

PERSPECTIVAS DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA LIBERTAD EN CONTEXTOS DE SISTEMAS PENITENCIARIOS*

Omar Huertas Díaz**
 José Saúl Trujillo González***
 Astelio Silvera Sarmiento****

RESUMEN

El presente artículo tiene como objeto desarrollar una reflexión acerca de las garantías de los derechos fundamentales y derechos humanos, analizadas desde la perspectiva del contexto de sistemas penitenciarios de derechos humanos colombiano en donde se analizan aspectos conceptuales de la protección y restricción de la de la libertad y algunas prácticas garantistas, haciendo énfasis en la complejidad social de la garantía de los derechos fundamentales y contextos de derecho humanos sistemas penitenciario, por cuanto el análisis de su importancia, naturaleza, fundamento, función, clases, estarán ligadas a una visión clara de su finalidad y aplicación práctica en la vida jurídica a partir del ejercicio del derecho y la argumentación socio-jurídica de los derechos humanos y los sistemas resocializadores.

En consecuencia, entenderemos las garantías as medidas cautelares desde finalidad instrumental en el transcurso del tiempo judicial. Su importancia radicará en la acción identificada como ineficaz para cumplir la función que se le encomienda en un Estado Social de Derecho: teniendo en cuenta la necesidad de poner fin a los conflictos surgidos entre los ciudadanos. De este modo precisamos necesario establecer la naturaleza jurídica, clases, alcances y tramitación de las medidas de protección de la privación de la libertad, la ciudadanía y el orden jurídico observando la responsabilidad de los sujetos intervinientes.

[115]

Palabras clave: derechos humanos, libertad, sistema penitenciario, complejidad, sistema social, enfoques jurídicos, transformación, resocialización.

PERSPECTIVES OF HUMAN RIGHTS AND FREEDOM IN CONTEXT OF PENITENTIARY SYSTEMS

ABSTRACT

This article aims to develop a reflection on the guarantees of fundamental rights and human rights, analyzed from the perspective of the context of prison systems in Colombian human rights where conceptual aspects of protection and restriction of freedom are analyzed and some guaranties' practices, emphasizing the social complexity of the guarantee of fundamental rights and contexts of human right prison systems , because the analysis of its importance , nature, foundation , function, class , will be linked to a clear vision of their purpose and practical application in the legal life from the practice of law and socio- legal arguments of human rights and re-socialization systems.

Consequently, we understand the precautionary measures as guarantees from instrumental purpose in the course of court time. Its importance in the action are filing identified as ineffective to fulfill the function entrusted to him by the rule of law, taking into account the need to end the conflicts between citizens. Thus

we need to establish the necessary legal nature, class, scope and handling of security measures to deprivation of liberty, citizenship and legal responsibility for observing the parties involved.

Keywords: human rights, freedom, prisons, complexity, social system, legal approaches, processing, re-socialization.

Fecha de recepción: 7/04/2015

Fecha de aprobación: 22/07/2015

[116]

* Acerca del artículo: Artículo resultado de investigación en trabajo colaborativo de los grupos de Investigación "Escuela de Derecho Penal NULLUM CRIMEN SINE LEGE UN", Reconocido y Clasificado en D COLCIENCIAS- 2014 Universidad Nacional de Colombia, COL0078909., dentro del Proyecto de Investigación "Perspectiva Criminológica del Sistema Penitenciario y Carcelario", desarrollado dentro de la Convocatoria 31 de 2014 "Apoyo a la creación, consolidación y fortalecimiento de los grupos de investigación de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Modalidad 1: Apoyo a la creación y consolidación de nuevos Grupos de Investigación. Código del Proyecto: 23733. Grupo de Investigación Grupo de Investigación Perspectiva Constitucional de la Función Administrativa de la Universidad del Atlántico, Centicol COL0162272. Grupo de investigación POLEMOS, de la Corporación Universitaria de Sabaneta UNISABANETA. Código COLCIENCIAS COL011291.

