

# Iter Ad Veritatem

# 9



Facultad de  
Derecho



Acreditación de  
Alta Calidad  
Resolución MEN. N° 3337  
del 29 abril de 2011



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA  
T U N J A

*Experiencia y Calidad*



Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas  
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja

CATEGORÍA COLCIENCIAS A

Iter Ad Veritatem

Tunja  
Colombia

N° 9

pp. 01 - 473

Enero  
Diciembre

2011

ISSN: 1909-9843



**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
SECCIONAL TUNJA  
FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO  
ITER AD VERITATEM  
N° 9**

**Tunja, 2011**

Iter Ad Veritatem	Tunja, Colombia	N° 9	pp. 1-xxx	Enero Diciembre	2011	ISSN:1909-9843
----------------------	--------------------	------	-----------	--------------------	------	----------------



---

**Entidad Editora**

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

**Director**

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

**Editor**

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

**Número de la revista**

NUEVE (9)

Correspondiente a la producción académica del 2011.

**Periodicidad**

Anual

**ISSN**

1909-4893

**Dirección postal**

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas  
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja  
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia

**Teléfono**

(8) 7440404 Ext. 1024

**Correo electrónico**

revistaderecho@ustatunja.edu.co  
dhiguera@ustatunja.edu.co

**Diseñador Portada:** Santiago Suárez Varela

**Corrección de Estilo:**

Mg. Eyder Bolívar Mojica, docente investigador de la facultad

**Revisión inglés:** Ángela Marcela Robayo Gil

Monitores Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

**Estudiantes participantes:** Pedro Alejandro Amezquita

Niño, Andrés Felipe Torres Cardozo Monitores Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

**Anotación:** El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

---

## **MISIÓN INSTITUCIONAL**

*Inspirada en el pensamiento humanista-cristiano de Santo Tomás de Aquino, consiste en promover la formación integral de las personas en el Campo de la Educación Superior, mediante acciones y procesos de enseñanza- aprendizaje, investigación y proyección social, para que respondan de manera ética, creativa y crítica a las exigencias de la vida humana y estén en condiciones de aportar soluciones a la problemática y necesidades de la sociedad y del País.*

## **VISIÓN INSTITUCIONAL**

*La visión, como proyección de la misión a mediano plazo, prospecta así la presencia y la imagen institucional de la Universidad Santo Tomás: interviene ante los organismos e instancias de decisión de alcance colectivo; se pronuncia e influye sobre los procesos que afectan la vida nacional o de las comunidades regionales, busca la acreditación de sus programas como la acreditación institucional; incentiva los procesos de investigación y es interlocutora de otras instituciones tanto educativas como empresariales del sector público y privado.*

## **LA MISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO**

*Aplicando los principios rectores de la pedagogía y de la filosofía del derecho Tomista, mediante el sistema de módulos por núcleos problemáticos, la facultad forma juristas competentes, propositivos, críticos y conciliadores, capaces de interpretar y transformar la realidad socio-jurídica regional y del país, fruto de una adecuada labor investigativa, en permanente construcción del conocimiento que redunde en beneficio de la sociedad, para encarar los desafíos del mundo.*

## **VISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO**

*La Facultad de Derecho posee un programa, cuyo Proyecto Educativo -Sistema Modular- se fortalece con procesos académicos, investigativos y de proyección social, en virtud del trabajo conjunto con distintas entidades regionales, gubernamentales, no gubernamentales y de cooperación internacional, que le permiten consolidar una comunidad universitaria que desborda y trasciende su actividad en las aulas para procurar alimentar y liderar la transformación del entorno, en la búsqueda permanente de un mejor bienestar común, como testimonio de la misión tomista.*

*Es una facultad abierta y comprometida con proyectos de desarrollo local y regional en materia socio-jurídica, producto de la investigación institucional, en donde son artífices sus estudiantes, docentes y directivos.*

---

*Una facultad que aspira a liderar procesos de cambio y defensa de las comunidades más débiles y pobres, a las que ofrece un servicio social, no sólo en la solución de sus problemas jurídicos sino también para los correspondientes a sus necesidades sociales más sentidas, en coordinación con las otras facultades de la Universidad y dentro de un marco de humanismo y de valores cristianos, que son soportes de la formación ética de sus estudiantes.*

### **MISIÓN DE LA REVISTA**

*Iter Ad Veritatem es la revista institucional impulsada por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, y su cuerpo docente, con periodicidad semestral, que publica artículos inéditos como resultados definitivos o parciales de los resultados de investigaciones en el campo Socio-Jurídico, así como reflexiones y memorias en las áreas del conocimiento social, histórico, cultural y político, con el propósito de hacerlos visibles ante la comunidad nacional e internacional, en un esfuerzo por socializar los resultados en las investigaciones de la comunidad académica y con la expectativa de contribuir con el desarrollo del bienestar social.*

*En desarrollo de las funciones sustantivas de la Universidad, la revista Iter Ad Veritatem se dirige a la comunidad científico-jurídica como respaldo para sus desarrollos académicos y formativos, siendo suministro para los trabajos de los investigadores, espacio para la presentación de sus resultados e integración entre la academia y la proyección social.*

---

## TRÁMITE EDITORIAL PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN LA REVISTA ITER AD VERITATEM

1. Recepción de Artículos: Los artículos que pretendan publicarse en la revista Principia Iuris deberán ser enviados al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas en formato impreso y digital o al correo electrónico del contacto, los cuales deberán guiarse por el instructivo para autores que aparece en la presente edición.
2. Anexo al artículo deberá presentarse la declaratoria de originalidad del artículo, pudiendo guiarse del formato que presentamos en este ejemplar.
3. Los artículos que cumplan condiciones mínimas serán seleccionados para ser enviados a Pares Evaluadores; de preferencia externos, con publicaciones en el área y formación investigativa, los cuales tendrán un término de 15 días para su calificación y deberán guiarse de acuerdo al INSTRUCTIVO PARA AUTORES ITER AD VERITATEM.
4. Los artículos aprobados *con condiciones*, serán regresados al autor y este tendrá 5 días para su corrección, tras los cuales serán valorados por el editor quien tendrá 15 días para su aceptación o envío a nuevo par académico.
5. Los artículos *rechazados*, podrán ser sometidos a una segunda evaluación a solicitud del autor o el editor y podrán ser entregados en ocasiones futuras a la revista.
6. Los artículos seleccionados y aprobados *sin modificaciones* o una vez corregidos, serán enviados a corrección de estilo, edición y a comité editorial para su evaluación final.
7. De la decisión del comité editorial, se elaborará un acta, en la cual se exprese el tema tratado, la pertinencia para el quehacer científico y originalidad. En el acta podrán discutirse opiniones no presenciales, ya sea por mecanismos telefónicos o digitales.
8. El editor conserva facultades de adecuación del artículo para el cumplimiento de condiciones y requisitos. En todo caso sin alterar la esencia del escrito.
9. Tras la impresión, se realizará el depósito legal y la divulgación en formato digital y plataformas oficiales, entregándose a la comunidad científica la versión definitiva para su acceso.
10. ITER AD VERITATEM Recibe durante todo el año, cartas, comentarios y sugerencias de manera académica de sus lectores.
11. El proceso de edición ITER AD VERITATEM posee facultad para organizar la información correspondiente a los datos del autor y del texto, mencionando en primera nota la pie de página sin numeración la formación del autor con respecto a sus estudios de pregrado y postgrado, además de la filiación institucional del autor y medios para establecer contacto, bien sean por vía electrónica E- mail o por medio de números telefónicos fijos o móviles, aunado a lo anterior se establecerá con la siglas **AI** y **AE** si el autor es interno o externo; en un segundo pie de pagina sin numeración se debe establecer el proyecto de investigación, su línea de investigación y el Método de análisis usado esclareciendo la tipología del artículo presentado.





---

## **DIRECTIVAS INSTITUCIÓN**

**Fray Luis Alberto Orozco Arcila, O.P.**  
Rector Seccional

**Fray José Antonio González Corredor, O.P.**  
Vicerrector Académico

**Fray Carlos Arturo Díaz Rodríguez, O.P.**  
Vicerrector Administrativo y Financiero

**Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.**  
Decano de División Facultad de Derecho

## **DIRECTOR**

**Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina**  
Decano de la Facultad de Derecho

## **EDITOR**

**Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez**  
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

## **COMITÉ CIENTÍFICO.**

**Ph. D Pierre Subra de Biesses**  
Universidad paris X, Francia

**Ph. D Pablo Guadarrama**  
Universidad central de las Villas, Cuba

**Ph. D Carlos Mario Molina Betancur**  
Universidad Santo Tomás, Colombia

**Ph. D. Natalia Barbero**  
Universidad de estudios a distancia, España.  
Universidad de Sevilla, España.

**Ph.D. Alfonso Daza González**  
Universidad Externado de Colombia

---

**COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL**

**Fray José Antonio González Corredor, O.P.**  
Vicerrector académico

**Mg. Ángela María Londoño Jaramillo**  
Directora Centro de investigaciones

**Mg Andrea Sotelo Carreño**  
Directora departamento de comunicaciones y mercadeo

**COMITÉ EDITORIAL PUBLICACIONES DE LA FACULTAD.**

**Ph.D. Yolanda M. Guerra García**  
Madison University, Estados Unidos.

**C. Ph.D. Diego German Mejía Lemos**  
National University Of Singapore, Faculty Of Law

**C. Ph.D. Juan Ángel Serrano Escalera**  
Universidad Carlos III, España.

**Ph.D. Alfonso Daza González**  
Universidad Externado de Colombia

**CORRECTOR DE ESTILO**

**Mg. Eyder Bolívar Mojica**  
Investigador en Derechos Humanos.

---

## PARES ACADÉMICOS

**Ph. D. Ciro Nolberto Guecha Medina, Abogado,** Especialista en Derecho Administrativo U. Santo Tomás, Especialista en Derecho Administrativo, U. Salamanca España, Magíster Derecho Procesal, U. Libre Bogotá, Magíster Derecho Administrativo, U. Rosario Bogotá, Doctor en Derecho U. Externado de Colombia, Doctorado en Derecho U. Alfonso X España. Decano Facultad de Derecho USTA Tunja, Líder Grupo de Investigaciones Jurídicas y SocioJurídicas Facultad de Derecho, Categoría “A” en Colciencias. Email [cguecha@ustatunja.edu.co](mailto:cguecha@ustatunja.edu.co), tel. 7440404 ext. 31020 Tunja.

**Ph. D. (C ) Fabio Iván Rey Navas**

Profesor investigador en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología del Grupo de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. En curso de doctorado del programa de estudio de tercer ciclo “Problemas actuales del derecho penal” de la Universidad de Salamanca. [abogadorey@gmail.com](mailto:abogadorey@gmail.com)

**Mg. (C ) Miguel Andrés López Martínez**

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Docente Investigador del Centro de Investigaciones Socio – jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás Tunja. [maloma11@hotmail.com](mailto:maloma11@hotmail.com)

**Esp. Daniel Rigoberto Bernal**

Abogado Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Privado y Económico. Universidad Nacional de Colombia. Docente Investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio jurídicas de la Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

**Mg. Carlos Alberto Pérez Gil.** Filósofo Universidad Nacional De Colombia, Abogado Universidad Nacional De Colombia, Especialista en derecho publico

---

Universidad Nacional De Colombia, Magíster en derecho Universidad Nacional De Colombia, Docente investigador Facultad de Derecho, Teléfono: 3134529578, e-mail carlosperezgil57@hotmail.com.

