

Principia IURIS

16



FACULTAD DE
DERECHO
Acreditación de
Alta Calidad

Resolución MEN N° 5337
del 25 abril de 2011



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

T U N J A

Experiencia y Calidad

Principia IURIS

Tunja
Colombia

N° 16

pp. 01 - 446

julio
diciembre

2011

ISSN: 0124-2067



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

CATEGORÍA
COLCIENCIAS A

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS, SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO

REVISTA DE DERECHO
PRINCIPIA IURIS
No. 16

Tunja, 2011-2

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 16	pp. 1 - 448	Julio Diciembre	2011	ISSN: 0124-2067
--------------------	--------------------	--------	-------------	--------------------	------	-----------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás Seccional
Tunja

Director

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

Editor

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

Numero de la revista

CATORCE (16)
SEGUNDO SEMESTRE DE 2011

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

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

Teléfono

(8) 7440404 Ext. 31035

Correo electrónico

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

Diseñador: Santiago Suárez Varela

Corrector de estilo:

Mg. Eyder Bolívar Mojica
Docente investigador de la Facultad

Revisión Inglés:

Angela Marcela Robayo Gil,
Monitora Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

Estudiantes participantes: Sara Lorena Alba Palacios, Andrés Felipe Torres Cardozo, Harold Yesid Villamarin Preciado, Juan Sebastián Hernández Yunis 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, la divulgación hecha a Bibliotecas y centros educativos se entiende realizada con fines académicos.

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

Principia Iuris 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 definitivo o parcial 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 Principia Iuris 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 PRINCIPIA IURIS.**

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 anexarse la declaratoria de originalidad del artículo presentado, 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 INSTRUCTIVO PARA AUTORES PRINCIPIA IURIS*
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, en todo caso no se revela el nombre del par a los autores.*
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 al 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. *PRINCIPIA IURIS: Recibe durante todo el año, cartas, comentarios y sugerencias de manera académica de sus lectores.*

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 Bieusses
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
Docente de la Facultad de Derecho

PARES ACADÉMICOS EXTERNOS

Ph. D. Natalia Barbero

Abogada. Especialista en Derecho Penal. Con Master en Derecho Comparado (USD, Estados Unidos). Doctora en Derecho Penal (UNED, España). Con certificado de Suficiencia Investigadora en la Universidad de Sevilla. Ex - becaria Fulbright. Ex - becaria del Instituto de Cooperación Iberoamericana. Profesora de Derecho Penal y de Derecho Penal Internacional en la Universidad de Buenos Aires (niveles de grado, posgrado y Maestría Penal del Mercosur). Profesora de Teoría del Delito y de Derecho Penal Internacional en el Curso de Especialización del Ministerio Público (Universidad de Buenos Aires). Profesora de Derecho Penal y Derecho Penal Internacional (Posgrado y Maestría) en la Universidad de la Patagonia (Trelew y Comodoro Rivadavia), Universidad Nacional de Mar del Plata, y Universidad Central del Ecuador. Traductora Pública de Inglés. Traductora oficial del Profesor George P. Fletcher. Secretaria de Relaciones Institucionales de la Revista de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal. Integrante del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Penal Económico. Responsable de la sección de jurisprudencia de Derecho Penal Tributario de la página web de Derecho Penal Económico (Rubinzal).

Ph.D. Rafael Ballén Molina

Abogado Universidad Libre De Colombia – Bogotá, Especialista Derecho Administrativo Universidad Libre De Colombia, Magíster Universidad de Zaragoza, Doctor En Derecho Administrativo Universidad de Zaragoza, Director del grupo de investigaciones hombre sociedad estado. Universidad de Zaragoza, Profesor e investigador y doctor en derecho publico por la universidad Zaragoza (España), Director del grupo de investigación hombre-sociedad-estado. Ex Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá –Sala Laboral, Ex Procurador Delegado- rafaballen@hotmail.com.com.

C. Ph. D. Jorge Luis Quintero Acevedo

Licenciado en Ciencias Sociales y Económicas, Universidad UPTC, Abogado, Universidad Autónoma, Bogota, Especialista en Derecho Medico Sanitario, Universidad del Rosario Magíster en Filosofía y Letras, Universidad de La Salle, Candidato a Doctor en Ciencias Históricas, Universidades de Santa Clara y de La Habana, Cuba. Docente, Universidad Distrital Francisco José de Caldas Facultad de Ciencias y Educación.

PARES ACADÉMICOS INTERNOS

Fray Luís Antonio Alfonso Vargas, O.P.

Decano de División, USTA Tunja, Abogado Universidad Católica Filósofo, Teólogo Universidad Pontificia Bolivariana, Magister (c) Derecho Público USTA.

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

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

Mg. Robinson Arí Cárdenas

Licenciado en Filosofía, Periodista. Fundación Universitaria los Libertadores. Docente investigador, especialista en ética y docencia universitaria. Magíster en Filosofía USTA – Bogotá

Ph. D. Oduber Alexis Ramírez Arenas

Abogado Universidad Santo Tomás, Doctor en Derecho Público Universidad De Nantes Francia, Docente investigador Facultad de Derecho
Teléfono: 7440404-3125430916. Alexisramirezarenas@hotmail.com.

Esp. Héctor Julio Prieto Cely

Abogado Universidad Externado de Colombia
Derecho con Especialización en la Universidad Externado de Colombia en
Derecho Comercial y Especialización en la Universidad Del Rosario en
Derecho Procesal Civil

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.

CONTENIDO

Editorial 15

Sección I: Artículos de carácter general para el estudio de la ciencia jurídica

El por qué de los semilleros 19
Dr. Jairo Parra Quijano

Carlos Arturo Torres E Idola Fori 27
Mg. Carlos Gabriel Salazar

La estructura del proceso contencioso administrativo en la ley 1437 de 2011 y la descongestión de la jurisdicción contenciosa administrativa..... 39
Mg. Fernando Arias García

La ley 1395 de 2010 y sus reformas al proceso declarativo 61
Mg. Fernando Badillo Abril

Problemas jurisprudenciales del mutuo disenso tácito por mutuo incumplimiento..... 83
Mg. José Helvert Ramos Nocua

Llamemos las cosas por su nombre del tributo como carga impositiva al tributo como principio de solidaridad del ciudadano..... 121
Esp. Rubén Darío Serna Salazar

Competencias ciudadanas para una sociedad sin corrupción 143
Ph.D Yolanda M. Guerra García

Los comités de conciliación como órganos administrativos de análisis de procedencia 167
Esp. Mario Alfonso Villate Barrera

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 16	pp. 1 - 448	Julio Diciembre	2011	ISSN: 0124-2067
--------------------	--------------------	--------	-------------	--------------------	------	-----------------

El estado de cosas inconstitucional en la política pública de desplazados, con respecto a los derechos de atención humanitaria de emergencia y vivienda y su correlación con el presupuesto nacional y el de las entidades territoriales. 189
Mg. (c) Yenny Carolina Ochoa

El gobierno de los jueces, el control de constitucionalidad, entre la política, la democracia y el derecho. 233
Ph.D. (c) Diego Mauricio Higuera Jiménez

Sección II: tema central - ciudadano, estado y justicia: la redivindicación por el respeto de los derechos fundamentales

La desaparición forzada de personas y su perspectiva jurídica en derechos humanos como delito pluriofensivo: derechos de las víctimas y su respaldo político 289
Mg (c) Deiby A. Sáenz Rodríguez

Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable..... 307
Esp. José Leonardo Suarez

La determinación judicial de la pena privativa de la libertad en la ley 599 de 2000: un estudio dogmático de los postulados jurídicos contenidos en los artículos 31, 55, 58, 60,61, y 269 del código penal colombiano. 331
Esp. Gustavo Aguilera B.