** Abogado, Profesor Asociado, Especialista en Derecho Penal y Candidato a Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Ph.D en Ciencias de la Educación, Universidad Simón Bolívar. Mg. en Derecho Penal Universidad Libre, Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica Universidad de Alcalá, España. Mg. en Educación Universidad Pedagógica Nacional. Socio de la Fundación Internacional de Ciencias Penales FICP. Miembro de honor de la Fundación de Victimología. Miembro Honorario Asociación Colombiana de Criminología. Correo electrónico: ohuertasd@unal.edu.co

*** Abogado, Universidad de Santo Tomás. L.LM Universitat Konstanz y Doctorando Universitat Konstanz República Federal de Alemania. Líder del Grupo de investigación POLEMOS de la Corporación Universitaria de Sabaneta-UNISABANETA. Correo Electrónico: jose.trujillo@unisabaneta.edu.co

**** Abogado, Universidad del Atlántico. Magister en Educación. Docente investigador (JR), Magister en Educación Universidad del Atlántico, SUE Caribe (Barranquilla). Doctorando en Ciencias de la Educación Universidad Simón Bolívar (Barranquilla). Maestrante en derecho penal Universidad Simón Bolívar (Barranquilla). Consultor Lawyers Corporation SAS. Consultor de Proyectos de Desarrollo Sostenible. Docente tiempo completo ocasional de la Universidad Del Atlántico. Correo electrónico: asteliosilvera@dcc.uniatlantico.edu.co

INTRODUCCIÓN

Un establecimiento carcelario puede concebirse de forma simple como un establecimiento donde son internadas las personas detenidas por el sistema penal del Estado, bien sea en desarrollo o cumplimiento de un proceso o una condena en razón a un sistema judicial que le responsabiliza de la comisión de delitos.

En lo que respecta a sus características, el sistema penitenciario puede ser diversamente diferenciado, pues se presentan varias posturas para su descripción, aunado a los objetivos impuestos históricamente para los establecimientos carcelarios, dentro de los cuales se hallan:

Propósito de Guarda, considerando que quienes han transgredido normas, esperan la decisión del castigo a cumplir; de protección: para la comunidad frente a los que han cometido un delito; de custodia: respecto de las personas consideradas peligrosas para la convivencia; de condena: para quienes en razón de una decisión judicial deben cumplir un tiempo de reclusión; de castigo: por incurrir en la comisión de un delito; de penitencia: considerándole como el establecimiento propicio para redimir los delitos del delincuente; de represión: como un establecimiento para reprimir la libre expresión; de reeducación: para los sujetos que necesitan aprender lineamientos para la convivencia en sociedad; de resocialización: para quienes les falta competencias para respetar las normas legales y sociales suficientes para la convivencia; de corrección: comprendido como una corrección de un daño ocasionado.

Ahora, los establecimientos penitenciarios no siempre han conservado su finalidad, pues ha pasado de contemplarse como un medio de custodia que le permitía a un sujeto transgresor de la normatividad esperar una condena, a concebirse como el lugar donde se cumple una condena.

[117]

En esta transformación incide el paso del Estado moderno hacia los siglos XVIII y XIX, en los cuales quien cometió un delito ya no pagaría con una pena basada en la ley del talión, o una pena física o hasta con su vida, sino que por el contrario se impone un castigo basado en un desarrollo de la clasificación tipológica de los delitos, pudiéndose denominar así como una propuesta propia del racionalismo, igualmente en este momento se despliega el concepto de la criminología y se populariza la privación de la libertad como pena.

Y es que hasta ese momento, los establecimientos se usaban como medios de exclusión para las personas denominadas como marginales, tales personas eran delincuentes, locos, enfermos, huérfanos, vagabundos, y prostitutas, reservándoles para la ejecución de una sentencia o una simple pena de azotes.

Los sujetos que se encontraban prisioneros, debían subsistir en un mismo espacio, no se tenía en cuenta su delito, y se generaba la obligación para los familiares de cancelar algunos emolumentos para mantener su manutención, lo que evidencia claramente los tormentos realizados en el marco de la aplicación de la justicia. Seguido a ello se presenta el panóptico, entendido como un diseño de centro penitenciario, en el que su principal objetivo recaía en la posibilidad de observar a los prisioneros, junto a celdas individuales.