**Mg. José Helberth Ramos Nocua.** Abogado Universidad Libre, Especialista en derecho procesal - Universidad Libre, Especialista en derecho probatorio – Universidad Sergio Arboleda, Título didáctica nivel único –Universidad Libre, Docente investigador Facultad de Derecho, Teléfono: 4341631-5621357, e-mail j.helvertramos@yahoo.es.

**Mg. Fernando Arias García. Abogado UPTC,** Especialización en derecho comercial Universidad Externado de Colombia, Especialización en derecho procesal Universidad Externado de Colombia, Magíster en derecho administrativo Universidad Externado de Colombia. Juez administrativo, Docente investigador Facultad de Derecho Teléfono: 3008815664, email farias@ustatunja.edu.co.

---

## CONTENIDO

**Editorial** ..... PÁG. 13

### **PARTE I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL.**

#### **ARTÍCULOS DE CARÁCTER GENERAL PARA EL ESTUDIO DE LA CIENCIA JURÍDICA**

JUDICIALIZACIÓN LABORAL DE LAS EMPRESAS USUARIAS  
EN CALIDAD DE EMPLEADOR EN EL CONTRATO CON EST ..... PÁG. 20  
Irma Julieth Corredor Amaya.

LA INTERMEDIACIÓN LABORAL COMO PLANTEAMIENTO  
HACIA UNA POSIBLE ELUSIÓN CONTRAPRESTACIONAL ..... PÁG. 46  
Laura Inés Gomes Niño.

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INICIATIVA POPULAR  
LEGISLATIVA RESPECTO DEL PORCENTAJE DEL CENSO  
ELECTORAL ..... PÁG. 63  
Eliana Andrea Combariza Camargo.

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA CONTRATACIÓN ESTATAL.... PÁG 83  
Nancy Milena Zabala Mancipe.

ENVEJECIMIENTO SIN CRISIS? EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO  
COMO MODELO GARANTE DE LOS DERECHOS DE LA TERCERA  
GENERACIÓN ..... PÁG. 103  
Edwin Hernando Alonso Niño, Juan Sebastián Hernández Yunis.

Iter Ad Veritatem	Tunja, Colombia	Nº 9	pp. 1-473	Enero Diciembre	2011	ISSN:1909-9843
----------------------	--------------------	------	-----------	--------------------	------	----------------



---

EL MATRIMONIO CIVIL EN PAREJAS DEL MISMO SEXO:  
VULNERACIÓN A DERECHOS ..... PÁG. 117

Erika Paola Torres Aguirre.

LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA Y EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD POR VICIOS DE PROCEDIMIENTO COMO FUNCIÓN  
DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ..... PÁG. 137

Ángela Marcela Robayo Gil.

APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL CRITERIO DE LAS OMISIONES  
LEGISLATIVAS ..... PÁG. 167

Andrés Felipe Torres Cardozo

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA ..... PÁG. 196

Marta Angélica Salinas.

LA RESPONSABILIDAD COMPARTIDA ENTRE EL DELINCUENTE Y LA  
VÍCTIMA EN LA COMISIÓN DEL DELITO ..... PÁG. 216

Sara Lorena Alba Palacios.

## **PARTE II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN DERECHOS HUMANOS.**

VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL COMPLEJO  
PENITENCIARIO DE MÁXIMA Y MEDIANA SEGURIDAD  
DE COMBITA ..... PÁG. 229

German Alfonso Bernal Camacho, Ángela Patricia Hernández Echeverría

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN LA MASACRE DE SEGOVIA .. PÁG. 251

Fabián Andrés Herrera Lesmez

---

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: TRATAMIENTO JURISPRUDENCIA  
DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL Y LA TEORÍA  
DEL RIESGO ..... PÁG. 272

Ángela Biviana Reyes Sánchez

ENTRE LA REPARACIÓN Y LA SOSTENIBILIDAD. ANÁLISIS DE LA LEY DE  
VÍCTIMAS DESDE EL CONSTITUCIONALISMO RESTRICTIVO Y LA TRADICIÓN  
PACTISTA DEL PODER ..... PÁG. 291

David Gerardo López Martínez

### **PARTE III. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL.**

#### **ARTÍCULOS DE CARÁCTER GENERAL PARA EL ESTUDIO DE LA CIENCIA JURÍDICA**

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y ESCISIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE  
DERECHO ..... PÁG. 313

Pedro Alejandro Amezcuita Niño, Mónica Roció Mejía Parra.

UN INTENTO FALLIDO: LA CONSTRUCCIÓN DE UN INTERÉS NACIONAL EN  
EL PERIODO DE LA REGENERACIÓN ..... PÁG. 335

Diego Alejandro López Laiton, Sussy Dayana Rodríguez Galindo.

DIVISIÓN DE LAS FUERZAS CASTRENSES Y LA AUTONOMÍA DE LA  
POLICÍA NACIONAL FRENTE A LA INTERVENCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA  
REPUBLICA ..... PÁG. 361

Laura Viviana Vivas Medina. Sandra Milena Estupiñan Orjuela

LA DOCTRINA DEL HONOR AL INTERIOR DE LA INSTITUCIÓN CASTRENSE,  
¿UNA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS DE LA LIBERTAD DE LA ESFERA  
INTERNA? ..... PÁG. 379

Ana Luisa Niño Camargo, Harold Yesid Villamarin Preciado.

---

CONTRATO ATÍPICO DE GESTACIÓN SUBROGADA ..... PÁG. 398  
María Cristina Higuera Cardozo.

---

## EDITORIAL

Iter ad Veritatem, es la revista materializada por el esfuerzo intelectual de la comunidad estudiantil de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, producto del ahincó, la disciplina y el amor por el Derecho, ya no como una profesión sino como un estilo de vida que impone a todos los estudiosos de este campo la continua necesidad de ver, juzgar y actuar, con respecto a la sociedad desde una perspectiva cosmopolita, ya no de cómo es el mundo, sino más bien de cómo debe ser.

En mi mente no hay lugar a la duda cuando digo que las propuestas formuladas a lo largo de estas páginas, son la más pura muestra del talento de jóvenes que se han arriesgado al presentar sus ideas a un mundo que por lo general es cruel con el talento nuevo y que en algunas ocasiones le teme a la innovación, es en este punto de inflexión donde la comunidad de mi amada *alma mater* nos ha brindado esta pequeña ventana, dándonos a entender que las nuevas creaciones aun tienen amigos dispuestos a ofrecer su apoyo.

De esta forma y con la pretensión de influir en el escenario jurídico presentamos lo que hasta el momento son los mejores frutos de nuestra cosecha, autores que no deben ser menospreciados por su juventud ya que se han ganado su lugar en este texto por ser sinónimos del rigor metodológico propios de todo investigador.

En palabras de Christopher Reeve (2003) *“Los sueños parecen al principio imposibles, luego improbables, y luego, cuando nos comprometemos, se vuelven inevitables.”*<sup>1</sup> Ahora bien este sueño llamado *Iter Ad Veritatem* llega a manos de la comunidad jurídica en su novena edición gracias al compromiso por hacer una vez más posible lo imposible y consecuentemente inevitable.

**“Sólo un exceso es recomendable en el mundo: el exceso de gratitud”  
Por lo tanto a nombre del Centro de investigaciones socio-jurídicas de la  
Universidad Santo Tomás Seccional Tunja nuestra más sincera gratitud  
para con los autores y el ávido lector.**

**Andrés Felipe Torres Cardozo  
Monitor Centro de Investigaciones Socio-jurídicas  
Universidad Santo Tomás**

---

<sup>1</sup> Christopher Reeve al igual que otros a lo largo de la historia nos han enseñado que los límites no son mas que una apreciación humana que nos predispone a no obtener metas por considerarles imposibles y una vez nos libramos de dicha predisposición somos capaces de todo, para quien desee profundizar con respecto a Reeve les invito a leer su texto todo es posible publicado en el año 2003 por la Editorial EL ALEPH en el año 2003.





---

## PROLOGO

Es un honor el realizar la presentación de nuestro estudiante sénior Carlos Gabriel Salazar quien ha dedicado su vida a un ideal tan puro y noble como lo es la búsqueda del conocimiento, tarea a la cual se ha dado con total esfuerzo y vitalidad. Virtudes que lo caracterizan como un jurista humanista conocedor de la realidad social y de la dinámica de las instituciones políticas y administrativas del país, a continuación presentamos ante el lector su interpelación en el foro institucional por un voto responsable, organizado por la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, con las siguientes palabras.

### **VOTO EN BLANCO.**

Vengo como un simple ciudadano colombiano de a pie a señalar lo siguiente:

La Constitución Política de Colombia no debe ser un documento formal, ni un mero texto de derecho positivo; de la cual se elevan de cuando en cuando múltiples elogios, a cual más floridos, y a la par, periódicamente, y con más frecuencia recibe dardos en su integridad, con las múltiples reformas que en su corta vida ha recibido y que verdaderamente la han convertido en una colcha de retazos y no en la carta inviolable que ha de ser y como lo quiso “el pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente e invocando la protección de Dios”, como reza el preámbulo.

La Constitución de Colombia debe ser el credo de todos: Y cada uno de los colombianos debe encarnarla, hacerla viva y vivirla como una religión.

Esa Constitución se levanta sobre dos pilares fundamentales: “la dignidad humana” (artículo 1) y los derechos “inherentes a la persona humana” (artículo 94), creando un estado social, de todos, no personal de derecho, de normas, regido por las leyes, democrático y participativo, en el cual todos tengan voz y voto a través de los plebiscitos, referendos, consultas populares, cabildos abiertos, iniciativas legislativas y revocatorias de mandato (artículo 103). Los alcaldes serán elegidos popularmente (artículo 314) y como personas que tienen a su cargo la

---

comunidad de su municipio, deben tender, buscar, propiciar el bien común de dicha comunidad, el bien estar de todos; para ello se le ha nombrado, ese es su rol, la función que debe realizar y de la cual es responsable; y el bien común no es el bien personal, como administrador del erario que es público, de todos, no particular, debe comportarse como un buen padre de familia, que busca el bien de sus hijos; no malgastarlo, no derrocharlo, ni mucho menos llevarlo a su patrimonio o al de sus allegados. El ejercicio de la función pública es un servicio, no un negocio.

Como la historia es la maestra de la vida, ella nos demuestra cómo administradores de la cosa pública (en el pasado no solo remoto sino también próximo), no han buscado el bien común, sino lo contrario, como han tergiversado el gasto público y no lo han invertido en el bienestar común, tan solo valga la pena mirar los titulares de la prensa para llegar a esta convicción.

Por ello vengo a presentar otro candidato, otro que nos lleve a cumplir en forma responsable la obligación legal de hacer uso del derecho de votar; porque el voto es un derecho y una obligación (artículo 258) y tal candidato verdaderamente viste la cándida de los senadores romanos, la túnica blanca que ostentaban como símbolo de su dignidad, ese candidato es el voto en blanco.

Francisco Rubiales Moreno desde España manifiesta: “El voto en blanco no es un fin en si mismo, sino la una opción honrada cuando no existen partidos políticos o líderes que sean merecedores del voto de los ciudadanos libres en una democracia; es un voto de censura a los políticos en una democracia autentica.