Seguridad, garantías y derecho penal: la batalla de las minorías. 377
Lt. Vanesa S. Alfaro.

Sección III: temáticas internacionales, extranjeras o comparadas

Algunas consideraciones en torno al fenómeno migratorio: migración subjetiva y transicionalidad 397
Lic. Genaro Velarde Bernal

La guerra en el derecho internacional humanitario y la lucha contra el terrorismo después del 11s: notas sobre el régimen talibán 413
Mg. Eyder Bolívar Mojica

EDITORIAL

CIUDADANO, ESTADO Y JUSTICIA: LA REIVINDICACIÓN POR EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Presentamos a la comunidad académica, jurídica e intelectual, el número 16 de la Revista Institucional, Principia Iuris, del Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio - Jurídicas de la Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho, Seccional Tunja, correspondiente al segundo semestre de 2011, en la cual se presentan los resultados definitivos de las investigaciones desarrolladas por los autores, con rigor metodológico y conceptual, habiendo sido aprobados por los pares evaluadores, el comité editorial y el editor.

La investigación únicamente se justifica, en tanto que función sustantiva de la universidad, cuando integra el proceso de enseñanza-aprendizaje y la proyección social, enseñanza que implica el dominio de múltiples competencias las cuales se desarrollan, fortalecen y perfeccionan cuando el estudiante es capaz de desarrollar una investigación, después de todo el desarrollo de un proyecto implica el dominio de un área y la evidencia de la capacidad de tratar un tema con rigor, por lo cual la habilidad cognitiva, lecto-escritural y argumentativa, se ha de desprender de una habilidad para la investigación, un jurista en la vida moderna, no podrá acceder a grados de magister o doctor, ni a publicaciones reconocidas sin la habilidad para la investigación, por eso mismo, son precisamente quienes no han accedido a estos espacios de publicación y titulación, quienes cuestionan pobremente la formación para la investigación, negándose a las exigencias contemporáneas y destinadas como los que no se adaptan, a la extinción.

Por otro lado la proyección social la obtenemos a través de proyecto explícitos de carácter social evidenciados en un claro compromiso por el bienestar de la sociedad, sin embargo no solo mediante el activismo se logra un impacto social de la investigación, sino que el resultado mismo en la ciencia del derecho es el aporte a la comunidad, después de todo la comunidad que goza de un sistema jurídico sólido esta destinada a prosperar, así las cosas el aporte de los procesos de investigación se evidencian por estas diferentes vías, y ante todo, porque el proceso de formación nos permite brindar espacios a nuestros estudiantes para la superación constante, ellos son el principal impacto social de nuestros proyecto y líneas.

Históricamente se nos presentan distintos conceptos en una surte de división excluyente como es el caso de las doctrinas, realista, positivista y naturalista entre las relevancias fácticas normativas y axiológicas, sin embargo nuestras convulsionadas sociedades no necesitan mas razones para separarse y desquebrajarse , al contrario tener los puentes que generen la cohesión necesaria para fortalecer el tejido social sobre el cual desarrollar una sociedad que persiga el interés general debe ser la meta superior del desarrollo investigativo.

En ese orden de ideas esa sedación entre ciudadanos y organización estatal como contendientes separados por los derechos donde uno ejerce su poder para su violación o el otro los reivindica para detener el desarrollo, es una percepción del todo indeseable y anti técnica, pues no son contendores en un rin sino parte del mismo entre reamado que persigue el interés general, el cual en una democracia solo puede entender ese como la construcción de una sociedad que se despliega en le desarrollo y respeto de los derechos fundamentales

Así, con orgullo, presentamos los aportes de los investigadores que han plasmado una vez más en estas páginas lo mejor de su inteligencia y fuerza de trabajo, nuestro reconocimiento a, Jairo Parra Quijano, Carlos Gabriel Salazar, Fernando Arias García, Fernando Badillo Abril, José Helbert Ramos, Rubén Serna, Yolanda M. García Sierra ph. D, Mario Alfonso Villate Barrera, Yenny Carolina Ochoa, Diego Mauricio Higuera Jiménez, Deiby A. Sáenz Rodríguez, José Leonardo Suárez, Gustavo Aguilera B, Vanesa S Alfaro, Genaro Velarde Bernal, Eyder Bolívar Mojica, con temas sobre ¿que es la investigación?, Carlos Arturo Torres e Idola Fori, la estructura del proceso contencioso en la ley 1437, la ley 1395 y sus reformas al proceso declarativo, problemas jurisprudenciales del mutuo disenso tácito por mutuo incumplimiento, llamemos a las cosas por su nombre del tributo como carga impositiva al tributo como principio de solidaridad ciudadana y particularidades del derecho público colombiano en la actualidad junto con el derecho penal además de algunas temáticas de derecho internacional.

En este orden la Facultad de Derecho por medio de su Centro de Investigaciones presenta su revista número 16, como un reconocimiento a quienes han decidido tomar estos caminos más exigentes y fructíferos, como una invitación para quienes los vayan a cursar, está destinada esta publicación.

Y por su puesto ¡gracias totales!

Diego Mauricio Higuera Jiménez, Ph.D. (c)
Director Centro de Investigaciones Socio Jurídicas

**SECCIÓN II: TEMA CENTRAL - CIUDADANO, ESTADO Y
JUSTICIA: LA REHIVINDICACIÓN POR EL RESPETO DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES**

SEGURIDAD, GARANTÍAS Y DERECHO PENAL: LA BATALLA DE LAS MINORÍAS.

Vanesa S. Alfaro*

Fecha de recepción: 19-09-11
Fecha de aprobación: 21-11-11

RESUMEN**

El artículo analiza desde la perspectiva del derecho penal cómo los diferentes gobiernos han intentado ofrecer respuestas al tema de la delincuencia y de la llamada “inseguridad ciudadana” y a sus consecuentes repercusiones.

PALABRAS CLAVES

Seguridad. Derecho penal. Garantías. Minorías. Violencia.

ABSTRACT

This paper analyses, from a penal law perspective, attempts by different government to solve issues related to delinquency and city insecurity as well as its consequences.

KEYWORDS

Security. Criminal Law. Constitutional rights. Minorities. Violence.

* Letrada de la Procuración General de la Nación Argentina. Profesora de la Especialización en Derecho Penal del Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Especialista en Derecho Penal, Carrera de Especialización en Derecho Penal del Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Jefe de Trabajos Prácticos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Email: vanesa_alfaro@yahoo.com.AE

** Artículo de investigación, innovación y desarrollo, de orden analítico reflexivo, con el cual se pretende exponer los resultados de la producción original e inédita del autor, resultado del proyecto de investigación con respecto a la “análisis jurídico del terrorismo internacional y la lucha contra el terrorismo”, el método de estudio usado en el presente artículo está fundado en un estudio de orden documental con base a estudios criminológicos, doctrina jurídica relevante y reglas jurisprudenciales

RÉSUME

L'article analyse du point de vue du droit pénal comment les différents gouvernements ont essayé d'apporter des réponses à la question de la criminalité

et la «précarité» et ses répercussions qui en découlent.

MOTS CLÉS

Sécurité. Le droit pénal. Garanties. Minorités. Violence.