Posteriormente la institución penitenciaria cuenta con una organización, que se fundamentaba en el control del prisionero, quien se encontraba vigilado por sus carceleros, y para el siglo XX, se resaltan teorías como la estructural funcionalista y la criminología crítica, que desaloja el análisis del sistema penitenciario desde el sujeto criminal hacia el sistema penal así como los procesos de criminalización.

Y es allí, en el marco de la evolución de las garantías que acompañaron a los sistemas penitenciarios junto a los debates por las finalidades del Estado que terminan por representarse en un estado Social de Derecho, que se piensa en la reflexión de los contextos complejos sociales de protección de los seres humanos de los que goza Colombia, lo cual será desarrollado a partir de un enfoque cualitativo que permite realizar un recuento del nacimiento de los derechos humanos en el sistema penitenciario, para dar paso al análisis de la libertad acompañada de contextos de resocialización en un sistema garantista que prohíbe las transgresiones a Derechos Humanos, para finalmente enlazar el tema con la complejidad de los mecanismos de garantía de derechos Humanos frente a los sistemas penitenciarios actuales desarrollados por el Estado

CONTEXTOS DE DERECHO Y ARGUMENTACIÓN SOCIO-JURÍDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS SISTEMAS DE GARANTÍA

Los derechos humanos en el contexto de los sistemas penitenciarios han sido desde la emergencia del mundo moderno uno de los temas centrales de la teoría y la praxis jurídica. A partir del surgimiento de la modernidad hasta hoy día, pasando por las proclamaciones de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la Revolución Francesa de 1789, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), son entendidos estos como procesos de emancipación de la humanidad, jalonando la historia de las ideas y la acción política en el mundo, particularmente desde fines del siglo XVIII.

La cuestión de los derechos humanos ha estado implícita o explícitamente presente en las principales controversias y luchas políticas. Hoy al inicio del siglo XXI, esta materia sigue siendo un referente, un norte indispensable para la orientación de cualquier actividad política que pone la preocupación por la condición humana en su aspiración a la libertad, a la igualdad, a la dignidad y a la justicia en el centro de sus objetivos.

[118]

En este sentido, el respeto, la garantía y la defensa de los derechos humanos constituyen el eje fundamental que regula el desarrollo de las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, el que a su vez ha sido instituido desde la norma constitucional para el ejercicio pleno de los derechos humanos de las personas.

Un logro significativo dentro de este proceso es la protección y garantía de los derechos fundamentales de las personas configurándose como una pretensión sobre la cual se basa el Estado Social de Derecho establecido en la Constitución de 1991; el cual en su artículo primero señala se encuentra “*fundada en el respeto de la dignidad humana*”, poniendo de manifiesto la ideología del pueblo, en donde la persona humana constituye un valor jurídico íntimo, absoluto que lo hace merecedor de respeto por parte de los demás integrantes de su contexto, especialmente del Estado. Entonces, la dignidad humana se constituye como un mandato constitucional, un deber positivo según el cual todas las autoridades del Estado, sin excepción, deben realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales, con el propósito de lograr las condiciones para el desarrollo efectivo de los ámbitos de protección de la dignidad humana (*autonomía individual, condiciones materiales de existencia, e integridad física y moral*).

Es en razón de este último ámbito que la Asamblea Nacional Constituyente, decidió otorgarle rango constitucional a la prohibición de la pena de muerte, renunciando a la muerte como una pena legal, reflexión consecuente con la ratificación por parte del Estado social de derecho, y sin lugar a dudas lleno un protuberante vacío en el marco constitucional anterior.

Así las cosas, se reconoce de manera continua al derecho de todos y todas a la integridad personal el cual fue formulado como una prohibición perentoria a la práctica de la desaparición forzada y del sometimiento de las personas a la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, inherente al estatus o el rol que desarrolle el sujeto en la en la dinámica social.

De este modo, el marco constitucional de protección de la inviolabilidad del ser humano demuestra el carácter especial de la condición de vulnerabilidad de las personas en condiciones de debilidad manifiesta “*El estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan*” (inciso 3° del artículo 13 CN). Esta postura es remarcada por la Corte Constitucional, por determinando a las personas privadas de la libertad una condición de debilidad manifiesta, por tanto el respeto y la dignidad propia de todo ser humano, debe ser observado a permanencia, así como la igualdad de condiciones y el reconocimiento de los derechos reconocidos frente a los miembros de la sociedad.