El voto en blanco rechaza las opciones políticas, pero no el sistema democrático, es el más adecuado cuando campea la corrupción; por eso los políticos lo devalúan y penalizan, dado que es al que más temen.

El voto en blanco es un voto honesto, valiente, viril, rechaza la mediocridad y la corrupción”.

En España el movimiento “Escaños en Blanco” deja vacios los escaños que obtenga, en Uruguay se suman al candidato de mayor votación y en Colombia en reciente reforma política, a sus promotores “se les reconocen en lo que fuere pertinente, los derechos y garantías que la ley establece para las campañas electorales, incluida la reposición de gastos de campaña, hasta el monto que previamente haya fijado

---

el Consejo Nacional Electoral” (Ley 130 de 1994 y Resolución 920 de 2011 del C. N. E.), ante lo cual la politóloga Beatriz Franco Cuervo, de la Universidad del Rosario, manifestaba: “Hecha la ley, hecha la trampa. Eso no quiere decir que haya una o más personas que quieran castigar electoralmente a una clase política, pero muestra la estupidez colombiana de sacarle provecho a todo”; por ello Darío Hechandía afirmaba que este es un “país de cafres” y Carlos Lleras Restrepo que es un país de avivatos; recordemos el incentivo de las acciones populares.

Por ello en el tarjetón se presentan dos clases de votos en blanco, el que promueve algún movimiento y busca lucrarse y el voto en blanco propiamente dicho, que es mi candidato.

Si en una elección el voto en blanco es mayoría se ha de repetir la elección (Acto Legislativo 1 de 2009) con candidatos diferentes, lo cual no se realizó con nuestros representantes al Parlamento Andino, premio de consolación a quienes no fueron electos como parlamentarios, en dicha ocasión el voto en blanco fue mayoritario.

En nuestro país hay más de veinte millones de personas en capacidad de votar que se abstienen de hacerlo, tan solo seis millones sufragan, en lo que algunos analistas han denominado “democracia estomacal”, pues se hace por puestos, contratos, cuadernos, tejas, pintura, cemento, cupos educativos, afiliaciones fraudulentas al sisben y no sé que mas triquiñuelas de las cuales nuestros políticos tradicionales son maestros.

Contra esas prácticas es preciso votar en blanco.

Empero Rodrigo Lozada (analista político) señala: “En este país es complicado lograr que los ciudadanos sufraguen por candidatos tradicionales, así que es poco probable que se movilicen para votar en blanco”; pero otros politólogos coinciden que el atractivo electoral del voto en blanco aumentará sustancialmente y se verá un repunte significativo en las elecciones de 2013. El ejemplo de la alcaldía de Cartagena es significativo, se presentó un 73% de abstención y el alcalde ganó por un pequeño margen sobre el voto en blanco.

Valeria Rabelo, una ciudadana del común, una ciudadana de a pié, decía “creo que se debe acabar con los corruptos y creo que también depende de los candidatos, de sus propuestas, de revisar muy bien su hoja de vida y de quien está rodeado; la gente no lee, solo ve caras, popularidad, etc. Estoy de acuerdo en que el voto en blanco es una salida digna; como dicen si uno no está de acuerdo con los

---

candidatos, al menos se hace el ejercicio de ir a votar. Coincido en que no queremos más corruptos”.

Si ustedes encuentra entre estos candidatos a uno que consideren: digno, honesto, recto, incorrupto e incorruptible, que busque el bien común, del cual habla El Aquinate; están en la obligación moral y política de darle su voto; pero si no creen en ninguno por escepticismo histórico, su obligación democrática es votar en blanco, sin reposición de gastos de campaña.

El voto en blanco, simple y clásico es mi candidato y ahí os lo dejo.

---

## PRESENTACIÓN

*“Cuando crecimos y fuimos a la escuela, había algunos profesores que habrían hecho cuanto fuese posible para herir a los niños, derramando su burla sobre cualquier cosa que hacíamos y sacando a relucir todas sus debilidades por mas cuidadosamente que los chicos las ocultasen” – Pink Floyd , THE Wall 1976.*

Con el pasar de las décadas, el mundo ha evolucionado de tal forma, que los conocimientos ya no son restringidos y estos permanecen en las mentes de la nueva sangre de cada generación. Es por tanto que, la Revista Iter Ad Veritatem N°9 es el medio por el cual los estudiantes pueden dar a conocer sus ideas dentro del mundo de derecho en sus distintas ramas como los son el área penal, constitucional, administrativa, civil y laboral con el fin de dar nuevos conceptos que mejoren y se adecuen a las tendencias de estos días sobre la antigua ley de los hombres.

Si bien es cierto que la existencia del derecho se debe a dar soluciones a los conflictos de los hombres, buscar una estabilidad y armonía bajo la figura de la justicia, se ha querido con la presente dar nuestras manifestaciones frente a la responsabilidad del estado en distintos aspectos que desembocan en un vulneración hacia los derechos humanos. De igual forma resaltar la imagen de la constitución política como norma de normas dentro de nuestro ordenamiento frente al acceso a la justicia, manejo probatorio, legitimidad de los actos del estado y la exaltación de los derechos fundamentales en los ámbitos civiles y laborales.

En otro aspecto, nos referimos a circunstancias por las cuales ha atravesado nuestro ordenamiento jurídico como lo son los estados de escisión, en donde nos atrevemos a postular tesis internacionales como el derecho penal del enemigo y en este mismo sentido analizamos las distantes políticas del estado referentes a derecho penal y la actuación de los entes militares.

Por ultimo, se espera que esta publicación sea de agrado y cumpla con las exigencias académicas del derecho y del lector, aportando nuevas ideas que incentiven la generación de espacios de reflexión, en materia jurídica y demás áreas afines tomando la investigación como una convicción para romper las cadenas del conformismo y buscar así nuevas verdades.

**Pedro Alejandro Amezcuita Niño**  
**Monitor Centro De Investigaciones Socio-jurídicas**  
**Universidad Santo Tomás**





---

---

**PARTE III.**  
**ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL.**  
**ARTICULOS DE CARÁCTER GENERAL PARA EL ESTUDIO**  
**DE LA CIENCIA JURIDICA**

---

---



## DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y ESCISIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

**Pedro Alejandro Amezquita Niño**  
**Mónica Rocío Mejía Parra\*.**

Fecha de recepción: 19-08-2011  
Fecha de aprobación: 21-09-2011

### RESUMEN\*\*

En el derecho penal actual, la política criminal del enemigo se ha caracterizado por el conjunto de decisiones orientadas a la lucha contra organizaciones armadas y terroristas para la previsión y persecución de los delitos en donde predominan las necesidades y las razones de conveniencia política. Esto ha repercutido negativamente en los derechos y garantías de los ciudadanos, al igual que en la eficacia y eficiencia del sistema penal, al configurarse políticas criminales de improvisación, expansión de la coacción y represión política. Igualmente se ha caracterizado por el endurecimiento de la lucha contra fenómenos como el terrorismo, el narcotráfico, los

---

\* *Estudiantes de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja, Facultad de derecho, miembros del grupo de investigaciones jurídicas y socio jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. Correo Electrónico: [alejo891211@hotmail.com](mailto:alejo891211@hotmail.com), [monica\\_rocio\\_90@hotmail.com](mailto:monica_rocio_90@hotmail.com)*

\*\* *Artículo de avance científico y tecnológico. Semillero de Investigación Derecho Penal Internacional y Derechos Humanos. Derecho Penal del enemigo y Escisión del Estado social de Derecho adelantado en el Centro de Investigaciones de la Universidad Santo Tomás Seccional de Tunja, Facultad de Derecho. Grupo de Investigaciones jurídicas y socio jurídicas que dirige el Doctor Eyder Bolívar.*

*Método: Mediante el método de análisis documental de textos con origen jurídico con base teórica en el Derecho internacional de los derechos humanos, el derecho constitucional y en el Derecho penal con la finalidad de estudiar los fenómenos de Escisión del Estado social de Derecho, derecho penal del enemigo, derecho penal del ciudadano, legitimidad, terrorismo, política criminal.*

delitos económicos y el abuso sexual de menores, configurándose al interior del llamado derecho penal, la política criminal del enemigo.

En los Estados Sociales de derecho, este fenómeno político se ha desarrollado paralelamente al derecho común, generándose de esta forma una coexistencia de sistemas penales, excluyentes entre sí, y simultáneamente una escisión del Estado social de Derecho. Lo anterior, producto de la desconexión entre valores y principios que orientan las actuaciones del órgano estatal en la lucha contra los enemigos cuando el derecho penal ordinario no puede constreñirlos.

### **PALABRAS CLAVES**

Escisión del Estado social de Derecho, derecho penal del enemigo, derecho penal del ciudadano, legitimidad, terrorismo, política criminal.

### **ABSTRACT**

In the current criminal law, criminal policy of the enemy has been characterized by the set of decisions to combat armed groups and for forecasting and prosecution of crime dominated the needs and political expediency at a given time affects the rights and guarantees of citizens, as well as the effectiveness and efficiency of the criminal justice system, criminal policies set improvisation, expansion of

coercion and political repression. It has also been characterized by hardening the fight against such phenomena as terrorism, drug trafficking, economic crimes and sexual abuse of minors, configured within, called criminal law, criminal policy of the enemy, while the Social States right, this political phenomenon has developed alongside the common law, thus generating a penal systems coexist, mutually exclusive, and a split of the social state of law, apart from their values and actions of the body guidelines state struggles against enemies, as the only alternative when the ordinary criminal law could not constrain.

### **KEY WORDS**

Excision of the rule of law, criminal law of the enemy, citizen criminal law, legitimacy, terrorism, criminal policy

### **RÉSUMÉ**

Dans le droit pénal actuel, la politique criminelle de l'ennemi a été caractérisé par l'ensemble des décisions visant à lutter contre les organisations armées et terroristes pour la fourniture et la poursuite des crimes ont dominé les besoins et les raisons d'opportunité politique. Cela a porté atteinte aux droits et garanties des citoyens, comme dans l'efficacité et l'efficience du criminel, les politiques criminelles mis l'improvisation, l'expansion de coercition et de répression politique.

Il a également été caractérisé par le durcissement de la lutte contre des phénomènes tels que le terrorisme, le trafic de drogue, crimes économiques et les abus sexuels des mineurs, configurés dans le soi-disant loi pénale, la politique criminelle de l'ennemi.

Dans les droits sociaux-Unis, phénomène politique a développé le long de la common law, générant ainsi une coexistence de systèmes pénaux, qui s'excluent mutuellement, et en même temps une scission de la primauté du droit. Ce produit de la déconnexion entre les valeurs et les principes qui guident les actions de l'agence d'Etat dans la lutte contre les ennemis lorsque le droit pénal ordinaire ne peut pas les contraindre.

## **MOTS CLÉS**

Excision de la primauté du droit, le droit pénal de l'ennemi de la loi pénale citoyen, la légitimité, le terrorisme, la politique criminelle.

## **METODOLOGÍA**

Este trabajo utiliza como método el analítico conceptual realizado mediante una metodología documental descriptiva, teniendo como base los conceptos de derecho penal del enemigo, Estado social de derecho y la legitimidad en el derecho penal. De esta forma se aplicará igualmente un método de análisis deductivo.

Lo anterior, debido a que el Estudio es hasta ahora un avance sobre lo pretendido por esta investigación.