SUMARIO

1. metodología. 2. justificación. 3. introducción. 4. objetivos. .4.1. Objetivo general. 4.2. Objetivos específicos. 5. desarrollo. 6. sistema de garantías. 6. i. garantías penales y procesales. Presupuestos jurídicos. 7. consideraciones finales. 8. referencias bibliográficas.

cionar el tema de la inseguridad.

El análisis es de utilidad porque se analizan los resultados de las estrategias que se utilizan como paliativos y la conculcación de los derechos fundamentales en una forma representativa, republicana y federal de gobierno. Es decir, la explicación del funcionamiento de las garantías constitucionales cuando se utilizan determinadas políticas de seguridad.

1. METODOLOGÍA

El presente trabajo es descriptivo y analítico. Se ha seguido una metodología de estudio y análisis de la situación actual sobre la inseguridad, en especial, sobre la base de estudios criminológicos, libros y reglas jurídicas extraídas de casos jurisprudenciales de neto corte internacional.

3. INTRODUCCIÓN

La pregunta obligada es ¿cómo combatir la llamada “inseguridad ciudadana”? Sin dudas, este conflicto, además de encontrar sus raíces en un ámbito socio-económico también posee génesis en la estabilidad política y en la supremacía del poder civil respecto de cualquier otro. Así las cosas, el objetivo de este ensayo consiste en analizar desde la perspectiva del derecho penal, cómo las políticas de turno han intentado ofrecer respuestas al tema de la delincuencia y de la “inseguridad ciudadana” y sus consecuentes repercusiones.

2. JUSTIFICACIÓN

El estudio sobre la temática es de interés histórico y contemporáneo. A partir de los problemas que presenta la sociedad en el ámbito de convivencia entre los ciudadanos y las consecuencias que ello trae aparejado en la implementación de diferentes instrumentos jurídicos que las diversas administraciones gubernamentales incorporan a sus políticas de seguridad para solu-

Así, a la hora de encontrar paliativos a los hechos criminales que se come-

ten surge como requisito de necesidad tanto la purificación como el funcionamiento de un apropiado sistema de administración de justicia.

Frente a ello, las soluciones que se presentan son el aumento de penas, la exclusión de la sociedad al individuo que desequilibra el orden social establecido, el ostracismo, la idea de reforzar el instituto de la prisión preventiva, la privación de la libertad como un adelanto de la pena.

4. OBJETIVOS

4.1. Objetivo general

Analizar los derechos fundamentales en el marco de las estrategias utilizadas por los gobiernos democráticos para dar solución a la inseguridad.

4.2. Objetivos específicos

Describir las estrategias de las administraciones gubernamentales.

Identificar la situación de inseguridad y la sensación de inseguridad, y estudiar la protección de los derechos fundamentales.

Observar casos jurisprudenciales frente a la conculcación de principios constitucionales.

5. DESARROLLO

En estos tiempos que estamos viviendo es usual escuchar a los miembros de nuestra sociedad quejarse de que la inseguridad es una de las principales

problemáticas que se presentan a diario frente al público conocimiento de hechos delictivos. Todos, indefectiblemente, concluyen en que el Estado no brinda seguridad.

Por otra parte, también es cierto que dicho tema es recurrente toda vez que fue y es preocupación de todas las administraciones de gobierno por las que hemos transitado las cuales se han preguntado: ¿cómo combatir la llamada “inseguridad ciudadana”? Sin dudas, esta situación de conflicto, no se agota en el ámbito socio-económico sino que se encuentra íntimamente vinculada con la estabilidad política y la supremacía del poder civil respecto de cualquier otro. Así las cosas, el objetivo de este ensayo consiste en analizar desde la perspectiva del derecho penal, cómo las políticas de turno han intentado ofrecer respuestas al tema de la delincuencia y de la “inseguridad ciudadana” y sus consecuentes repercusiones.

Si observamos que el incremento de los índices de criminalidad últimamente fue sustancial, y que la percepción de la seguridad de las personas como consecuencia de dichas estadísticas ha seriamente disminuido, es mayor la incertidumbre acerca de cómo solucionar este problema dado que, con diferentes alcances, todos los habitantes de este país padecen los efectos de este clima de inseguridad. Es así que a la hora de encontrar paliativos a los hechos criminales que se cometen día

a día, se torna imprescindible la purificación y el funcionamiento de un apropiado sistema de administración de justicia.

Tal como objetivamente se contextualiza el escenario social, es evidente que al momento de brindar soluciones a más de un político de turno, avezado en política criminal, se le viene a la cabeza el aumento de penas, la exclusión de la sociedad al individuo que desequilibra el orden social establecido, el ostracismo, la idea de reforzar el instituto de la prisión preventiva, la privación de la libertad como un adelanto de la pena, todos esos pensamientos que involucran la postura del llamado “derecho penal del enemigo”. En especial, esta forma de ver el derecho puede procurarle a unos sistemas penales que muestran una crisis particularmente perturbadora para la superación de los más graves problemas de la región, entre ellos la pobreza y la injusticia social en asociación directa con la protección de los derechos humanos, para lo cual el fortalecimiento de los Estados constitucionales democráticos pareciera aportar un dato clave que es silenciosamente subvertido por esta vía.

En efecto, se le hace “creer” a la sociedad que esa es la solución al problema y como respuesta a dicha oferta, la sociedad acepta el “paquete de medidas represivas” en un todo confiando en que ese es el verdadero núcleo del conflicto y, principalmente, que en el derecho penal se encuentra la salida. Con

el correr del tiempo, es la propia sociedad la que observa que esos paliativos no fueron más que eso, solo velaron el tema, lo taparon, pero no lo solucionaron, ya que, como muchas veces se ha dicho: “no es posible cubrir el sol con la palma de la mano”.

Ante este panorama, surgen los denominados “sectores progresistas”, en clara oposición a las defectuosas correcciones que fueron instauradas en una gestión anterior; a la vez, cometen otro error: no exponen la causa del fracaso de dichas enmiendas. Frente al clamor social que exige de inmediato una respuesta no son capaces de brindar una breve y clara explicación de lo sucedido en cuanto a las falencias e inconvenientes. La tesitura de estos sectores, parte de dos perspectivas para encarar el problema; por un lado, insisten en la necesidad de defender las libertades públicas (garantismo), lo que es correcto desde el punto de vista político; pero no resuelven los problemas de inseguridad y criminalidad; y por otro, sostienen la importancia de revertir las condiciones sociales como un medio más eficaz para acabar con la violencia y la criminalidad, lo cual, presupone que la criminalidad es un problema de la gente pobre, lo que no es cierto. El tercer problema que puede llevar a confusiones es que los temas de pobreza, marginalidad y exclusión deben encararse como un modo de lucha por la justicia, la igualdad y la dignidad y no como problemas de seguridad. Binder, A. (2010, p. 60).

Por otro lado, no puede soslayarse, que sumado a las críticas descritas tampoco existe un fluido canal de comunicación para informar a los ciudadanos que no es el derecho penal represivo el que resuelve este tipo de cuestiones y que, además, nuestro ordenamiento de leyes debe observar y respetar el sistema de garantías que lo integra. Para ello, es necesario que la información ocupe un lugar de importancia en la sociedad, que los principios fundamentales que emanan de nuestra Constitución Nacional sean conocidos por todos y también que todos sepan qué sucede cuando en un Estado democrático de derecho no se respetan esos postulados.