MATERIALES Y MÉTODOS

El diseño metodológico de la presente investigación se fundamenta en un enfoque cualitativo a partir del cual se propicia la articulación de la información documental y estadística obtenida en el trabajo de campo y que responde a la naturaleza del problema científico como también a los objetivos propuestos.

Este diseño se desarrollara a partir de las siguientes etapas: a) Fundamentación epistemológica, teórica y metodológica del mismo, a partir de la consideración de la modalidad de investigación cualitativa; b) Examen documental y trabajo de campo: relaciones y conexiones con el objeto de estudio, c) Comprensión del conocimiento científico y articulación contextual, mecanismos de integración disciplinar y significación. En este sentido, se enmarca dentro de la metodología cualitativa mediante investigación documental, según la cual, la revisión de archivos (*información numérica y no numérica*) y el análisis de contenido, se convierten en técnicas fundamentales para comprender el significado de las situaciones de tensión alrededor del objeto de estudio frente a la vida cotidiana. Así las cosas, se pone de manifiesto la relación de los intereses de la población carcelaria, el contexto y los elementos asociados a los procesos y al desarrollo de la teoría formativa jurídica.

[119]

En el primer escenario se diseñó la investigación (*definición del tema, delimitación conceptual, temporal y espacial*), articulando una revisión de estudios y de literatura relacionada que permita establecer qué se ha dicho sobre el tema propuesto, desde qué punto de vista y con qué resultados (González et. Al., 2014: 58). Consecuentemente, se sistematizaron los resultados de dicha búsqueda, gestionando los saberes y las dinámicas jurídicas de las diferentes instancias. Así mismo, se desarrolló un proceso de triangulación entre las prácticas judiciales y la implementación de normas sustantivas, se realizó la búsqueda y selección de información, lo cual exigió el rastreo e inventario de los documentos existentes y disponibles, y de las fuentes complementarias, en bibliotecas, centros de documentación (Silvera, 2013: 76).

Por lo tanto, para realizar esta investigación se concentró la mirada en la situación problema planteada y, en sus contextos particulares, sus singularidades y sus tipologías, bajo criterios de rigurosidad tales como la validez, la credibilidad y la confiabilidad

DESARROLLO**Aspectos conceptuales de la protección y restricción de la de la libertad y algunas prácticas garantistas**

La incorporación de la privación de la libertad entre las edades antigua y moderna, encuentra un carácter determinante a partir de la valoración ideológica de la confesiones y certezas obtenida mediante algunos tipos de sistemas probatorios e investigativos. No obstante, esta práctica terminaba siendo poco convincente ya que muchos confesaban para salir del horror por cuanto

“las declaraciones arrancadas mediante tortura son poco seguras, incluso peligrosas y faltan a la verdad; puesto que algunos hombres están endurecidos al castigo y desprecian el dolor hasta el punto de no puede sacárseles nada, mientras otros prefieren cualquier mentira antes que soportar el dolor” (Ulpiano en Grima 1998, p. 78).

Todo esto, explica porque en la antigüedad y hasta la edad media, la verdad consistía en un derecho del soberano, de instrucción penal por cuanto no requería de publicidad ni de la presencia del acusado, considerando que sus resultados recurrían a la “*verdad*” judicial a título de confesión “*espontánea*” (Foucault, 1989, p. 45) sin un concepto de justicia que pretendiera la equidad sino por el contrario llenar las expectativas del magnífico dictador legal.

En Grecia por ejemplo, durante la transición entre los sistemas de justicia, la prueba y la distinción entre el hombre libre y el esclavo se convirtieron en un factor particularmente notables mirados como fenómenos ciudadanos, cuya importancia frente al hecho comisivo no era proporcional, sino circunstancial. De este modo, el testimonio del ciudadano reivindicaba el valor del sujeto dentro del proceso, la importancia del ciudadano indicaba una distinción entre pruebas naturales y forzadas (*clásica idea probatoria*). Así las cosas, el pensamiento aristotélico imprime en la entidad probatoria de protección de derechos fundamentales un aforismo consistente en un impulso desde los sub-procedimientos dentro de un procedimiento legal más amplio que es esencialmente hostil (*analogía al sistema de investigación y el de la piedra negra*) pero que revestía de manera significativa a las partes de garantías mínimas.