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN, 2. RESULTADOS, 2.1 DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, 2.1.1 Características Del Derecho Penal Del Enemigo, 2.2 LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA ESCISIÓN DEL ESTADO DE SOCIAL DE DERECHO, 2.3 MARCO APLICATIVO, 3. CONCLUSIONES, 4. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

## 1. INTRODUCCIÓN

Cuando se analizan las políticas criminales actuales practicadas por los diferentes Estados, e incluso plasmadas en las diversas instituciones del derecho penal, se puede determinar la existencia de un derecho caracterizado por el desconocimiento de las mínimas garantías para aquel individuo que ha tenido como único objetivo la destrucción del orden legal (terrorista) y que no ha sido posible coaccionarlo por medio del derecho común, pues representa un peligro constante para los principios y valores preexistentes en la comunidad como la convivencia y la paz

Por esta razón, esta investigación tendrá por objetivo indagar sobre la existencia de políticas criminales que respondan a las características que configuran el derecho penal del enemigo en las sociedades democráticas, para lo cual se establecerán las principales características y diferencias con el derecho penal ordinario. Lo anterior, permitirá concluir que en algunos Estados sociales de derecho como España se han introducido dentro de la legislación penal instituciones que responden a esta clase de políticas criminales, y que en otros estados con iguales características, como Colombia, por el contrario estas políticas aunque coexisten no están integradas al derecho penal. Luego se determinará la legitimación de estas prácticas, deduciendo que existe una

escisión en los principios y valores que están insertados en el liberalismo constitucional, al convivir prácticas que limitan y desconocen los derechos a la libertad, dignidad y debido proceso.

Con fundamento en lo expuesto, se pretenderá dar respuesta a los siguientes interrogantes:

¿En un Estado social de derecho en el que convergen grupos armados al margen de la ley o terroristas, pueden coexistir estos dos sistemas penales? ¿Lo anterior implicaría, la escisión de dicho estado al legitimarse por la sociedad la existencia de un derecho penal diferente al común que no obedece a directrices constitucionales?

## 2. RESULTADOS

### 2.1 DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

La postura teórica de la dogmática del Derecho Penal del Enemigo avoca por la existencia de un Derecho Penal y Procesal Penal sin las mínimas garantías individuales para aquellos sujetos que al convertirse en enemigos de la sociedad y el Estado, se les debe dejar de aplicar el derecho penal de los ciudadanos.

El derecho penal del ciudadano es aquel que sanciona los delitos e infracciones de normas, que han sido ejecutados por los ciudadanos de manera incidental y que normalmente constituyen simplemente expresiones de abusos, que pueden

ser reparadas. El estado simplemente ve en el autor como el ejecutor de un hecho normal y no un enemigo que deba destruirse, razón por la cual le mantiene su estatus de ciudadano y le da la oportunidad de reintegrarse (JAKOBS, 1997) porque a pesar de su hecho, este ofrece las garantías para que sea considerado como una persona fiel al ordenamiento jurídico (JAKOBS & CANCIO MELIÁ, 2003, pág. 35).

A contrario sensum, son enemigos de la sociedad quienes en su vida económica o mediante su incorporación a organizaciones estructuradas que operan al margen del derecho se han apartado de este, de modo duradero y no solo de manera incidental, con el único objetivo de infundir miedo e inseguridad, mediante comportamientos que no están dentro del ámbito de las relaciones conocidas como legítimas, sino que son una expresión de actividades delictivas como el terrorismo<sup>3</sup>, el narcotráfico y la trata de personas (JUAREZ BARATO, 2008). Lo anterior conlleva al desarrollo de una dimensión fáctica de peligrosidad a la que habría que hacer frente de un modo expeditivo. (SILVA SANCHEZ, 2001, pág 164).

Las actividades de dichos individuos se caracterizan por la comisión de hechos considerados como delictivos contra los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, como asesinatos, lesiones, daños, extorsiones, etc pero

que su regulación la constituye el derecho penal del enemigo, al tener por cualidad especial la habitualidad y profesionalidad en sus actuaciones. (GARCIA MARTIN).

Conductas que a la vez implicarían un significado de “negación frontal de los principios políticos o socio-económicos básicos de nuestro modelo de convivencia, representando por ello un peligro para la existencia de la sociedad o el quebranto de normas que son consideradas esenciales y vulnerables (JAKOBS & CANCIO MELIÁ, 2003, pág. 14).

Los enemigos son individuos que al desconocer el principio de legitimidad del ordenamiento jurídico existente, persiguen su destrucción y como consecuencia se convierte en un peligro para el orden jurídico. Así, al no ofrecer una mínima garantía de seguridad frente a las expectativas de paz y convivencia de la sociedad, no deben ser protegidos por esta, pues dejan de ser concebidos como personas y se convierten en un mero postulado interpretado como la aparición de un individuo peligroso, el enemigo (JAKOBS & CANCIO MELIÁ, 2003, pág. 22).

El derecho penal del enemigo nace de la ineficiencia del derecho penal ordinario (del ciudadano) que no pueda coaccionar al enemigo por sus propios medios policiales, quedando como única

---

3 Por terrorista Jakobs entiende por aquella persona quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden.



alternativa la configuración del llamado derecho penal del enemigo diferenciado en sus principios y reglas (GARCIA MARTIN), cuyo máximo postulado es el desconocimiento de toda garantía constitucional y legal semejante al debido proceso y derecho de defensa.

A partir de lo expuesto, podemos afirmar que el derecho penal del enemigo y del ciudadano son sistemas que coexisten pero que a la vez se excluyen debido a que este último tiende por la reafirmación del ordenamiento conforme a una ideología de previsión rehabilitadora o de reinserción social. Mientras que el primero se aparta totalmente de los fines ordinarios del derecho penal al propender por la eliminación de todos aquellos que no ofrecen garantía alguna de condiciones soportables para la sociedad y que por tanto se hace necesario ser tratados como no-personas, donde el único límite depende del grado de peligrosidad que puedan tener. (JAKOBS & CANCIO MELIÁ, 2003, pág. 33).

Su principal exponente GÜNTHER JAKOBS, considera necesaria esta diferenciación precisamente por el vínculo del derecho penal con la noción de Estado de Derecho, afirmando que debe existir otro modo de llamar aquello que hay que hacer contra los terroristas, concluyendo que debe separarse e identificarse las reglas del derecho penal del enemigo y el derecho penal del ciudadano.

*“quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho control de las pasiones; reacción exclusivamente frente a hechos exteriorizados, no frente a meros actos preparatorios; respeto a la personalidad del delincuente en el proceso penal, etc.- debería llamar de otro modo aquello que hay que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada”.*

Sin embargo, la aplicación de esta teoría llevaría a plantear interrogantes como: ¿En un Estado social de derecho en el que convergen grupos armados al margen de la ley o terroristas pueden coexistir estos dos sistemas penales? ¿Lo anterior implicaría, la escisión del de dicho estado al legitimarse por la sociedad la existencia de un derecho penal diferente al común que no obedece a directrices constitucionales? ¿A caso los enemigos no podrían ser las víctimas del Estado o víctimas que se han convertidos en victimarios por las condiciones sociales, económicas y políticas de la sociedad que los excluye?.

### **2.1.1 Características Del Derecho Penal Del Enemigo**

El derecho penal del enemigo tiene que dar lugar a una diferenciación de principios constitutivos y reglas operativas con respecto del derecho penal del ciudadano, al no existir garantías materiales y procesales. Debido a que

el aparato estatal ya no dialoga con los ciudadanos para mantener la validez de la norma, sancionando por los hechos cometidos, sino que los combate para lograr asegurar el cumplimiento del ordenamiento en el futuro.

El derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos (JAKOBS & CANCIO MELIÁ, 2003, pág. 79).

- Prospectividad: Tipos penales que se anticipan a la punibilidad de actos preparatorios de hechos futuros, al establecerse datos reiterativos del abandono perpetuo del derecho común que generan una amenaza permanente a los principios básicos que ha establecido la sociedad. Siendo su contenido ya no la comisión de hechos delictivos concretos y determinados, sino cualquier conducta que motive la pertenencia a organizaciones al margen de la ley.

- Desproporcionalidad de las penas como agravante por la pertenencia del autor a una organización y la no opción de la rebaja de la sentencia.

- Restricción de garantías y derechos procesales de los imputados hasta al punto que se desconoce la presunción de la inocencia, se reducen las exigencias de licitud y admisibilidad de pruebas; por otro lado, se amplían los plazos de detención policial, si lo hay, y en un determinado momento se legalizan los tratamientos de la tortura.

La particular y distinta finalidad del Derecho Penal del enemigo consistente en la renuncia de garantías materiales y procesales tiene como base las circunstancias fácticas que caracterizan la actividad y posición del enemigo frente a la sociedad, en donde el Estado tiene como única herramienta la guerra si lo quiere vencer (JAKOBS & CANCIO MELIÁ, 2003, pág. 80).

El pilar básico de la justificación para el derecho penal del enemigo son aquellas luchas –en teoría– excepcionales por la “emergencia” o por lo “anormal” de las mismas, por las cuales se busca justificar y legitimar el hecho de dejar de lado las más preciadas “conquistas” de la sociedad, tales como la universalización de los derechos humanos y los principios de un derecho penal y procesal penal liberal que tiene como cimiento el respeto de estos. Sin embargo, la excepcionalidad se va convirtiendo en regla general, volviendo por ende perpetuo el derecho penal del enemigo (ZAFFARONI, 2006).

En síntesis, podemos establecer que esta concepción del derecho penal se encuentra direccionada para los casos de criminalidad organizada consistente en la defensa del Estado frente a un tipo de “ataques” diferentes a los que pueden surgir desde la criminalidad “común”, y que justifican un estado de excepción que legitima la estructura de un Derecho Penal y Procesal sin garantías.

## **2.2 LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA ESCISIÓN DEL ESTADO DE SOCIAL DE DERECHO**

En este punto de la exposición, hemos establecido que en el derecho penal actual, la política criminal del enemigo se ha caracterizado por el conjunto de decisiones para la lucha contra organizaciones armadas y para la previsión y persecución del delito en donde predominan las necesidades y las razones de conveniencia política. Lo cual ha repercutido en los derechos y garantías de los ciudadanos, al igual que en la eficacia y eficiencia del sistema penal, al configurarse políticas criminales de improvisación, expansión de la coacción y represión política. Igualmente lo hemos caracterizado por el endurecimiento de la lucha contra fenómenos como el terrorismo, el narcotráfico, los delitos económicos y el abuso sexual de menores, configurándose al interior de los estados de derecho, el llamado derecho penal del enemigo.

Por ejemplo en España mediante la LO 7 de 2000<sup>4</sup>, en aras de enfrentar a los enemigos se recurrió a reglamentaciones de características especiales, que permiten identificarlas como instituciones típicas de un Derecho penal del enemigo (JAKOBS & CANCIO MELIÁ, 2003, págs. 40, 48 ss).

Pero al lado de esta política subiste la concepción clásica del Estado de derecho que se armoniza con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona el centro del todo el ordenamiento jurídico. Para la sociedad que ha avocado por el liberalismo constitucional no hay nada máspreciado que mantener los marcos formales y materiales del Estado de Derecho, al implicar a largo plazo, libertad, seguridad e igualdad para todos en el respeto de los derechos fundamentales. El Estado Social de Derecho no se agota en las meras formas sino que propugna por el reconocimiento y legitimación de contenidos valorativos esenciales y superiores que se han expresado en principios jurídicos tanto en el derecho en general como en el penal (FERNANDEZ CARRASQUILLA, 1998, pág. 23).