Esa es la única manera a partir de la cual el ciudadano puede elegir porque conoce sobre aquello que libremente elige. Ello, en la idea de que el que pone orden en el “barullo de la realidad” es el hombre a través de los valores. De este modo, será el derecho el que dé a sus conceptos el contenido y el sentido, en base a los valores que en ese momento existan, en especial, actualmente basados en el Estado Democrático y Social de Derecho. Donna, E. (2008).

En función de dichos preceptos nace la exigencia de fortalecer la institución familiar, del papel integrador-socializador de las escuelas y de la responsabilidad ética de los medios de comunicación, tareas que, entre otras, deben ser incorporadas en las estrategias

para superar el actual orden de cosas. Ello en la firme convicción de que sólo se vive seguro cuando se garantiza un estado de cosas general que dé cuenta del cumplimiento, en acto, de todos los derechos fundamentales.

Más allá de lo que sucede en nuestro país, no es posible soslayar que existe un preocupante fenómeno de “delincuencia urbana” en todo el mundo, la vida se ha vuelto urbana, la población mundial tiende a concentrarse en ciudades y, por ende, la criminalidad también, pero el hecho de la delincuencia urbana es proyectado a la población a través de la comunicación masiva, que construye la realidad de la delincuencia urbana mediante la denominada “proyección mediática del hecho”. Zaffaroni, E. (2008, Vol. I).

Ante este marco, hay una respuesta política al hecho y a su proyección. Teóricamente, puede distinguirse la respuesta política al hecho (medidas preventivas y represivas, servicio de seguridad, etc.) de la respuesta política a la proyección (discurso político de seguridad) pero en la práctica no son independientes e incluso se confunden de modo críptico: los legisladores, las agencias ejecutivas y los responsables políticos de estas e incluso; los poderes ejecutivos, responden al hecho en la forma en que este es proyectado por la comunicación, porque esta es la exigencia de la llamada opinión pública. Zaffaroni, E. (2008, Vol. I).

Así, se enfrenta la construcción de la realidad y no la realidad, a la que parece que nadie intenta aproximarse. Esta afirmación se verifica compulsando los presupuestos de seguridad, no se destina dinero alguno a la investigación técnica del fenómeno de la delincuencia urbana: frecuencia, dinámica, modalidades, barrios, situaciones de riesgo, población de riesgo, etc. Zaffaroni, E. (2008, Vol. I). En pocas palabras, solo se puede prevenir aquello que se conoce, pero como a nadie le interesa conocer; entonces, la conclusión es que parece que a nadie le interesa prevenir. Vinculado con esta coyuntura social aparece otro elemento para destacar dentro del marco de la seguridad que es la construcción de la denominada “víctima-héroe”. En ocasiones, entre las víctimas mostradas, la comunicación masiva selecciona a alguna que es elevada a la categoría de héroe. Para eso los comunicadores lo incitan a que se exprese como criminólogo, especialista en derecho penal, sociólogo, etc.

Lógicamente, nadie se atreve a contradecir en voz alta a un ser doliente y digno de compasión, cualquier respuesta pública es proyectada y percibida como marcadamente insensible al dolor ajeno, de modo que los desati-

nos que la víctima en esa comprensible circunstancia puede expresar, son tomados como verdades absolutas y son difundidos como tales por los comunicadores con ambición de popularidad, quienes a su vez, incitan a que expresen sus peores prejuicios¹ y que en muchos casos demuestren una sed de venganza que algunas veces ni existe en el fuero íntimo del damnificado. Los factores políticos que favorecen la aludida construcción surgen cuando la manipulación de la víctima-héroe es funcional a ciertos sectores políticos o económicos. En este sentido, es necesario destacar que el momento actual de poder del mundo es particularmente favorable a estas construcciones².

Por su parte, la comunicación masiva destina el mayor espacio informativo a la delincuencia urbana, si puede la magnifica y no la presenta como resultado sino como principal fuente de todos los males. Los medios de comunicación tienden a monopolizarse por empresas y cuando los intereses de estas coinciden con el oficialismo político, basta reducir el espacio dedicado a la “criminalidad urbana” para que la proyección pública de esta desaparezca, tal como sucede en las dictaduras. El éxito comunicacional de esos co-

-
- 1 Aquí debe tenerse presente que imputar una acción a alguien es atribuirle tal acción como su verdadero autor -por así decirlo- en su cuenta y convertirlo en responsable de ello (Diccionario de Trevoux citado por Edgardo A. Donna en *La imputación como base del sistema penal*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 548).
 - 2 Ello obedece al desequilibrio entre países ricos y pobres y la concentración de riqueza que genera múltiples conflictos entre nacionales en situación límite en los países pobres e inmigrantes que huyen de esa situación en los ricos. Asimismo, en el centro y en la periferia del poder mundial las clases medias se empobrecen como resultado de la creciente polarización de riqueza, cayendo en la anomia como consecuencia de un profundo sentimiento de inseguridad. (Zaffaroni, E., op., cit.).

mentarios se explica (entre otras razones) porque el destinatario del mensaje también rechaza toda co-culpabilidad y de este modo, si la víctima reúne las características necesarias (de clase, lenguaje, educación, cultura, etc.) se identifica con ella y con sus manifestaciones. A ello se suma que la extracción social de la víctima-héroe permite también una identificación ideológica y la participación en los mismos prejuicios, que son reforzados. La víctima traumatizada pone la culpa en cabeza de las autoridades estatales -políticas, judiciales, policiales- y de su ineficacia preventiva y represiva, lo que siempre es posible porque la prevención tiene límites y, en los países periféricos del poder mundial, el servicio de seguridad no solo reconoce enormes fallas, sino incluso altos grados de corrupción y complicidad. Zaffaroni, E. (2008, Vol. I).

Es usual que en el discurso de la víctima-héroe se señale como responsables a las autoridades y a los defensores de derechos humanos y de las garantías penales y procesales. Frente a estas situaciones también es habitual que se permitan reformas que destruyan a nuestro Código Penal; estas reformas represivas de las leyes nacionales,

emanan del Congreso de la Nación, a causa de la labor de los legisladores que en la mayoría de los casos están ante la presencia de la víctima-héroe, se limitan a votar los proyectos que esta lleva.³ Desde la política, consiste en acudir a un recurso sencillo y económico, denominado “discursos de emergencia” publicitando dichos actos como la salvación de todos los males sociales.

Todo esto pone de manifiesto que la construcción de la víctima-héroe, ante el descrédito y la desconfianza a la representación, se presenta como un medio eficaz de desestabilización de instituciones democráticas por minorías, invitando a la consagración de héroes paternalistas presuntamente ajenos a la política democrática y en especial, a los partidos políticos introduciendo subrepticamente valores contrarios a la solidaridad, a la igualdad y a la libertad y, en definitiva, a la misma democracia pluripartidista. La consecuencia de ello es que se tiende a distorsionar la percepción pública del problema. Aquí entra en juego la denominada opinión pública que se encuentra atraída por los discursos que embanderan el incremento de penas, mayores facultades para los agentes de seguridad,

3 Art. 119 párrafo tercero del CP, modificado por ley 25.087 ante la discusión que generó si la llamada “fellatio in ore” se trataba de un supuesto de violación. Ley 25.189 que dispuso agravar la pena del delito de homicidio culposo y ley 25.760 que modificó el Art. 236 CPPN que dio mayores facultades al Fiscal para la realización de medidas en casos de delitos contra la libertad. En ninguno de los casos que originaron las citadas reformas penales pudieron aplicarse las nuevas leyes, en función del principio constitucional: “nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali”, del cual se deriva: a) Los pensamientos no son punibles; b) Sólo la ley puede definir y castigar los delitos y sus penas; c) El Congreso de la Nación es el único órgano-fuente de producción de la ley penal; d) La prohibición de la aplicación de la ley penal por analogía; e) Irretroactividad de la ley penal (salvo que se aplique en beneficio del justiciable); f) Un proceso penal, en el cual se investigue y determine la responsabilidad penal del acusado, con la observancia del su estado de inocencia.

debate sobre la admisión de la pena de muerte, disminución de la edad de inimputabilidad, temas que adquieren mayor acaparamiento público que aquellos mal explicados postulados constitucionales atribuidos a los “modelos garantistas”.