En este sentido, Antifonte (siglo V), ejemplifica concisamente la idea general afirmando

“(Mi acusador) puede tomar tantos testigos como quiera, examinarlos, examinar a testigos que sean hombres libres, como corresponde al examen de hombres libres, y a quienes, por autorrespeto y justicia, estén naturalmente dispuestos a decir la verdad sobre los hechos. En el caso de los esclavos, puede interrogarlos si sus declaraciones le parecen fieles a la verdad (Antifone en Peters, 1985, p. 94).

De esta manera, el derecho de un ciudadano en un pleito penal, desde la mirada de la garantía parece haber sido aceptado en general, a partir de la idea de un intercambio informal de investigaciones, sea o no dentro de un juicio propiamente dicho.

Otro ejemplo significativo, es el Romano, humedecida de ciertas influencias griegas, constituye el mayor cuerpo de jurisprudencial de gran influencia en occidente (XIII y el del siglo XX de la modernidad) en él se incorpora un sistema en donde los sujetos podían ser torturados con ocasión al hecho comisivo, incluso como testigos. No obstante, algunas personas (*hombres libres*) podían conocer un proceso con desconocimiento de las garantías en un sinnúmero de acciones delictivas que promovían la división de la sociedad frente a la ideología del regente.

[120]

Esta estructura se aplicaba a todas las clases desde los honestiores (*senadores y magnates o Potentes y los Consors*) hasta los humiliores (*personas de rango curial o con vínculos con el propósito productivo del estado*) siendo esta última mucho más vulnerable a en cuanto al acceso a servicios y medios de prueba y defensa.

Más tarde estas condiciones dieron paso a que en la sociedad germánica de la Europa medieval se adaptaran prácticas y valores de del Derecho Romano. De esta forma, la ley permitía algunas transgresiones a la libertad y a las prácticas garantistas de la integridad del sujeto desde una visión de ofensa de rangos o privilegios del sujeto y su familia, siendo dado a conocer su deshonra de manera pública junto con sus coparticipes.

Un periodo significativo de transición en la contradicción de garantías procesos de justicia se da en la Edad Media y comienzos de la Moderna, en donde la tortura fue usada como práctica judicial, la coacción física se ejercía por parte del juez sobre el declarante por medio del verdugo o ejecutor. Los cuales poseían un carácter inquisitivo dentro del proceso para descubrir la verdad. En este punto, los Tribunales Eclesiásticos de la inquisición poseían una autoridad de inquirir y castigar en función de la acción que se tendría como contrario de la fe, dándoles plena libertad de juzgar y condenar delitos desde el concepto de herejía, utilizando la tortura, como medio utilizado con éxito para lograr hacer hablar a los criminales y herejes. En este sentido, la libertad y los derechos fundamentales se desconocían abiertamente y solo bastaba la idea de la garantía estatal y del poder del gobernante, la clase burguesa y la estabilidad del poder eclesial.

Afortunadamente, en el XII la revolución y la cultura jurídica se transforman desde una combinación de jurisprudencia penal y procedimientos inquisitorios desplazando al viejo procedimiento acusatorio. Se pasa entonces de la mirada del juramento confirmado y verificado del libre, a la confesión elevada a jerarquía de prueba (*la reina de las pruebas*). Este escenario muestra una clara separación de la tendencia griega y romana, en donde no tenía el lugar la confesión en el procedimiento legal, sino que estaba dada a ser resultado de la tortura y la opresión del sujeto procesal.