La fórmula de Estado Social de Derecho obliga al derecho penal, al igual que a las demás ramas del ordenamiento jurídico, ha estar nutrido por los principios constitucionales, caracterizados por la exaltación a la dignidad, libertad y el respeto de los derechos humanos que no pueden ser desconocidos ni siquiera en estados de excepción<sup>5</sup>.

En Colombia, por ejemplo el derecho penal del enemigo no puede ser una parte del derecho penal, pues al

---

4 *Mediante la LO 7 de 2000, por la cual se configura el derecho antiterrorista, cuya base son datos específicos que evidencian el abandono permanente del derecho, por actos consiguientes que amenazan constantemente los principios y contenidos de la sociedad*

5 *ARTICULO 93 Constitución política de Colombia. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.*

existir mecanismos como el control de constitucionalidad, propios de los Estados constitucionales, se ha evitado la configuración de tal política criminal. Como prueba de ello está la sentencia C-816/04 por medio de la cual se declara la inconstitucionalidad del acto legislativo 02 de 2003, que pretendió reformar los artículos 15, 24, 28 y 250 constitucional con disposiciones que limitaban los derechos fundamentales de los ciudadanos, como el de la intimidad<sup>6</sup>.

Debido a que el Estado Social y democrático de derecho tiene como núcleo sustancial un sistema de valores que supeditan todas las acciones internas, siendo este el costo que se debe pagar por las democracias, en las cuales está prohibido perseguir el crimen con métodos criminales, lo que evita que el Estado de derecho degeneren en un Estado Criminal. Por lo anterior, existe siempre la probabilidad de que algunos delitos queden en la impunidad al no poderlos perseguir eficazmente sin que se sacrifique y se violen los valores orientadores del Estado que materializan derechos fundamentales que ordenan el respeto de las llamadas garantías penales y procesales. (FERNANDEZ CARRASQUILLA, 1998, pág. 21).

Así, la política criminal, que no debe ser teórica sino práctica, debe subordinarse tanto a la política social del Estado

como a la jurídica. Debido a que la política criminal no puede ser efectiva y “decente” sino responde a fines de la política de justicia social. El derecho penal únicamente debiera servir como un mecanismo civilizador para la preservación de la paz en el orden social, pues de no ser así, estaríamos frente a la represión irracional<sup>7</sup> (FERNANDEZ CARRASQUILLA, 1998).

De acuerdo a lo explicado, debemos tener en cuenta que la legalidad- tanto material como formal- que se esgrime en un Estado de derecho exige que los agentes del Estado queden sometidos en sus actuaciones al ordenamiento jurídico que tiene el carácter de democrático y constitucional, en donde toda norma se apoya en un principio o expresa valores superiores consagrados en la Constitución y que de contrariarlos debe dejar de existir en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la realidad no ha revelado que los diferentes gobiernos se han tenido que ver obligados a practicar políticas propias del derecho penal del enemigo, que si bien no son avaladas por el derecho si gozan de legitimidad por parte de los ciudadanos, conformándose de esta forma un derecho penal represivo que es paralelo al derecho penal de los ciudadanos, pero que por sus características son totalmente excluyentes, trayendo como

---

6 La Corte Constitucional en esta sentencia establece que “el Congreso de la República desbordó los límites que en ejercicio de su poder de reforma tiene, al desconocer los valores, los principios y el bloque de constitucionalidad que guían su actuar y fijan el alcance de su competencia.” Esos valores axiales, dice el Procurador, “son, entre otros, la dignidad humana, la libertad, y la igualdad, los cuales se proyectan en el ordenamiento como límite”.

7 Sin embargo el derecho penal opera regularmente en la irracionalidad (ZAFFARONI, 2006)

consecuencia la escisión del Estado social de derecho, al desconocerse los principios y valores constitucionales consagrados en la Carta Política.

Siendo el interrogante de la legitimidad del derecho penal el anclaje más importante para la construcción de las diversas teorías del delito, demos examinar las disímiles posiciones sobre esta cuestión y determinar cuál postura nos permite la sobrevivencia del derecho penal del Enemigo en un Estado social de Derecho que lo ha relegado de su ordenamiento jurídico, por medio de instituciones como la acción de inconstitucionalidad –en el caso Colombiano.

Por un lado esta aquella posición que establece que el ordenamiento jurídico penal es formalmente legítimo cuando sus normas son expedidas de acuerdo a los trámites dispuestos en la Constitución. Por otro parte, la legitimidad material se relaciona con la justificación de la existencia de la pena. Sin embargo, se debe tener en cuenta que el derecho penal por su naturaleza se diferencia de las demás ramas debido a su drasticidad caracterizada por el desconocimiento de sus normas cuya justificación es la afectación de intereses vitales para la sociedad, lo que legitima al Estado para imponer penas que suprima o limitan, derechos de los individuos (FRANCISO, B. O, 2007 pág 40).

Para Velázquez en cambio el fundamento formal del derecho penal responde a la justificación de la existencia del castigo que es propiciado por el Estado; mientras que el material responde al castigo mismo impuesto, el cual depende de la teoría penal que se siga. (VELÁSQUEZ V, 2002)

Por otro lado están las posturas derivadas del nihilismo que avocan por la ilegitimidad del derecho penal. Entre su principal exponente se encuentra Nietzsche, quien se refiere a una relación acreedor-deudor entre la comunidad y el individuo, disfrutando este ultimo de las ventajas relacionadas con la protección frente a las diferentes hostilidades que pudieran generar perjuicios, a cambio de la obligación de no causar daño a la comunidad. (NIETZSCHE, 2006, pág. 93)

Sin embargo, cuando se incumple dicho compromiso el individuo -deudor- debe pagar “*lo mejor que pueda*” pues el delincuente es visto como un auténtico traidor, por lo que pierde todas las garantías que recibía de la sociedad, es devuelto a su estado salvaje y la pena será proporcional al comportamiento que se asume frente a alguien que se odia (NIETZSCHE, 2006, pág. 95)

Cuando analizamos la situación actual de las políticas criminales plasmadas en las diferentes instituciones del derecho penal que consisten en medidas como el incremento de penas, la reducción de garantías penales y beneficios, y



que son instrumentos de reacción por parte del aparato estatal en contra de fenómenos como el terrorismo, podemos determinar que la óptica que legitima esta clase de derecho penal es la posición del nihilismo de acuerdo con lo analizado.

Ahora, debemos abordar el problema de comprensión de la norma penal. Por un lado está la postura objetiva, para la cual el sistema punitivo tiene por fin la protección de situaciones que la sociedad entiende como valiosas, lo que permitirá establecer el contenido de la pena de acuerdo a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos, lo cual será verificable mediante el resultado de la conducta del infractor. Por otro lado, la posición subjetiva avoca por el sostenimiento de un patrón de conducta que sea interiorizado por el ciudadano, de tal forma que cuando sea contrariado, se sancione la exteriorización de la “voluntad rebelde”. Para dirimir este conflicto la mayoría de los doctrinantes entienden que la norma penal debe comprenderse tanto como norma objetiva de valoración como subjetiva de determinación- postura mixta- (FRANCISCO, B. O 2007)

A partir de lo anterior, se ha afirmado que el legislador debe adecuar las instituciones penales para que pueda proteger aquellas circunstancias que son necesarias para el desarrollo del individuo dentro de la sociedad. Así, esta rama se caracterizará por castigar

mediante penas las conductas que atentan de manera grave contra la convivencia dentro de la comunidad y sus bienes jurídicos tutelados. Como consecuencia de lo anterior, ha surgido el principio denominado *ultima ratio*, por medio del cual es lícito acudir al derecho represor únicamente si se configuran las siguientes circunstancias:

- i. Se atente de forma grave contra los intereses de la sociedad y su convivencia
- ii. Cuando las demás ramas del ordenamiento jurídico han demostrado ineficacia para poder coaccionar la conducta del infractor
- iii. Cuando se establece que el bien jurídico a proteger tiene igual o superior importancia sobre aquel que se va a sacrificar.

Esencialmente, estos principios apuntan a que el Derecho penal debe ser el último instrumento, al cual la sociedad recurra para proteger determinados bienes jurídicos, al no tener otras formas de control menos lesivas. Es un principio caracterizado por construirse sobre bases utilitarias: mayor bienestar con un menor costo social. (CARNEVALI RODRIGUEZ, 2008)

Para resolver el problema de legitimidad material del derecho penal debemos determinar la postura actual de la sociedad, para allí encontrar el derecho penal del enemigo aplicable y

entender el papel que juega dentro de la comunidad y de este modo, poder establecer los criterios de legitimidad que lo constituye, que para efectos de esta investigación deberá construirse a partir del plano comunicativo del grupo social, al quererse demostrar la coexistencia del derecho penal del Ciudadano junto al derecho penal del Enemigo.

Lo primero que demos establecer es el significado de norma para Jakobs, principal exponente de la teoría del derecho penal del enemigo, quien entiende por normas jurídicas las expectativas que se tienen sobre aquellos comportamientos que atentan contra los intereses que para la sociedad son vitales, por lo que el delito no se entiende como un fenómeno natural, sino que pasa a ser un fenómeno comunicativo<sup>8</sup> (FRANCISO, 2007, pág. 135)

Al ser la sociedad un ente organizado tiene la permanente e imperativa necesidad de contar con los instrumentos adecuados que le permitan asegurar la convivencia al interior del grupo social. Así, el derecho por medio de la pena se convierte en el medio más eficaz para proteger las expectativas normativas de todos los miembros de la Comunidad, quienes deben confiar recíprocamente en que se va a actuar de acuerdo con las pautas establecidas por los procesos de comunicación determinados al interior de la colectividad (NAVARRO PRIETO, 2000).

Por lo tanto, podemos determinar que la legitimidad del derecho estará estructurada por el mantenimiento de las expectativas necesarias. Jakobs, al referirse a este ámbito puntualizó que las leyes penales son necesarias para mantener la forma de la sociedad y el Estado. Los contenidos de las normas se deben regir por el respectivo contexto social, político y económico, las cuales deben ser garantizadas para proteger las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida en la sociedad. (JAKOBS, 1996, pág. 18 y ss)

Concluimos entonces, que el derecho y la pena están en cabeza del ente estatal que conforma la expresión de voluntad de una mayoría, y por lo cual este se encuentra legitimado para establecer parámetros de conducta dentro de la sociedad y las políticas criminales que sean necesarias para responder a una realidad en la cual las organizaciones estructuradas al margen de la ley han generado incertidumbre en la comunidad, al convertirse en permanentes amenazas debido a las actividades terroristas que practican.

Estas organizaciones al ser incontenibles por el derecho común, han llevado al extremo la práctica de las políticas criminales, las cuales se han caracterizado por la desproporcionalidad y se han alejado de todo criterio legal, sacrificando los valores y principios del Estado constitucional, en aras de garantizar y proteger los bienes jurídicos de la sociedad.

---

8 Entendiendo como fenómeno comunicativo la manifestación por el infractor de que la norma no se encuentra vigente para el caso.

## 2.3 MARCO APLICATIVO

Al partir de la constitución del derecho penal con unos fines humanistas nos remitimos a la teoría de Beccaria<sup>9</sup> sin embargo, dado el caso de la reconfiguración de la sociedad en las últimas décadas se hace inevitable el análisis de la cuestión político-criminal partiendo de la base que el derecho penal debe ser la intervención última y más grave del Estado sobre el individuo, al caracterizarse por tendencias reduccionistas, es decir, privativa de la libertad, creándole una afectación grave al individuo, sin olvidarse que el Estado debe evaluar los casos en los cuales interviene para tomar medidas que tengan por fin la resocialización.