6. SISTEMA DE GARANTÍAS.

Ahora bien, a partir de la reseña efectuada, el objetivo de este trabajo consiste en realizar algunas consideraciones acerca de cómo se compadece la situación de inseguridad descripta ante un conflicto de intereses que deriva en un proceso penal, atravesado por un sistema de garantías destinado a lograr un equilibrio en el marco del actual Estado de Derecho.

Se designa al “garantismo” como un modelo de derecho orientado a garantizar derechos subjetivos. Entendiendo que dicho garantismo es una característica fundamental de un estado social de derecho, recordemos las palabras de DAZA GONZALES (2009) el estado social de derecho se preocupa por garantizar a todos sus integrantes una vida digna en un <<estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho.

Es en el ámbito del derecho penal donde se ha desarrollado como teoría y como práctica jurídica, en franca oposición, por una parte a los legados de la legislación fascista y, por otra, a

las numerosas leyes excepcionales y de emergencia que han terminado reduciendo, en contra de los principios constitucionales, el ya débil sistema de garantías contra el arbitrio punitivo. En este sentido, se lo vincula a la tradición clásica del pensamiento penal liberal y expresa la exigencia, propia de la ilustración jurídica, de minimización de ese terrible poder -tal como lo explicó Montesquieu- que es el poder punitivo, mediante el estricto acatamiento a la ley penal del poder penal judicial y mediante el sometimiento a las normas constitucionales del poder penal legislativo. Ferrajoli, L. (2006, p. 165).

Tanto el garantismo como el derecho penal mínimo son términos sinónimos que designan un modo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona. Se debe garantizar en el proceso penal el deber de respeto, obligación negativa por parte del estado, recordemos que las libertades negativas son aquellas mediante las cuales un estado se compromete a no realizar determinadas actividades, recordando nuevamente el deber de respeto DAZA GONZALES (2011) nos habla del deber de respeto, “esta obligación se traduce e la no interferencia estatal en la esfera privada que tiene cada persona, salvo que esa persona cometa un delito o infracción a la ley penal”

En lo atinente al delito, estos límites son las garantías penales sustanciales desde el principio de estricta legalidad o taxatividad de los hechos punibles, a los de lesividad, materialidad y culpabilidad. En lo que respecta al proceso, se corresponden con las garantías procesales y orgánicas: la contradictoriedad, la paridad entre acusación y defensa, la estricta separación entre acusación y juez, la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura y el principio del juez natural.

De esta manera, mientras que las garantías penales se orientan a minimizar los delitos, es decir, reducir al máximo lo que el poder legislativo puede castigar, las garantías procesales se orientan a minimizar el poder judicial, esto es, reducir al máximo su margen de arbitrio. Las garantías se configuran como la fuente de justificación del derecho penal. La única justificación racional que puede ofrecerse desde el derecho penal es que permita minimizar la cantidad y calidad de violencia en la sociedad. Esto implica, no solo la violencia de los delitos sino la violencia de las reacciones frente a los delitos. De esta manera, el derecho penal se justifica, si y solo sí, más allá de prevenir los delitos logra minimizar la violencia de las reacciones frente a los hechos punibles. Y así entonces, es un instrumento de defensa y garantía de todos: de la mayoría no “desviada”

(aquella que no comete delitos) pero además, de la minoría “desviada”.

Además de la prevención y minimización de los delitos, se obtiene la prevención de las reacciones informales frente a los delitos y la minimización de las penas. Sin duda alguna, un paradigma de este tipo se contrapone a las teorías retribucionistas de la pena en tanto sostienen una concepción vengativa entre delito y pena, sin perjuicio de las teorías utilitaristas de la prevención o de la defensa social, ya sean las de prevención general o especial, cuyo punto de parámetro lo constituye la mayoría no desviada (aquellos que no cometen delitos).

Frente a ello, el paradigma propuesto por nuestro sistema de garantías es la justificación del derecho penal en su papel de ley del más débil como alternativa a la ley del más fuerte que regirá en su ausencia, no, por tanto, en la defensa social, genéricamente, sino en la defensa del más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado y en la etapa de la ejecución penal es el reo. Ferrajoli, L. (2006, p. 165).

Todas las garantías, desde las penales de la taxatividad, materialidad, lesividad y culpabilidad hasta las procesales de la presunción de inocencia y del contradictorio constituyen técnicas encaminadas a minimizar la violencia y la potestad punitiva, es decir, a reducir lo más posible la esfera de los deli-

tos, los espacios de arbitrio judicial y la afflictividad de las penas. Ferrajoli, L. (2000).

Así es que todas las doctrinas de justificación de la pena ofrecen una justificación a priori del derecho penal o de la pena en abstracto cualquiera sea su contenido. A diferencia de estas, el llamado garantismo, permite únicamente fundar sus justificaciones a posteriori: un determinado derecho penal está justificado sí y sólo si, y en la medida en que, se satisfagan efectivamente las garantías de las que se encuentra dotado y que lo diferencian de los sistemas de control no penal.⁴

Concatenado a lo que se viene diciendo debería darse respuesta al interrogante; ¿cuál es el fundamento democrático de la legitimación del poder punitivo, es decir, de la jurisdicción penal? Frente al interrogante, Ferrajoli brinda una respuesta a partir de la cual inicia su explicación definiendo el término democracia, como la primacía de la voluntad popular y, por ende, de la mayoría. De modo que es el derecho penal el ámbito en el cual se manifiestan los límites de esta acepción puramente política de la democracia. Sin embargo, un derecho penal democrático, en ese sentido, se orientaría hacia formas de derecho penal máximo, máximamente represivo, ilimitado y sin garantías. Fe-

rrajoli, L. (2008, ps. 197/198).

Lo expuesto obedece a dos razones; la primera, porque el punto de vista de la mayoría tiende a concebir el derecho penal como un instrumento de defensa social –prevención de los delitos y, por ende, defensa de los intereses de la mayoría no desviada– contra atentados a la seguridad causados por la minoría de los desviados y, la consecuencia de ello, es que el parámetro de la máxima utilidad posible de los no desviados no solo no ofrece criterios para limitar o minimizar la afflictión de la pena sino que de manera contraria, brinda propuestas para maximizarla. Parafraseando al maestro Francesco Carrara, la idea de la defensa social, tiene como resultado inevitable el terrorismo penal. En segundo lugar, la desviación suscita siempre a la movilización de la mayoría, que se aprecia a sí misma como no desviada, contra la minoría de los desviados, a los cuales ve diferentes como una “fuente de oscuros peligros”. Ferrajoli, L. (2006, p. 16).