[121]

Todo este entramado dio paso a un estímulo hacia la superación del viejo sistema a través de una serie de cambios tales como la eliminación y reemplazo de métodos y supuestos culturales que reflejaban la crueldad, así mismo, el llamado juicio de Dios (*juicio inmanente*), la falta de idea de competencia y autoridad jurídica efectiva, entre otros

Así las cosas, la necesaria e inminente abolición de la separación de justicia y autoritarismo a partir de la segunda mitad del siglo XVIII y principios del XIX, dio paso a los procesos y procedimientos de los Estados civilizados, revisando a profundidad los sistemas jurídicos penales, y creando un proceso que dio lugar a líneas generales en la calificación de mérito de las penas, paso brillante del legado de la Ilustración, soportados en la base esencial de la dignidad y del respeto del ser y su carácter noble y valioso por naturaleza.

El desarrollo de nuevos ideales, dieron embates a las posturas de jurisconsultos, filósofos y teólogos, del medioevo. Aportes significativos como la superación de la doctrina de los indicios dado paso a la calificación de una conducta como injusta, conforme a derecho o contraria al derecho natural permitió que se construyera un sistema de garantías en el cual “ cada hombre tiene derecho a defender su vida y no puede ser justamente constreñido a declarar contra sí mismo” (Bernardi, 1805, p. 76).

En consecuencia, la acción de penas y delitos (Beccaria, 1879) marcan la pauta entre el derecho y la fuerza como acciones de direccionamiento estratégico del juez, aplicados a la justificación y de repercusión en el sujeto para la determinación de la culpa o inocencia. Esta consecuencia teórica,

refuta el concepto de dolor como la identidad para la verdad procesal, reivindicando el valor sensible de la persona (*humanización de lo humano*), por cuanto toda diferencia entre un inocente y un culpable solo desaparece en medio de pretensiones de búsqueda de la verdad y justicia.

Contextos emergentes de garantía y miradas jurídico-culturales

Luego de la superación de la condición material de tortura pública y degeneración de las garantías fundaméntelos, gracias a la acción eficiente del movimiento de la ilustración, se pasa al encierro como una muestra de la impune acción del legislador y del juzgador que persigue la verdad en contextos de gestión administrativa y ejemplificación social. Algunos autores como Foucault (1983) analizan la incorporación de una tendencia hacia la privación de libertad como factores de distensión de la realidad delictiva del sujeto, como medio de dirección de su nivel de incorporación psicológica frente al contexto transgredido, en busca de alejarlo del contexto del castigo físico, siendo el castigo del alma superior que el del cuerpo.

De esta manera, a principios del XIX se nota como se supera la idea de la opción degradante de integración corporal, dando paso a la utilización del encierro preventivo o cautelar, configurando una nueva forma de segregación por sanción (*secuestro institucional*).

Algunas líneas de análisis han surgido entonces, por ejemplo, desde una visión de secuela de la libertad (*cárcel*), Iñaki Rivera (2005) derivan una acción de reflexión del fenómeno carcelario como una idea fallida de cambio paradigmático terapéutico que no ha sido asumido desde sus connotaciones sociales haciendo uso de una sistema historiográfico, partiendo de antecedentes de la moderna penitenciaria al entramado de casas, generando una radical transformación de los sistemas punitivos, confluyendo en una tendencia influencia de modelos Norteamericanos en atención al nacimiento de la pena de privación de la libertad a partir del desarrollo y afianzamiento del Humanismo clásico (*componente disciplinario y sistema "económico-estructural de carácter capitalista*).

[122]

De este modo, el sistema soporta un problema estructural histórico, en donde se pretende incorporar una prisión de oportunidades, pero que se contradice al no mostrar contextos de oportunidad en el sentido de la resocialización y avanzada hacia un modelo ciudadano de respuesta al conjunto de acciones contrarias a la ley y a la naturaleza misma del sujeto.

Escenarios influyentes de resocialización en contextos de garantía

Es importante mencionar como se incorporan acciones de control que asumen la represión y la privación de derechos como escenarios de resignificación comportamental, dadas sus variaciones y extensión, por cuanto se reputa informado el sujeto de las consecuencias de la no declaratoria de la verdad en el mundo actual. Algunos escenarios marcan la pauta en la diversidad de parámetros que incorporan estos tratos, a saber:

- El Estado totalitario, en donde el valor significativo corresponde a la defensa de los derechos de los ciudadanos, pero bajo entendidos de miedo y desconfianza (Amnistía Internacional, n.d.), en donde los derechos particulares de los sujetos permite asumir la aparición de la tortura bajo miradas de autoridad estatal extralimitada bajo la dinámica legal ordinaria.
- Las condiciones de la modernidad frente a la guerra, en donde se configuran métodos de respuesta a la trasgresión de la estabilidad del estado de derecho y de la sociedad pacífica y sana (teóricamente planteada por el estado totalitario).

