. Y en este terreno cualquier consideración utilitarista no debería prevalecer sobre los valores del Estado de Derecho y de la democracia.

### 2) La relación entre garantías y sanciones: ¿un argumento histórico?

En segundo lugar, sostiene SILVA SÁNCHEZ la «directa relación existente entre las garantías que incorpora un determinado sistema de imputación y la gravedad de las sanciones que resultan de su aplicación»<sup>92</sup>, para justi-

ficar luego la existencia de un Derecho penal de menores garantías (de «segunda velocidad», según su terminología), cuando se trate de penas no privativas de la libertad. En su opinión, la reivindicación hoy del Derecho penal liberal como respuesta a la modernización o expansión del Derecho penal, olvida que «la rigidez de las garantías formales que era posible observar en él no representaba sino el contrapeso del extraordinario rigor de las sanciones imponibles»<sup>93</sup>.

En la medida en que lo anterior se aduce como un argumento de carácter histórico a favor de una diferenciación en el terreno de las garantías, quizás sea necesaria alguna matización adicional, pues cuando se afirma que el cúmulo de garantías del Derecho penal liberal surgió como contrapeso a la gravedad de las penas propias del Estado liberal (en especial la pena de muerte y la prisión), quizá se pasa por alto el hecho de que las propuestas liberales de implementación de la pena de prisión se enmarcan dentro una política más global de humanización del Derecho penal, centrado de forma muy particular en la lucha contra la pena de muerte y la tortura<sup>94</sup>. Ya decía BECCARIA que el mayor freno de los delitos no está en la crueldad de las penas sino en su infalibilidad, pero en todo caso acompañada siempre de una «legislación suave»<sup>95</sup>; luego, las propuestas liberales de aquel momento (entre las cuales se podría incluir la instauración de la prisión como pena) lo que pretendían era una limitación del poder punitivo estatal y para ello proponían penas menos graves. De ahí el rechazo a la pena de muerte o en todo caso a su proliferación y las propuestas de su sustitución por penas que en aquel momento eran vistas como menos graves (entre ellas la prisión) pero siempre acompañadas de las máximas garantías, cuya vigencia se exigía en frente a *toda* intervención punitiva estatal (y no sólo frente a la más grave).

Aún más, la disminución de la gravedad de las penas y la instauración de garantías del individuo frente al ejercicio del poder penal del Estado fueron ideas comunes a las diferentes ideologías penales concurrentes en el Iluminismo penal (utilitarismo, humanitarismo y retribucionismo)<sup>96</sup>, que llevó a que la pena de muerte, por ejemplo, fuera rechazada bien por inútil, por inhumana o despro-

90. PRITTWITZ, C., «Sociedad del riesgo y Derecho penal», p. 273.

91. PRITTWITZ, C., «Sociedad del riesgo y Derecho penal», p. 287. En igual dirección, ZAFFARONI, E. R., «Abolicionismo y garantías», en *Jueces para la Democracia*, n.º 24, Madrid, 1995, p. 24; SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., «Garantismo y Derecho penal...», p. 97.

92. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal...*, p. 150. Ya antes, CID MOLINÉ, «Garantías y sanciones...», pp. 141 y ss.

93. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal...*, p. 145.

94. Así lo explican, entre otros, CATTANEO, M., A., «I principi dell'illuminismo giuridico penale», en VINCIGUERRA, S. (Studi coordinati da), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, Cedam, 1993, pp. 3-37, en especial, 9-14; TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Milano, Il Mulino, 1976, pp. 383-392; PRIETO SANCHÍS, L., *La filosofía penal de la Ilustración*, pp. 32-41; y AGUDELO BETANCUR, N., «Crítica y control del poder punitivo...», pp. IX y ss.

95. BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, p. 47.

96. Vid. TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, pp. 383-392.

porcionada, o por las tres cosas a la vez<sup>97</sup>. En tal contexto, se insiste, la prisión y otras penas como la servidumbre o la confiscación se plantean —por lo menos en el caso de BECCARIA— como una especie de penas *alternativas* a la pena de muerte y a los tormentos propios del sistema punitivo de la época<sup>98</sup>, pero en todo caso su imposición requería el cumplimiento pleno de las garantías sustantivas y procesales.

En definitiva, conforme al Derecho penal liberal histórico las garantías siempre se han entendido como contrapeso a la *pena*, a secas, y no sólo a las penas más graves. Aún más, un desarrollo de la perspectiva liberal en la actualidad debería más bien orientarse, por una parte, a proponer un sistema de penas más suaves que el existente en la actualidad (reducción del recurso a las penas privativas de la libertad y ampliación de las penas alternativas a la misma) y, por otro lado, a maximizar los límites a dicha intervención punitiva<sup>99</sup>.