Aquí aparece entonces como resultado de facto una antinomia que deriva de la relación entre garantismo penal y democracia política, entre seguridad y libertad, entre defensa social y derechos del imputado. Y ello implica que la legitimación del poder judicial no es democrática si por democracia se con-

4 De manera que la respuesta al sí y porqué castigar va a depender de la existencia y efectividad del conjunto de las garantías penales y procesales, que equivalen a otras tantas respuestas a otras tantas preguntas más específicas: cuándo y cómo prohibir?, cuándo y cómo castigar?, cuándo y cómo juzgar? Y esa justificación solo eventual y sectorial depende de la satisfacción de los criterios de justificación establecidos por el modelo, es decir, las garantías. Dicho paradigma también es válido como fuente de deslegitimación del derecho penal existente o de alguna de sus partes, así como del poder judicial encargado de su aplicación. (Ferrajoli, L., 1997).

ceptualiza “a la voluntad del pueblo” y, por ello, de la mayoría. De acuerdo ha sostenido Norberto Bobbio, “la batalla por el garantismo penal siempre ha sido de la minoría”. Ferrajoli, L. (2008, p. 196).

No obstante lo expuesto, podría darse una segunda dimensión al concepto “democracia”, complementario de la democracia política, que permite entender los fundamentos axiológicos y al mismo tiempo los límites del derecho penal y de la pena: y se trata de la dimensión que connota a la democracia como “democracia constitucional” o “de derecho” y que hace referencia a qué es lo que no puede decidir ninguna mayoría ni aún por unanimidad. Ello significa en que no está en tela de juicio quién puede decidir. Así, entonces comienza la construcción del Estado constitucional de derecho.

En efecto, la esfera de lo no decidible es aquello que en las constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la voluntad de la mayoría. De allí surgen como límites y vínculos que obran como presupuestos para la convivencia civil; la igualdad de los ciudadanos –sean desviados o no- y la garantía de sus derechos fundamentales (los derechos de todos justamente por su universalismo), particularmente, la vida y la libertad personal respecto de los cuales no pueden ser sacrificados por ninguna voluntad de la mayoría ni interés general como tampoco bien co-

mún o público. Ferrajoli, L., (2006, ps. 15 y 21).

De aquí surge el carácter democrático de las garantías que alude a la tutela del individuo, que significa “todos” dado que tiene que ver con el contenido o significado de las garantías y no con el “quién decide” sino precisamente con el cómo “se decide”.

De tal modo, las garantías incorporadas en las constituciones, se configuran como fuente de justificación externa o política de la existencia del derecho penal, pero además, como fuente de legitimación jurídica y política de las concretas decisiones penales. Aquí el verdadero fundamento de la legitimidad sustancial de la jurisdicción es la verdad de las decisiones de la mayoría y no su consenso. Dicha verdad se encuentra asegurada por las garantías penales, la estricta legalidad y la taxatividad y materialidad, por ende, la verificabilidad y refutabilidad de los supuestos de hecho legales y por otra parte, por las garantías procesales de la carga de la prueba para la acusación y el contradictorio. Ferrajoli, L. (2006, p. 16).

En tales términos ninguna mayoría por aplastante que sea, puede legitimar la condena de un inocente como tampoco la absolución de un culpable. De ello surge el carácter no consensual ni representativo de la legitimación de los órganos encargados de la jurisdic-

ción penal y su independencia frente a cualquier poder representativo de la mayoría. Justamente porque la legitimación del juicio penal reside en las garantías de la imparcial comprobación de la verdad⁵ porque los derechos fundamentales y sus garantías son, en términos de Ronald Dworkin, “derechos y garantías frente a la mayoría” y por ello, también el poder judicial a quien se le encomienda su tutela debe ser un poder virtualmente “frente a la mayoría”. Entonces, es necesario que exista un juez capaz de absolver o condenar aún contra la voluntad de todos cuando falten o no pruebas de la culpabilidad. Ferrajoli, L. (2006, p. 16).

Así, el garantismo es sinónimo de estado constitucional de derecho cuando se lo defina como un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a éstos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones. De este modo, en palabras de Montesquieu, se logra un sistema de divisiones y equilibrios, una política de límites o frenos y contrapesos, de garantías para la tutela de los derechos de todos los ciudadanos, de técnicas de control y reparación frente a sus violaciones, evitándose la omni-

potencia de la mayoría, a la cual le está permitido cualquier abuso que tarde o temprano derivará en un perjuicio para toda la sociedad en su conjunto.

6. I. Garantías penales y procesales. Presupuestos jurídicos.

Nuestra Constitución Nacional incorporó al inciso 22° del artículo 75 una serie instrumentos internacionales como legislación integrante a la ya establecida para nuestro sistema de leyes. En efecto, es apropiado señalar las reglas jurídicas fijadas por distintos precedentes emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dado que como consecuencia de lo indicado, forman parte de nuestro régimen de leyes.

Lo expuesto deriva de lo sostenido por nuestro Máximo Tribunal⁶ en tanto resolvió que “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”⁷ Así, respecto de la aplicación de las garantías penales y procesales la Comisión ha

5 La búsqueda de la verdad tiene sus límites y ella no puede ser hallada a cualquier precio sino a través de los medios probatorios admitidos legalmente. Aceptar lo contrario abriría el camino a un sistema de arbitrariedades. Al respecto apuntó Roxin que: “Una clarificación exhaustiva, ilimitada de los hechos penales, podría suponer el peligro de lesión de muchos de los valores sociales y personales. Por ello, la investigación de la verdad no es en el proceso penal un valor absoluto: antes bien, el proceso penal se haya inmerso en la jerarquía de valores éticos y jurídicos de nuestro Estado.” (Roxin, C. (2003, p. 191.)

6 Fallos 331: 916. En plena remisión al precedente “Simon” CSJN Fallos, 328:2056.

7 Magistrados votantes: Mayoría: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni Abstención: Fayt, Petracchi, Argibay).

resuelto: en el “Caso Palamara Iribarne vs. Chile”, sentencia del 22 de noviembre de 2005 que “...Desde el inicio de las primeras diligencias de un proceso deben concurrir las máximas garantías procesales para salvaguardar el derecho a defenderse durante todo el proceso que tiene una persona acusada de cometer un delito, de conformidad con el artículo 8.2.d) de la Convención.

En el “Caso De La Cruz Flores vs. Perú”, sentencia del 18 de noviembre de 2004 se indicó: “... La solución a este problema es reemplazar la normatividad vigente por leyes, tomando en cuenta la seguridad y tranquilidad pública, así como el respeto a la dignidad humana, los derechos fundamentales y garantías penales y procesales que asistan a cualquier persona que soporta una imputación o cargos criminales”. Asimismo, agregó “...estas personas fueron juzgadas cumpliéndose escrupulosamente las garantías procesales establecidas en la legislación peruana, en especial las relativas al debido proceso y al derecho de defensa”⁸.

En ese marco de ideas, la Corte Inte-

ramericana señaló que el Art. 8 de la Convención Americana consagró “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales”⁹. Y consideró al proceso judicial como “un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia” a lo cual contribuyen “el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal”¹⁰, garantía ésta última a la que conceptualizó como las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”¹¹.

La opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue que para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal.¹² Y, a juicio del citado tribunal, las verdaderas y propias garantías judiciales que deben ser observadas en las instancias procesales¹³ “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el

8 En igual sentido al expuesto, “Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, sentencia del 30 de mayo de 1999.

9 Garantías Judiciales en Estados de Emergencia. Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, párrafo 27.

10 El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. (Opinión Consultiva OC-16/99, de 1-10-99, Párr. 117) o “derecho de defensa procesal” (Caso Genie Lacayo, sent. de 29-1-97, Párr. 74.