Con el comportamiento del individuo dentro de la sociedad misma se debe entrar a juzgar la legitimidad del derecho penal frente a las políticas reduccionistas antes mencionadas y la expansión que moderniza al derecho penal con la idea de fomentar una *resistencia* frente a las nuevas conductas de los individuos, que amenazan constantemente la seguridad y convivencia de la sociedad.

Con fundamento en dicha contingencia del derecho penal, se estructura **“EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”** que pretende despojar de la categoría de ciudadanos a determinados sujetos que deben ser tratados como meras “fuentes de peligro”, a los que hay que neutralizar

a cualquier precio. El “Derecho penal del enemigo” puede caracterizarse, entre otras notas, por un amplio adelantamiento de la punibilidad, la adopción de una perspectiva fundamentalmente prospectiva, un incremento notable de las penas, y la relajación o supresión de determinadas garantías procesales individuales (DEMETRIO, 2003).

Es decir, con tal de dar cumplimiento a la política de resistencia se busca una pena severa sin tener en cuenta los preceptos legales o las garantías del individuo, con esto se garantiza según esta teoría del derecho penal proteger los derechos de los demás individuos que no han perdido su condición y no se pueden calificar como enemigos de los que afrontan este calificativo dada la exteriorización de sus hechos delictivos que confirman la teoría normativa al hacer actuar la ley penal para combatir su peligrosidad y que conlleva legalmente a las medidas que se mencionan. (GARCIA MARTIN, Prolegómenos para la por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia”, 2003)

Frente a la diferenciación de persona y enemigo, para dar aplicación de la ley Jakobs sostiene la tesis de que “en ningún contexto normativo incluyendo como tal a la persona en derecho, está por sí mismo, sino que solo es real cuando determina a grandes rezagos a la sociedad (DEMETRIO, 2003), es decir que aquel que no aporta seguridad a la sociedad desde su perspectiva personal

9

Expresada en su obra de los delitos y de las penas del año 1964.



no puede esperar ser tratado como persona ya que vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas, y dicha concepción de persona es el seguir la norma que conlleva una protección dada por el estado y ofrecer seguridad a este mismo haciendo innecesaria la actuación penal antes mencionada.

Dentro de las tendencias actuales encontramos las contingencias del estado frente a ataques por organizaciones terroristas lo cual no es viable ya que dentro de un Estado social de derecho, la concepción del uso del derecho penal como pretensión de validez para un contra ataque va en contra de los preceptos constitucionales que le dieron origen al estado mismo y su legislación, reiterando lo dicho anteriormente, el derecho penal fue hecho para los individuos que sobrepasan su calidad perdiéndola y este en últimas busca la resocialización de estos y su reinserción a la sociedad mas no la implementación de una política de guerra por más que los artífices políticos de que constituyen el origen del derecho penal del enemigo, permanezcan arremetiendo contra el estado.

Dicho derecho penal del enemigo ha mutado en el “derecho penal de autor” (JAKOBS & CANCIO MELIÁ, 2003, pág. 57 y ss cuando se fija como primordial objetivo un determinado grupo de personas organizadas con fines de eliminar dicho nicho, automáticamente se está renunciando al principio básico del derecho penal del hecho.

Es por tanto que el derecho entra a evaluar la eficacia del derecho penal del enemigo que se implementa como uso simbólico del derecho, (KELSEN, 1993) caracterizado por la inclinación a cuestiones distintas a la protección de bienes jurídicamente tutelados que para el caso en concreto se materializa en la seguridad y la estabilidad del Estado y de sus ciudadanos con fines de preservar la paz, sin importa como costo la crisis del Estado Social.

Es por tanto que es eficaz mas no valida en teoría esta política criminal por ir en contra de la legislación internacional incorporada en los estamentos nacionales, pero valida y mas fuerte por otro lado, frente al preservación del estado y los bienes jurídicos de las personas incluidos en cada constitución, en las que se manifiesta que los fines principales del Estado es velar por sus ciudadanos lo que permitiría en últimas obviar el respeto por los tratados y los derechos mínimos de dichos enemigos dado que perdieron sus garantías. (FERRAJOLI, 1999).

Entrando en un nuevo tema pero fundamentado en lo anteriormente expuesto, se debe analizar la cuestión referente a la aplicación de justicia penal con énfasis en el derecho penal del enemigo sobre decisiones estatales frente a Estados diferentes y al igual que dentro de su mismo territorio. Por lo tanto, partiendo de uno de los fines primarios del derecho penal de

cualquier estado como lo es la sanción, surge el siguiente interrogante ¿Cuándo la sanción de estos delitos tenga lugar por otros Estados, diferentes de la comunidad internacional reunida en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, cómo es posible juzgar los hechos que tuvieron lugar en un territorio donde no eran antijurídicos y donde no regía el orden jurídico ni afectación del Estado que juzga pero afectaron a otro Estado?

Con fundamento en el texto DERECHO PENAL Y ESTADO DE DERECHO de Enrique Bacigalupo se puede afirmar que las cuestiones expuestas han conducido a posiciones que proponen una renovación radical de los principios del derecho penal aplicable a los delitos cometidos prevaliéndose del aparato del Estado, una característica prácticamente necesaria en todo fenómeno de violaciones masivas de derechos humanos, especialmente en los casos de genocidio y lesa humanidad de los cuales forman como nicho las organizaciones terroristas objetivadas como enemigas del estado.

En este sentido merece una especial consideración el punto de vista de inmersa en el texto de Bacigalupo, que propone una *cuarta vía* del derecho penal para estos casos de pre valimiento estatal antes mencionado, que se caracterizaría por elementos como que el derecho positivo debe ser flexible, no exacto, en segundo término la prohibición de aplicación retroactiva

de la ley la cual debe quedar de lado, cuando sea adecuado al fin perseguido y en tercer lugar cabe fundamentar las decisiones en consideraciones iusnaturalistas (BACIGALUPO, 2005, pág. 84).

Naucke piensa que la administración de justicia cotidiana, que entiende se basa en un positivismo jurídico penal “que nos dispensa gran respeto por la ley”, ya utiliza estos criterios en la persecución de ciertos delitos, como las lesiones, la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el hurto y la apropiación indebida. Por ello sería inconsecuente mantener respecto de los delitos cometidos sirviéndose del poder estatal los límites del puro Estado de derecho, que en la práctica se aplican de una manera poco estricta.

Probablemente en este punto existe una cierta coincidencia de la tesis de Naucke con el “*derecho penal del enemigo*”, que describe Jakob como una tendencia del derecho actual que se propone “luchar” contra el delito operando sobre el delincuente y que se justifica a sí misma por la decisión de los autores del delito de autoexcluirse de la comunidad jurídica.

Esta teoría del derecho penal del enemigo se caracterizaría por una disminución de las garantías procesales y la expansión de ciertos límites del derecho penal material como se ha dicho con anterioridad, que son de observar en los delitos cometidos

mediante organizaciones tendientes al terrorismo, la criminalidad organizada, el tráfico de drogas, ciertas formas de criminalidad económica o de delitos sexuales.” Naturalmente que sobre la legitimidad de un derecho penal de estas características es posible albergar dudas. Pero, si se tiene en cuenta que las vulneraciones masivas de derechos humanos son consideradas en general como una forma del llamado “*terrorismo de Estado*”, es claro que la tesis de Naucke resulta confirmada en tanto sostiene que *comparativamente* los delitos cometidos con pre valimiento del poder estatal tendrían un tratamiento privilegiado de difícil justificación con relación al terrorismo (BACIGALUPO, 2005, págs. 84, 85, 86 y ss).

Para sustentar lo anteriormente mencionado y evaluar las circunstancias en las cuales se debe contemplar el derecho del enemigo, se debe tener como punto de partida el fenómeno social contemporáneo de terrorismo. En este orden de ideas se puede decir que el terrorismo de Estado significa, que la concesión entre la fuerza y la portación de armas que es consentido y sostenido por un orden tributario hacia un Estado de derecho se hace básicamente para garantizar la vigencia de sus derechos individuales, se vuelve en su contra, es decir, que el terrorismo de estado inicia en el momento que la milicia o fuerzas armadas propias del estado ejecutan su fuerza contra los ciudadanos con fines de obtener el control de las instituciones del gobierno

mismo, despojando a la ciudadanía de todos sus derechos fundamentales y también de la vida. (ROMERO, 2002).

De igual forma, se toma al estado como terrorista con los mecanismos propiamente dichos para el uso de la fuerza innecesaria para el obtenimiento de un poder arbitrario es por tanto que el uso de la tortura para la consecución de información o ocultamiento de esta, crea un estado de zozobra y confusión sobre la sociedad, además de relegar y arrinconar al poder judicial. Es por tanto que en una situación tan álgida, las riendas del estado recaen en el libre albedrío de quien tenga el poder sobre la milicia. En estas condiciones, ser testigo, víctima o afectado por una acción del terrorismo de Estado crea confusión y parálisis (PEREZ, 1983) Dentro de la evaluación del estado como mismo terrorista en cuanto al desarrollo de actividades propias de este calificativo se crean afectados como dijimos anteriormente, es entonces que se presenta el tópico de la re victimización (VALENCIA, 2010) dado que la personificación del Estado implica la des-personificación e instrumentalización de las víctimas, conocido como justicia amantica (URIBE DE HINCAPIE, 2006), que se enfoca en la memoria de las víctimas salientes de las actuaciones en contra de la seguridad, que según dicha teoría enfocarse en la memoria es devolverles la palabra y el protagonismo a los que han padecido la injusticia.

Si bien el terrorismo de estado se origina al ser la nación el agente del terror desde dos perspectivas en la cual en primer término sería la conducción de un conflicto interno apartado de los presupuestos del “Derecho en la Guerra”; en segundo lugar se le catalogaría como emisario de terror si por medio de sus instituciones, actuaciones u organizaciones coloca bajo amenaza derechos fundamentales, creándose así un ambiente anti ético donde la seguridad es incierta dadas las actuaciones irracionales del estado.

Es pertinente evaluar los mecanismos a través de los cuales se ejerce el Terrorismo de Estado. Como primeros están aquellos que se refieren a la dirección del conflicto. Posteriormente lo referente a la configuración, organización y práctica.

En cuanto a la dirección del conflicto, este se centra en la vulneración de la normativa del “Derecho en la Guerra”; teniendo como conductas la fijación como objetivo militar y de represión a la población civil al errar en la diferenciación de combatiente y el que no lo es, perturbando la estabilidad y calidad de vida tanto laboral como comunitaria en la sociedad en términos de residencia y subsistencia.

El cometimiento de errores como la distinción de población es exculpado por parte del estado aduciendo un encubrimiento de los combatientes en

la misma población civil, facilitando de esta forma el ataque a organizaciones políticas humanitarias y sociales no armadas que están en contra del statu quo. De igual forma, la falta de distinción de objetivos facilita la entrada de la insurgencia armada a espacios judiciales de orden penal, bajo la fachada de una militancia política de oposición. Dicha tergiversación se hace clara en la tipificación y penalización al ser aplicable un delito de opinión el cual es más lato que una condena por actos terroristas o de crímenes de lesa humanidad.