En este punto saltan a la vista las importantes diferencias existentes entre la tesis de HASSEMER y la sostenida por SILVA SÁNCHEZ, en tanto sólo la propuesta de este último implica cierta desconfiguración del sistema de garantías del Derecho penal, al diferenciarlas en atención a los distintos sectores del mismo<sup>100</sup>. En concreto, al entender que «no hay vuelta atrás», este autor acepta de forma «resignada» —según sus propias palabras<sup>101</sup>— la modernización del Derecho penal y de hecho parte de la existencia de una demanda social de protección a través del Derecho penal que probablemente no se vería resuelta de un modo funcional con un Derecho penal reducido a su

núcleo duro. Según esto, es el Derecho penal y no otro sector del ordenamiento jurídico el que debe satisfacer las demandas de seguridad de la sociedad actual. Por el contrario, HASSEMER descarta lo anterior, pues de las respuestas diferenciadas que él acepta sólo una tiene carácter estrictamente penal y en cuanto tal se encuentra sometida a todas las reglas y limitaciones propias de toda intervención penal; el denominado «derecho de intervención»<sup>102</sup>, aunque es posible que no se sepa a ciencia cierta qué clase de derecho es, sí está claro que no es Derecho penal.

Pero, además, es bien sabido que los males de la pena no se agotan en la privación de la libertad. El mero proceso penal puede tener efectos estigmatizantes tan altos como la pena misma, hasta el punto que pueden resultar intolerables si no van acompañados de las suficientes garantías de que no se producirá un mal mayor al que supuestamente se pretende evitar, por lo que todas las sanciones penales son sanciones *especialmente* graves. En palabras de LOPERA MESA, «por benigno que sea el sistema de sanciones penales que adopte una sociedad, éste, por definición, siempre representará una afectación mucho más intensa de derechos fundamentales, respecto a las que se emplean en otros sectores no penales (disciplinarios, civiles, etc.) y en otros sistemas extrajurídicos de control social, porque mediante las penas el Estado hace uso de su poder de castigar, de infligir deliberadamente violencia contra el individuo que ha contrariado las reglas básicas de convivencia social; y mediante su imposición se consuma la calificación del individuo infractor como “desviado” y merecedor de reproche social»<sup>103</sup>.

97. Así, por ejemplo, BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, p. 35-42. Como explica TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, pp. 462-478, la obra de BECCARIA constituye una síntesis de las diversas ideologías iluministas sobre la pena. Cabe destacar, por ejemplo, la confluencia en este mismo sentido del pensamiento nada utilitarista de CARRARA, quien sin embargo no solo fue un crítico decidido de la pena de muerte y militante comprometido de la causa abolicionista sino también el máximo exponente del Derecho penal liberal; véase, FINZI, V., «Francesco Carrara y la campaña por la abolición de la pena de muerte», en CARRARA, F., *Programa de derecho criminal*, vol. 10, Apéndice, Bogotá, Temis, 1978, pp. 88-95; CATTANEO, M. A., *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Torino, G. Giappichelli, 1988, pp. 166-184; AGUDELO BETANCUR, N., *Grandes corrientes del Derecho penal...*, pp. 1-12 y 60-86.

98. La prisión es justificada por el discurso jurídico en la lucha por la humanización del Derecho penal, porque se le contraponía a la pena de muerte. Pero su instauración como pena solo se explica en virtud de cambios sociales y políticos más profundos, que tocan con la tecnología del poder. En palabras de FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, México, Siglo XXI, 1981, p. 233, «La prisión, pieza esencial del arsenal punitivo, marca seguramente un momento importante en la historia de la justicia penal: su acceso a la “humanidad”. Pero también un momento importante en la historia de esos mecanismos disciplinarios que el nuevo poder de clase estaba desarrollando: aquel en que colonizan la institución judicial».

99. Esta es la perspectiva que desarrolla FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, pp. 321-345.

100. En una línea parecida, DONINI, M., «El Derecho penal diferenciado...», p. 9, quien sin embargo defiende la existencia de un núcleo garantista básico irrenunciable. Tampoco parece claro que estas objeciones alcancen a CID MOLINÉ, J., «Garantías y sanciones...», p. 141, por cuanto este autor elabora su postura desde el principio de intervención mínima, que entiende aplicable a todo el Derecho penal.

101. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal...*, p. 162, quien no obstante reconoce al mismo tiempo la existencia de un espacio de «expansión razonable».

102. HASSEMER, W., «Viejo y nuevo Derecho penal», pp. 34-35.

103. LOPERA MESA, G. P., «El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas...», p. 32. Este aspecto es subvalorado por CID MOLINÉ, J., «Garantías y sanciones...», pp. 142-144. Téngase presente que la mayor «capacidad simbólico-comunicativa» de la intervención penal es precisamente uno de los argumentos de SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal...*, p. 162, para mantener dentro del Derecho penal el ámbito de ilícitos que agrupa bajo la «segunda velocidad».

Ello, por sí solo, resulta suficiente para rechazar un Derecho penal con menos garantías por el solo hecho de que la sanción no sea privativa de la libertad. Pero aún más, como la diferencia entre los modelos es valorativa, nada impediría una serie de velocidades sucesivas en las que se combinen de muy diversas formas el sistema de penas y el de garantías<sup>104</sup>. Y admitida esta última posibilidad, la propuesta pierde cualquier pretensión limitadora y antes por el contrario, en ella el Derecho penal se termina amoldando a las diversas pretensiones punitivas existentes, sin oponer mayor resistencia.