11 Garantías judiciales en estados de emergencia (Art. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6-10-87 Párr. 28. Caso Genie Lacayo, sent. de 29-1-97, Párr. 74; Caso Loayza Tamayo, sent. de 17-9-97, Párr. 62.

12 El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99, de 1-10-99, Párr. 119.

13 Garantías judiciales en estados de emergencia (Art. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6-10-87, Párr. 27.

ejercicio de un derecho”¹⁴. El objetivo práctico de su utilización instrumental es lograr que “las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”¹⁵.

En la misma línea de ideas, es preciso desarrollar que dentro de los principios fundamentales comprendidos en nuestra Carta Magna se encuentran además, los presupuestos jurídicos de la represión, cuando allí determina en el artículo 18 que “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales o sacado de sus jueces designados por ley antes del hecho de la causa...”¹⁶.

En función de los principios que de allí surgen¹⁷, el derecho penal (significación lata) regula, fija y legitima la función judicial del Estado, constituyendo un ordenamiento específico o un sistema de normas que ampara los bienes fundamentales de la sociedad: en primer lugar (derecho penal sustanti-

vo) establece las conductas delictivas y las sanciones que corresponden a sus autores; luego (derecho penal procesal) instruye de acuerdo a la Constitución, a los funcionarios públicos que han de cumplir la función judicial, diseña la órbita de su competencia y define los actos que deben llevarse a cabo y las formas de observancia para la aplicación de la ley sustantiva. De esta manera, el derecho penal, constituye un instrumento primordial de la justicia en tanto su administración subyace en la verdad.

Por aplicación del derecho penal sustantivo, la facultad de castigo por parte del Estado –denominada derecho subjetivo de punir– queda sustancial y formalmente definida, disciplinada y limitada, de modo que solo puede proyectarse en la esfera del derecho: éste gobierna estrictamente la actividad del Estado, cuyos respectivos órganos deben actuar dentro de un marco que excluye absolutamente cualquier facultad discrecional. La represión debe realizarse per legem et secundum legem¹⁸. De esa única manera es legíti-

14 El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (Art. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30-1-87 Párr. 25).

15 Caso Tribunal Constitucional, sent. de 31-1-01, Párr. 69. Sin embargo sostuvo que el uso de la expresión “garantías judiciales” puede generar confusión “porque en esta disposición no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto” ni “un recurso judicial propiamente dicho” (Garantías Judiciales en Estados de Emergencia. Opinión Consultiva OC-9/87, de 6-10-87, Párr. 27).

16 De allí derivan los siguientes principios: 1º) La ley penal debe preexistir a toda sanción (nulla poena sine lege); 2º) El juicio (o proceso) penal, necesariamente regulado por una ley que lo haga inalterable, es el único medio de aplicar aquella ley sustantiva (nulla poena sine iudicio); 3º) Nadie puede ser considerado culpable en tanto no sea declarado como tal mediante sentencia firme (principio de inocencia); 4º) La sentencia del juez natural es la única fuente legítima para restringir definitivamente la libertad.

17 Ver nota 31.

18 Sotgiu, Nuovo Digesto Italiano, X, p. 597, Florian, D. P. Penal (3ª ed., Torino, 1939, Santi Romano, Principi di D. Cos. Génèrale (Milano, 1947) citados en (Vélez Mariconde, A., 1969, p. 15).

ma. Por otro lado, en virtud del derecho procesal penal, el Estado instituye un sistema de enjuiciamiento destinado a la búsqueda de la verdad y a actuar la ley penal ni bien se sospeche que ha sido infringida. El proceso –instrumento creado por el derecho– constituye una entidad jurídica abstracta que como consecuencia de dicha sospecha se convierte en concreta.

De modo tal que los órganos judiciales son titulares de potestades (poderes de ejercicio obligatorio) formales, a fin de que investiguen la verdad y administren justicia de conformidad con el cumplimiento de una actividad que ampara la defensa del acusado. Así, este ordenamiento jurídico específico, cuyo basamento es el derecho penal sustantivo y procesal que se dirige a asegurar la observancia de todo el derecho protege dos intereses: a) el de la sociedad que pretende el justo castigo del verdadero culpable y la liberación del inocente y b) el interés individual por la libertad y la dignidad del hombre. Dicha protección es dual y propia de un Estado de derecho democrático y tuvo su origen cuando a la idea de justicia, que acompañó desde siempre a la actividad punitiva del Estado, se sumó el concepto de libertad. A partir de allí, la función pública dejó de ser mera expresión de utilidad o interés para convertirse en una obra jurídica que tiende a la realización de la justicia. De acuerdo al mandato constitucional fijado en nuestro preámbulo, la función judicial del Estado encuentra

su inspiración y condicionamiento en dos pilares fundamentales: justicia y libertad.

De esta manera, el derecho penal en su conjunto, sustantivo y procesal, constituye un arma de doble filo, destinada a ser un manto de seguridad y estabilidad jurídica que, además de tutelar el orden jurídico y los bienes fundamentales de la sociedad en su conjunto, también ampara a los individuos quienes previamente conocen las sanciones que les corresponderán si llevan a cabo conductas delictivas, y se establecen los mecanismos para la administración de justicia. En virtud de ello, la norma jurídico penal consiste en una norma límite; la sustantiva porque fija el ámbito de la represión; la procesal, porque determina, en primer lugar, la única forma legítima de administrar justicia cuando se sospecha acerca de una transgresión a la norma penal.

En efecto, partiendo de los fundamentos indicados, no es posible sostener un sistema en el cual se encuentre como solución a la problemática de la inseguridad, la violación a los derechos fundamentales del hombre, ello es inadmisibles en un Estado democrático de derecho toda vez que deriva en la “autodestrucción”. La tesis de que menores garantías aseguran la disminución de las tasas de criminalidad al igual que el aumento de penas ha sido defenestrada con solo ver la situación actual. Ninguna política de seguridad

que haya instalado ese tipo de tácticas ha logrado solucionar el conflicto.

A partir de esa situación, en muchos casos, la sociedad argumenta su estado de inseguridad en la “ficticia” impunidad de los hechos. Y también es cierto que los organismos de la justicia deberían actuar con mayor rapidez para lograr un “juicio pronto y justo”. Pero precisamente, la respuesta hacia el justiciable y hacia la sociedad no se encuentra en la laxitud de las garantías sino en su correcta y oportuna aplicación.

7. CONSIDERACIONES FINALES.

Las ideas que se incitan detrás de las críticas hacia el reconocimiento de los derechos fundamentales, describen a un Estado represor, policial y penal del que ya tuvimos vivas referencias y al que a esta altura no queremos volver, ello implicaría retroceder como sociedad muchos años y dar por tierra todo el esfuerzo puesto en el camino andado. Claramente, el derecho penal del enemigo no es derecho y el derecho penal del ciudadano es una redundancia, salvo que pretenda acentuar la distinción entre ciudadano y persona para perpetuar el déficit en la protección de los derechos, esta vez, con otra escala.

La ampliación de facultades de la fuerza policial no ayudará a la disminución de la criminalidad sino que provocará una sensación de temor hacia la policía. Pareciera la respuesta más seria y

efectiva es comenzar por profundizar la prevención del delito, mejorando la calidad de vida, creando empleos, realizando una verdadera distribución de la riqueza de manera que ello contribuya a disminuir los niveles de conflicto social, entre varios ajustes más dado que la criminalidad no solo se corresponde con los sectores de pobreza.