Ampliando el campo de justificación por parte del estado a la hora de este cometer actos contrarios a sus principios es perfecto escudo el “principio de la responsabilidad colectiva”, en el cual la comunidad es tratada como combatiente por el hecho de sobrellevar la insurgencia dentro de su territorio lo cual sería equivalente a un consentimiento por tanto se sería militante.

Con dicha ignorancia frente a la identificación sobre la población teniendo a todos como militantes y por tanto como blancos militares, se da pie para homicidios y demás crímenes sobre la población civil que ya siendo post muerte, la responsabilidad del estado es saneada calificando a todas las bajas resultantes de los combates como positivos, es decir, como pertenecientes a una organización.

Indistintamente de la determinación de población combatiente armada y no combatiente, el estado bajo los preceptos del ius bellum no puede dar un trato indigno o cruel al ser humano bajo ninguna circunstancia aun suponiendo que la represión se ejerza contra verdaderos insurgentes. De igual forma el ius bellum es vulnerado con el exceso de fuerza como la tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición de personas, los tratos crueles y dilataciones judiciales que se legitiman como procedimientos de guerra pese a cumplir los objetivos; es por tanto que con el fin de una eliminación no se puede ejercer crueldad ni una destrucción sin causa distinta a la ventaja militar, delimitándose así el trato al enemigo y regulando las vías para ejercer el derecho penal del enemigo que puede ejercer el estado sin ser este el ejecutante de conductas punibles con una inviable justificación.

Dichas actuaciones antes mencionadas que vulneran los presupuestos de los derechos fundamentales y a la vez son elementos objetivos subjetivos del terror y el terrorismo incluidas dentro del derecho en la guerra. En cuanto al terror, se tiene como elemento subjetivo la afectación a los derechos fundamentales. Por otra parte, el terrorismo se camufla bajo un discurso confuso e incierto sobre cuestiones teóricas o políticas que disfrazan las actuaciones verdaderas ampliando así el campo de acción para hechos delictivos.

Profundizando sobre el terrorismo de estado denotamos manifestaciones más constitutivas, institucionales y taxonómicas, dado que si bien dicho terrorismo parte de actuaciones arbitrarias por la nación e un conflicto interno, estas causan una afectación a la configuración e instituciones propias del estado mismo, entorpeciendo su actividad administrativa judicial y militar.

El ejercicio del terrorismo sobre la configuración del estado se hace visible en la imposición de doctrinas o simples ideologías que no son avaladas por los funcionarios, pero pese a esto son reglamentadas y aplicadas no necesariamente en cuestiones de defensa. Vulnerado así el poder legislativo, ejecutivo y la constitución misma.

Vale mencionar en primer lugar la “**IDEOLOGÍA DE SEGURIDAD NACIONAL** (AVILA, 2009)”, como cuerpo de principios para la conducción de una guerra que se proyecta a todos los campos de la acción humana; donde no cabe la neutralidad; donde el enemigo es interno y omnipresente y donde los métodos para su destrucción no deben detenerse ante obstáculos éticos o humanitarios, configurando de este modo la política criminal denominada por Jakobs, derecho penal del Enemigo y escindiéndose el Estado democrático, para responder a una ideología totalitaria.



Es idóneo señalar, la oratoria como medio de convencimiento sobre el pueblo ya sea por parte del estado que busca estigmatizar palabras como “terrorismo” para que sean aplicables sobre cualquier grupo insurgente y de esta manera legitimar sus actuaciones, siendo estas alabadas por el pueblo convencido de un cumplimiento de las propuestas de gobierno en un marco legal y justo. Que como se está comprobado, es caso contrario teniendo como fundamento el *ius bellum* y dando como resultado un pueblo alienado e ignorante propenso a vulneraciones consentidas.

Entrando en un ámbito social que desde otrora a afectado principalmente a países latinoamericanos como Argentina, Bolivia, Chile y Colombia por mencionar algunos, encontramos el Paramilitarismo, comprendido como la destrucción fronteriza en los aspectos civiles y militares dado el reclutamiento de población civil a unidades militares o el camuflaje de miembros de dichas unidades en la población civil.

La figura del paramilitarismo se funda en el seno de la política estatal, como método de confusión para el cometimiento de crímenes fuera del margen de delincuencia común que operan y favorecen al estado además de desviar una responsabilidad de este al ser encubierto bajo la figura de un grupo aislado mas no un órgano estatal.

El paramilitarismo, no está en contra de la arbitrariedad u abusos que se puedan cometer en una guerra o estado de conmoción interno, dado que su fin es la destrucción del enemigo con los poderes y dadas como la impunidad que les otorga el estado como “su ejército ejecutor especial” dado que se encuentra de todo marco legal como se mencionó anteriormente.

Uno de los nichos por los cuales se crea la afectación y victimización de los individuos que violenta la seguridad de estos y da cabida a una inestabilidad que da origen a distintos mecanismos para los resarcimiento y restablecimiento de la seguridad como también en el derecho penal del enemigo es la denominada Justicia Sin Rostro que es otra de las formas que asume el Terrorismo de Estado, afectando esta vez principalmente el valor de la libertad (JAVIER GIRALDO, EL TERRORISMO DE ESTADO, 2002).

Dicha figura se centra en un campo institucional en donde la libertad se ve coartada por actuaciones de terceros avalados por el estado, quedando así las garantías procesales anuladas, teniendo en cuenta que este ejército estatal fue creado para evadir responsabilidades y contando que el estado mueve los entes jurisdiccionales estos perderían eficacia siendo silenciados.

Por otra parte, uno de los más grandes problemas que enfrenta el derecho

penal para considerarse ineficaz para el resarcimiento es la Impunidad, al coaccionarse los mecanismos de justicia para que queden inhabilitados de establecer la verdad, siendo esta otra forma de terrorismo de estado (JAVIER GIRALDO, 2002).

En ese orden de ideas la criminalidad cometida por el paramilitarismo avalado por estado se articulan en el control político, militar y judicial a sus ideales e intereses, al igual que el evadir la justicia interna e inclusive los preceptos penales internacionales en pro de los derechos humanos, los cuales deberían ser velados y vigilados por estamentos intencionales, es pie que a esta faltante los victimarios sean puestos en libertad fácilmente bajo presupuestos procesales como lo es la figura de la preclusión.

Lo anteriormente mencionado le da forma al terrorismo de estado en cuanto a las manifestaciones más constitutivas, institucionales y taxonómicas que dado el manejo que se le da a la nación, esta se desvía de sus preceptos legales y constitucionales para enmarcarse en un enemigo en contra del pueblo para el sometimiento de este escudado en la defensa de una soberanía nacional inexistente dado que el núcleo estatal es la sociedad.

Dado que el terrorismo busca eliminar los límites sociales existentes con su accionar bélico, es imposible poder determinar una imparcialidad u autonomía frente al conflicto armado

dado que es de índole general sobre la cobertura de un estado. En este orden de ideas además de la imposición de la zozobra en la población se busca la extinción de derechos civiles y políticos en la comunidad entrando así a un trato indiscriminado contra toda la población indistintamente de su calidad.

En fundamento de lo anterior, existe una diferencia entre el mecanismo de coerción y el de mera agitación por parte de los grupos subversivos; en el primero con la simple alteración del orden público se rompe la relación entre los ciudadanos y el estado dado que no existe una garantía sobre los valores sociales ni los derechos fundamentales que deberían ser velados por el estado en lugar de vulnerados.

En segundo término cuando el estado es el coaccionante del terror ya sea por sus instituciones o actuaciones para dar fin al conflicto interno, al actuar de forma indiscriminada puede cumplir con sus objetivos pero contraria sus principios. Caso distinto si busca la terminación de un conflicto no con el exterminio sino con la conducción de la guerra enfocado en el terrorismo de agitación, es decir, siguiendo los preceptos legales sin enmarcarse en conductas terroristas que afectan al pueblo.

Con fundamento en lo anterior debemos ver las falencias del derecho penal en los contextos tradicionales de manera interna del estado. En ese orden de ideas con el populismo punitivo

implantando con posterioridad a la década de los ochenta cuya definición y actuación se puede resumir como la reacción del estado penal a través de la lógica punitiva a cualquier conflicto que se presente en su sociedad.

Dicho populismo es un uso penal de los gobernantes de la nación los cuales están guiados por tres asunciones, en primer término la contemplación de un mayor número de penas para reducir el delito, en segunda medida el reforzar esas penas se refuerza de igual forma el consenso moral social y por último que estas medidas colaboran a un posición política y electoral mejor. Es por tanto que nos atrevemos a formular que se produce un cambio de modelo de orden social a uno de control social, siendo el derecho penal eje de gobierno dejando esta rama como eje para materializar y formar la democracia que lleva inmersos valores como la paz, la justicia, la reconciliación y la verdad (DAVID VALENCIA, RECORRIDO POR OLVIDO Y MEMORIA, 2006).

Los anteriores fundamentos son aplicados en el poder penal internacional en el cual encontramos la pena como una cuestión que previene, retribuye y recompensa. El problema de este derecho penal internacional radica en el tratamiento a las víctimas, dado que en un mundo globalizado los países son medidos por políticas económicas, financieras, comerciales y sociales además de las cuestiones penales, es entonces donde la falta de

una constitución universal se denota en la afectación de las víctimas de cuestiones terroristas dentro del caso que nos compete ya que no se da un resarcimiento a dichos coligados de sus derechos, sí que se busca la aplicación de la pena severa para los causantes de los daños; que en cuestión es relativa la aplicación de la norma, ya que dado el sistema penal imperfecto y desigual que enfrentamos las cortes penales internacionales no pueden aplicar una pena general partiendo de una norma general dado que las condiciones culturales, legales, demográficas y demás implantan variantes para la ejecución de la pena.

En síntesis, podemos concluir que si bien el sistema penal de cada gobierno como también el sistema internacional no tienen los medios necesarios para procurar la seguridad de los territorios hasta el punto que en su sistema de defensa se convierten en el calificativo de terroristas con fundamento en los estatutos penales que los catalogan como tal por las actividades realizadas en contra de los derechos humanos, es por tanto que se necesita no un control sobre la sociedad misma dado que en la psiquis humana la represión genera más violencia y de esta un caos absoluto, sino un restablecimiento de orden social, es decir procurar por la seguridad arremetiendo contra el nicho del problema, que por tendencia actual son las organizaciones terroristas y al margen de la ley, que se puede dar un ataque con fundamentos legales



y constitucionales superiores de cada estado el cual puede llegar a sobrepasar los estamentos internacionales dado que el fin primero de los estados es la preservación del mismo, es decir que si es aplicable el derecho penal del enemigo con todo lo inmerso en este, como lo es, la pérdida de garantías para los catalogados como tal con fundamento en lo anteriormente dicho.

### 3. CONCLUSIONES

El derecho penal del enemigo y del ciudadano son sistemas que coexisten pero que a la vez se excluyen debido a que este último tiende por la reafirmación del ordenamiento conforme a una ideología de previsión rehabilitadora o de reinserción social. Mientras que el primero se aparta totalmente de los fines ordinarios del derecho penal al propender por la eliminación de todos aquellos que no ofrecen garantía alguna de condiciones soportables para la sociedad y que por tanto se hace necesario ser tratados como no-personas, donde el único límite depende del grado de peligrosidad que puedan tener.