### c. ¿Inmovilismo garantista?

El garantismo también suele ser criticado a veces por generar cierto inmovilismo en la ciencia penal, por su tendencia a permanecer atrapado en los principios o reivindicando una especie de Derecho penal «eterno o inmutable» o aferrado al mundo del «deber ser»<sup>105</sup>.

En primer lugar, en plena época del Estado constitucional<sup>106</sup> no es necesario asumir una concepción iusnaturalista para defender la validez jurídica de los principios básicos del Derecho penal, por lo que la crítica a la reivindicación de un Derecho penal «eterno» o «inmutable» quizás podría hacerse al Derecho penal liberal de CARRARA y su pretensión de deducir de un derecho natural ideal los principios que debían orientar el derecho positivo mismo, pero no a las concepciones garantistas que parten de un texto de derecho positivo como lo es la Constitución.

Ahora, si lo que se busca es reivindicar la importancia del conocimiento de la realidad social para la ciencia penal, ello en ningún caso resulta contradictorio con la reivindicación de un Derecho penal liberal, pues qué duda cabe que la defensa de las garantías penales en la actualidad no puede quedar reducida a la simple reivindicación formal de los principios. Más bien se está ante una promesa incumplida por parte de la ciencia penal, pues como dice DONINI, «si verdaderamente el Derecho penal está orientado a objetivos y no tiene una función meramente retributiva, pedagógica o de mera reafirmación ideológica de valores, sino que mira las consecuencias reales de la intervención punitiva, ya sea sobre la generalidad que sobre las personas individuales (es decir, tiene como fin la rea-

lización de objetivos), el proyecto legislativo necesita compararse con el *saber empírico*»<sup>107</sup>.

Pero el dato empírico si bien es necesario no resulta por sí solo suficiente. Si lo que las mencionadas objeciones pretenden resaltar es el hecho de que los desarrollos recientes de la política criminal, como se dijo al comienzo, van por caminos muy diferentes a los trazados por el Derecho penal que *debe ser*, el problema se centra entonces en decidir si en tal caso es el Derecho penal el que debe adaptarse a la realidad en búsqueda de «realismo», lo cual es una cuestión netamente valorativa y no empírica. Lo que no se puede hacer es negar la importancia y necesidad del saber empírico para que las decisiones valorativas tengan alguna posibilidad de incidencia efectiva en los problemas de la realidad, que son en los que al fin de cuentas se pretende intervenir; pero en ningún caso significa que el derecho deba adaptarse a la realidad, cualquiera que ésta sea. Si así fuera, en Colombia no habría legitimidad para defender principios como el de dignidad humana, legalidad, dañosidad y culpabilidad, por ejemplo, por el simple hecho de que en el país subsisten todavía prácticas punitivas ilegales como la tortura y las ejecuciones extrajudicial, al igual que otras formalmente legales pero desconocedoras de principios constitucionales como los antes mencionados. Con esta misma lógica se debería también renunciar al Estado de Derecho y a la democracia porque se vive una realidad que con frecuencia los niega. Tal postura resulta inaceptable y por supuesto no debe ser esto lo que desde los sectores democráticos se le reclama al garantismo.

La apertura de la ciencia penal a los datos de la realidad empírica es una necesidad metodológica de la ciencia penal actual<sup>108</sup>, que en ningún caso contradice la defensa de un Derecho penal de garantías, sino que la reafirma, pues «sólo conociendo la realidad del Derecho penal como técnica de control es posible proponer luego unos límites (lo cual constituye una opción política determinada) que posibiliten realmente su función de garantía»<sup>109</sup>. Y si algo emerge con claridad de la realidad del sistema penal es que el nivel de satisfacción en la práctica de su sistema de garantías no siempre es tan alto como lo suponen los críticos del garantismo. Luego, el conocimiento empírico siempre será necesario para

justificar y evaluar tanto la racionalidad instrumental como la valorativa.

104. De hecho SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal...*, pp. 163-165, admite hoy en día la existencia de una «tercera velocidad», constituida por el denominado Derecho penal de enemigo. También crítico, TERRADILLOS, J., «Globalización, administrativización y expansión...», p. 237.

105. En esta línea, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El nuevo modelo penal...», pp. 21-23; DONINI, M., *Il volto attuale...*, pp. 137-139; el mismo, «Escenarios del Derecho penal...», pp. 53-54; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Viejas y nuevas tendencias...», pp. 112-113, 117.

106. Por todos, PRIETO SANCHÍS, L., «Constitucionalismo y garantismo», en CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (Editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 41-57.

107. DONINI, M., «Escenarios del Derecho penal...», p. 53 (cursivas textuales). En esta misma dirección parece orientarse en España DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El nuevo modelo penal...», pp. 31-34.

108. Así, DONINI, M., «Escenarios del Derecho penal...», pp. 53-54 y 56.

109. SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., *Inimputabilidad y sistema penal*, Bogotá, Temis, 1996, p. 2.