En resumen: gozamos de una vida libre de temores en tanto podamos disfrutar plenamente de todo ese catálogo de derechos contenidos en la Constitución Nacional. A esta altura la aclaración resultará una obviedad pero, por supuesto, la seguridad implica el derecho a vivir libres de todas conductas delictivas descriptas en nuestro Código Penal.

En un contexto democrático, la seguridad es la situación política y social en la cual las personas tienen legal y efectivamente garantizado el pleno goce de sus derechos -considerados éstos no solamente como principios o garantías formales sino también prácticas sociales-, a defender y a ser protegidos en su vida, su libertad, su integridad y bienestar personal, su honor, su propiedad, su igualdad de oportunidades y su efectiva participación en la organización política, económica y social, así como en su igualdad ante la ley y en su independencia ante los poderes del Estado y a obtener el pleno resguardo de la totalidad de los derechos y garantías emanadas del Estado de derecho. Comparato, F. (2010).

El error político base, consiste nada más y nada menos en la renuncia a los derechos, por cierto irrenunciables constitucionalmente desde otra esquina del Derecho, la renuncia de los derechos humanos. Así, solo puede construirse un Estado de derecho sobre la base del respecto hacia el otro, a los derechos humanos, a la honestidad y a la solidaridad, valores que deben ser reafirmados desde el seno de la misma sociedad.

No podría sostenerse un Estado en el cual las características del Derecho se describan en: la amplia anticipación de la protección penal; el aumento ostensible de las escalas penales; el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha; y el socavamiento de garantías procesales.

El ideal republicano de autogobierno resume correctamente la tríada clásica de dichos valores, es decir, la libertad, la igualdad y la fraternidad. La igualdad, aparece dentro del pensamiento republicano, como precondition indispensable para el “alumbramiento” y el reconocimiento de la “voluntad general”. Y sólo cuando las normas son el producto de ese acuerdo especial puede decirse que los miembros de la comunidad en cuestión son auténticamente libres. Sólo entonces podemos proclamar que las partes, al obedecer la ley, se obedecen a sí mismas. Gargarella, R. (2008, p. 27).

No equiparemos Estado de seguridad

a Estado de represión, sería volver a equivocarnos.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BINDER, Alberto M. “Política de seguridad y control de la criminalidad”, Ad-Hoc, 2010.

CLARIÁ Olmedo, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, tomo VIII actualización de los Tomos I a VII p o r Roxana Gabriela Piña y Vanesa S. Alfaro, Rubinzal-Culzoni Editores, 2011.

COMPARATO, Fernando, C. “Apuntes hacia el Bicentenario: políticas públicas de seguridad”, 2010, con cita de Marcelo Saín, publicado en www.isepci.org.ar.

DAZA GONZÁLES, Alfonso, la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el estado social y democrático de derecho, Pág. 19

DONNA, Edgardo, “Teoría Derecho Penal. Parte General”, Tomo II. Teoría general del delito – I, Rubinzal Culzoni, 2008.

FERRAJOLI, Luigi, “Garantías y proceso penal”, Jurídica Anuario, Departamento de Derecho de la Universidad Nacional de México.

FERRAJOLI, Luigi. “La pena en una sociedad democrática”, en Mauricio Martínez. “La pena: Garantismo y Demo-

cracia”, Ed. Ibáñez, Bogotá D. C. 2000.

FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón”, teoría del garantismo penal, Madrid, Editorial Trotta, 1997.

FERRAJOLI, Luigi “Democracia y garantismo”, Trotta, Madrid, 2008.

FERRAJOLI, Luigi, “Garantismo penal”, Estudios Jurídicos, serie nro. 34, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

GARGARELLA, Roberto, “De la injusticia penal a la justicia social, Derecho Sociedad”, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2008.

ROXIN, Claus., “Derecho Procesal Penal”, Editores del Puerto, 2003.

VÉLEZ Mariconde, Alfredo, “Derecho Procesal Penal”, Lerner, Buenos Aires, 1969.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl “Delincuencia urbana y victimización de las víctimas”, en Revista electrónica “Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada”, Vol. I, agosto-diciembre, México, 2008, editada por la Sociedad Mexicana de Criminología Capítulo Nuevo León AC. –cita: MJ-DOC-4287-AR | MJD4287 – Microjuris.

Esta revista se terminó de imprimir en
Diciembre de 2011
en los talleres gráficos de:



GRAFILASSER

Editores • Impresores

☎s 7431272 / 7447637

TUNJA - BOYACÁ



Principia IURIS

Contenido

16

EDITORIAL.....	15	El gobierno de los jueces, el control de constitucionalidad, entre la política, la democracia y el derecho.....	233
SECCIÓN I. ARTÍCULOS DE CARÁCTER GENERAL PARA EL ESTUDIO DE LA CIENCIA JURÍDICA		<i>Ph.D. (c) Diego Mauricio Higuera Jiménez</i>	
El por qué de los semilleros.....	19	SECCIÓN II. TEMA CENTRAL - CIUDADANO, ESTADO Y JUSTICIA: LA REHIVINDICACIÓN POR EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	
<i>Dr. Jairo Parra Quijano</i>		La desaparición forzada de personas y su perspectiva jurídica en derechos humanos como delito pluriofensivo: derechos de las víctimas y su respaldo político.....	289
Carlos Arturo Torres E Idola Fori.....	27	<i>Mg (c) Deiby A. Sáenz Rodríguez</i>	
<i>Mg. Carlos Gabriel Salazar</i>		Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable.....	307
La estructura del proceso contencioso administrativo en la ley 1437 de 2011 y la descongestión de la jurisdicción contenciosa administrativa.....	39	<i>Esp. José Leonardo Suarez</i>	
<i>Mg. Fernando Arias García</i>		La determinación judicial de la pena privativa de la libertad en la ley 599 de 2000: un estudio dogmático de los postulados jurídicos contenidos en los artículos 31, 55, 58, 60,61, y 269 del código penal colombiano.....	331
La ley 1395 de 2010 y sus reformas al proceso declarativoDiego Alejandro López Laiton.....	61	<i>Esp. Gustavo Aguilera B.</i>	
<i>Mg. Fernando Badillo Abril</i>		Seguridad, garantías y derecho penal: la batalla de las minorías.....	377
Problemas jurisprudenciales del mutuo disenso tácito por mutuo incumplimiento.....	83	<i>Lt. Vanesa S. Alfaro</i>	
<i>Mg. José Helvert Ramos Nocua</i>		SECCIÓN III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS	
Llamemos las cosas por su nombre del tributo como carga impositiva al tributo como principio de solidaridad del ciudadano.....	121	Algunas consideraciones en torno al fenómeno migratorio: migración subjetiva y transicionalidad.....	397
<i>Esp. Rubén Darío Serna Salazar</i>		<i>Lic. Genaro Velarde Bernal</i>	
Competencias ciudadanas para una sociedad sin corrupción.....	143	La guerra en el derecho internacional humanitario y la lucha contra el terrorismo después del 11s: notas sobre el régimen talibán.....	413
<i>Ph.D Yolanda M. Guerra García</i>		<i>Mg. Eyder Bolívar Mojica</i>	
Los comités de conciliación como órganos administrativos de análisis de procedencia.....	167		
<i>Esp. Mario Alfonso Villate Barrera</i>			
El estado de cosas inconstitucional en la política pública de desplazados, con respecto a los derechos de atención humanitaria de emergencia y vivienda y su correlación con el presupuesto nacional y el de las entidades territoriales.....	189		
<i>Mg. (c) Yenny Carolina Ochoa</i>			



0124-2067