La concepción del derecho penal del enemigo se encuentra direccionada para los casos de criminalidad organizada consistente en la defensa del Estado frente a un tipo de “ataques” diferentes a los que pueden surgir desde la criminalidad “común”, y que justifican un estado de excepción que legitima la estructura de un Derecho Penal y

Procesal sin garantías. Sin embargo en un Estado social de Derecho donde se exige que los entes del Estado queden sometidos al imperio de la constitución, esta política no se puede integrar al ordenamiento jurídico. Pero cuando la realidad nos ha demostrado que los diferentes gobiernos practican políticas propias del derecho penal del enemigo, debemos aceptar la legitimidad proveniente de los ciudadanos para la conformación de esta política criminal represiva que es paralela al derecho penal ordinario, pero que trae consigo la escisión del Estado social de derecho, al desconocerse los principios y valores constitucionales consagrados en la Carta Política.

Para la aplicación del derecho penal por parte del estado con un fin reduccionista se debe en primer término evaluar la legitimidad de dichas actuaciones más que la eficacia de estas mismas, que a la larga son válidas con fundamento en la constitución y los principios bases del estado, dentro de los cuales están la protección de la soberanía del estado y la procuración de la seguridad de los individuos.

Es por tanto que situándonos en las obligaciones de estos últimos, al no otorgar individualmente seguridad a la sociedad sino implementar una zozobra o en el peor de los casos afectaciones materiales, se hace válida la intromisión del estado en carácter defensivo, el cual debe ser mediado por normas internas de cada nación en base a estatutos

internacionales como los derechos humanos para hacer efectivo el ataque a los nichos que generan dicha zozobra y afectación ahora llamados grupos terroristas, en lugar de simular una supuesta protección estatal que en trasfondo sería una vendetta que atañe contra el pueblo mismo afectándolo de forma automática, actual y futura, dando origen a la figura de la re victimización que a una mirada objetiva, resulta complicado de reparar con las técnicas reducción que se inclinan más a una penalización severa de encierro y hasta eliminación del sujeto infractor con el fin de crear conciencia social para aminorar las conductas punibles que para un resarcimiento.

En segundo término, la aplicabilidad del derecho penal del enemigo es aplicable a aquel que pierda su calidad de persona o el que directamente atente contra la seguridad de la sociedad, es por tanto que el terrorismo de estado significa, que el monopolio de la fuerza y la portación de armas que los ciudadanos consienten en un Estado de derecho, y sostienen mediante el pago de los impuestos, para que garantice la vigencia de sus derechos individuales, se vuelve en su contra, es decir, que el terrorismo de estado comienza cuando el estado utiliza sus Fuerzas Armadas contra los ciudadanos y, controlando la totalidad de las instituciones que dependen del gobierno, los despoja de

todos sus derechos fundamentales y también de la vida.

En fundamento a lo anterior, el punto clave para la aplicabilidad del derecho del enemigo radica en la afectación y dado que puede ser el estado mismo sobre sus gobernados, se hace necesaria la asistencia de organismos internacionales a objeto de dar fin a la circunstancia de alteración a toda costa, es decir que si las vías de negociación no son exitosas, está avalado el uso de una fuerza mayor, que debe estar contenida y avalada dentro del *ius bellum* y el *ius ad bellum* o derecho de guerra y defensa. Es por tanto que debe ser inlimine el uso de fuerza y en este orden de ideas sería tanto legítimo como eficaz aplicar el derecho penal del enemigo.

Cabe resaltar que por fin último del derecho penal del enemigo se busca la protección del individuo de manos de quien ya no lo es, hasta el punto de retirarle las garantías legales al denominado “amenaza” y considerar su eliminación. Dado que el derecho penal lo aplica el estado como último recurso no se debe tergiversar esta teoría creando una cortina jurídica para el cometimiento de más daños y afectaciones catalogados a grande escala como de lesa humanidad para la consecución del poder lo cual es contrario a la teoría inicial.

#### 4. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

AVILA, N. (18 de Noviembre de 2009). Recuperado el 14 de abril de 2011, de <http://www.aporrea.org/actualidad/a90278.html>

BACIGALUPO, E. (2005). *Derecho penal y el Estado de derecho, capítulo cuarto: Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el extranjero*. Chile: Juridica de Chile.

CARNEVALI RODRIGUEZ, R. (2008). *Scielo Chile*. Recuperado el 9 de marzo de 2011, de <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000100002&script=sciarttext>

COLOMBIA, CORTE COSTITUCIONAL. (2004), Agosto, Sentencia C-816/04, M.P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO y RODRIGO UPRIMNY YEPES

Demetrio, E. C. (2003). *Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo*. Recuperado el 2011 de Abril de 10, de [http://www.techihuahua.org.mx/attachments/235\\_3%20Del%20Derecho%20Penal%20Liberal%20al%20Derecho%20Peneal%20del%20Enemigo.pdf](http://www.techihuahua.org.mx/attachments/235_3%20Del%20Derecho%20Penal%20Liberal%20al%20Derecho%20Peneal%20del%20Enemigo.pdf)

FERNANDEZ CARRASQUILLA, J. (1998). *Principios y normas rectoras del drecho penal. Introduccion a la teoria del delito en el estado social y democratico*

*de derecho*. Bogotá: Grupo Editorial Leyer.

Fierro Méndez., R. E. (2007). *Teoría General del Contrato: Contratos civiles y comerciales*. Bogota, Colombia: Ediciones Doctrina y ley L.T.D.A.

FRANCISO, B. O. (2007). *La legitimidad del derecho penal*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

GARCIA MARTIN, L. (2003). *POLITICA CRIMINAL*. Recuperado el 2011 de marzo de 14, de [http://www.politicacriminal.cl/n\\_02/r\\_7\\_2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_02/r_7_2.pdf)

GARCIA MARTIN, L. (s.f.). *Revista electronica de Ciencia penal y Criminologia*. Obtenido de <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>

JAKOBS, G., & CANCIO MELIÁ, M. (2003). *DERECHO PENAL DEL ENEMIGO*. Madrid: Civitas.

JAKOBS, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoria del derecho penal funcional*. Madrid: Civitas.

JAKOBS, G. (1997). *Estudios de Derecho penal* (Vol. 2). Madrid: Civitas.

Juarez Barato, L. T. (s.f.). *Organismo Judicial Guatemala*. Recuperado el 14 de 3 de 2011, de <http://biblioteca.oj.gob.gt/asp/glQuery.sp?buscable=S&authors=JUAREZ%20BARATO,%20LIDIA%20TERESA.%20>

%20DERECHO%20PENAL%20DEL%20ENEMIGO.

KELSEN, H. (1993). *Sobre el significado de los binomios conceptuales legitimidad-efectividad, validez-eficacia. Teoría pura del derecho*. México.

FERRAJOLI, LUIGI. *El derecho como sistema de garantías*. Madrid, 1999.

MÜSSING, B. (2001). *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia al sistema*. . Bogota: Universidad Externado de Colombia.

NAVARRO PRIETO, E. (2000). Teoría de los sistemas, funciones del derecho y control social. Perspectivas e imposibilidad para la dogmática penal. *DOXA* 23 , 265.

NIETZSCHE, F. (2006). *La genealogía de la moral*. Madrid: Alianza Editorial.

PARRA, W. J. (s.f.). Recuperado el 8 de Marzo de 2011, de <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpen/article/view/981>

SILVA SANCHÉZ, J. E. (2001). *Expansión del Derecho pena*. Madrid: Civitas.

URIBE DE HINCAPIE, M. T. (2006). *Esclarecimiento histórico y verdad jurídica: notas introductorias sobre los usos de la verdad*,. Bogotá: Universidad del Rosario.

V A L E N C I A , D . ( 2 0 1 0 ) . UNIANDES. Obtenido de <http://congresocienciapolitica.uniandes.edu.co/conflicto.pdf>

VELÁSQUEZ V, F. (2002). *Manual de derecho penal*. . Bogotá, : Temis.

ZAFFARONI, E. R. (2006). *El enemigo en el derecho penal*. BOGOTÁ: Grupo Ibañez.





## Contenido

	Pág.		Pág.
EDITORIAL .....	13	PARTE II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN DERECHOS HUMANOS	
PARTE I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL		Vulneración de los Derechos Humanos en el complejo penitenciario de máxima y mediana seguridad de Cóbbita .....	229
Artículos de Carácter General para el Estudio de la Ciencia Jurídica		<i>German Alfonso Bernal Camacho, Angela Patricia Hernández Echeverría</i>	
Judicialización laboral de las empresas usuarias en calidad de empleador en el contrato con Est .....	20	Crímenes de lesa humanidad en la masacre de Segovia .....	251
<i>Irma Julieth Corredor Amaya</i>		<i>Fabián Andrés Herrera Lesmez</i>	
La intermediación laboral como planteamiento hacia una posible elusión contraprestacional .....	46	Responsabilidad del estado: tratamiento jurisprudencia de la responsabilidad por daño especial y la teoría del riesgo .....	272
<i>Laura Inés Gomes Niño.</i>		<i>Angela Biviana Reyes Sánchez</i>	
Interpretación constitucional de la iniciativa popular legislativa respecto del porcentaje del censo Electoral .....	63	Entre la reparación y la sostenibilidad. Análisis de la Ley de Víctimas desde el constitucionalismo restrictivo y la radición pactista del poder .....	291
<i>Eliana Andrea Combariza Camargo.</i>		<i>David Gerardo López Martínez</i>	
El estado social de derecho y la contratación estatal .....	86	PARTE III. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL. ARTÍCULOS DE CARÁCTER GENERAL PARA EL ESTUDIO DE LA CIENCIA JURÍDICA	
<i>Nancy Milena Zabala Mancipe.</i>		Derecho Penal del enemigo y escisión del Estado social de Derecho .....	313
Envejecimiento sin crisis? El estado social de derecho como modelo garante de los derechos de la Tercera Generación .....	103	<i>Pedro Alejandro Amezcuita Niño, Mónica Rocío Mejía Parra.</i>	
<i>Edwin Hernando Alonso Niño, Juan Sebastián Hernández Yunis.</i>		Un intento fallido: la construcción de un interés nacional en el período de la regeneración .....	335
El matrimonio civil en parejas del mismo sexo: vulneración a derechos .....	117	<i>Diego Alejandro López Laiton, Sussy Dayana Rodríguez Galindo.</i>	
<i>Erika Paola Torres Aguirre.</i>		División de las fuerzas castrenses y la autonomía de la Policía Nacional frente a la intervención del Presidente de la Republica .....	361
La carga dinámica de la prueba y el control de constitucionalidad por vicios de procedimiento como función de la jurisdicción constitucional .....	137	<i>Laura Viviana Vivas Medina, Sandra Milena Estupiñan Orjuela</i>	
<i>Angela Marcela Robayo Gil.</i>		La doctrina del honor al interior de la institución castrense, ¿una violación a los derechos de la libertad de la esfera interna? .....	379
Aproximación conceptual al criterio de las omisiones legislativas .....	167	<i>Ana Luisa Niño Camargo, Harold Yesid Villamarín Preciado.</i>	
<i>Andrés Felipe Torres Cardozo</i>		Contrato atípico de gestación subrogada .....	398
Aplicación del principio de oportunidad en Colombia .....	196	<i>María Cristina Higuera Cardozo.</i>	
<i>Marta Angélica Salinas.</i>			
La responsabilidad compartida entre el delincuente y la víctima en la comisión del delito .....	216		
<i>Sara Lorena Alba Palacios.</i>			