- Condiciones de terrorismo y amenaza para la supervivencia del totalitarismo, consecuencia dinámica de la democracia y paso obligado de la autoridad hacia su postura individual de actuación repetitiva de reivindicación de derechos ajenos entre criterios de supervivencia y subordinación.

Todo este andamiaje, propone la evaluación de algunos conceptos como la tortura como medio de acumulación de poder y estabilidad del Estado, en este sentido tenemos que “*la tortura se está haciendo cada vez más científica. Junto a la brutalidad física y las mutilaciones, el uso de un equipo mecánico sofisticado se está volviendo cada vez más común*” (Egaña, 1996: 695) es decir, se promueve una especialización de una idea de poder hace que la segregación de los sujetos y de las comunidades sean un propósito para establecer un estado de pánico con miras al sostenimiento de condiciones de dominación (*físicos, psicológicos, farmacológicos, entre otros*).

De todo este proceso se estima que las estructuras del poder, entre ellas las de guarda del orden público, posibilitan en medida significativa el resurgimiento de elementos sustanciales de expresión policiva estatal y no oficial (*interés de la nación*) haciendo más complejo el control de penas y políticas. Frente a este sistema de desarrollo, escenarios como el crecimiento de la burocratización evidencian la existencia de fuerzas independientes y funcionarios de confianza que convierten este tipo de prohibiciones y garantías en insignificantes, rostro de la ley frente en contrapeso a la idea de juicio lógico del aparato judicial, desencadenado una acción por fuera del control social y estatal (*justicia social*).

En América latina, los movimientos de liberación intentaron comprender este tipo de problemáticas desde una visión historiográfica. Desde la conquista hasta nuestros días de reforma constitucional, todo este análisis se mira de manera crítica a partir de las acciones de las persecuciones, asesinatos, desapariciones, prisión y tortura en contextos de dictaduras y estados de derecho, bajo una acción recursiva de proyectos económico-sociales que aumentan la pobreza, la miseria y la concentración de poder.

[123]

Un ejemplo significativo de la cultura legal colombiano, es el periodo posterior a la caída de la Dictadura Militar de 1958, con ocasión del “*Frente Nacional*” en donde el autoritarismo y los excesos contra la población incorporaron la mirada de la “*Seguridad Nacional*”, retomada hasta hace unos pocos años (*mirada de retroceso*) cuya opción lógica solo consistía en la persecución del “*enemigo interno*” propia de la seguridad democrática. En esta lógica, es menester considerar el tratamiento de las formas de violencia en la historia de Colombia (*violencia partidista, violencia guerrillera, paramilitarismo, narcotráfico, narcoterrorismo, delincuencia común*), caracterizadas por la excepcionalidad del Estado, introducidas por los distintos conceptos de seguridad ciudadana y/o política, que obedecen más a medidas coyunturales de los gobiernos nacionales antes que políticas de seguridad para la consolidación del sistema democrático y participativo propios del estado colombiano y de la cultura de convivencia ciudadana

INTEGRACIÓN NORMATIVA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS: PERSPECTIVAS Y CONTENIDOS FORMALES

Conceptos, epistemología y metodología de justicia

Frecuentemente se habla de Derechos Humanos, sin tener ideas claras sobre qué es y en que consiste. Igualmente a veces se confunde este con el Derecho Internacional Humanitario. Conviene pues detenerse un momento para esclarecer que responsabilidades supone para los Estados el

Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a quienes obliga y vincula el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional.

Así las cosas, este concepto comporta un sistema de derecho creado por Estados (*vinculante y reglamentario de las relaciones*) siendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos una transformación de su objetivo. De esta manera, al establecer un orden público internacional en beneficio de la humanidad (*los estados son legisladores y el destinatario el ser humano*) se promueven un direccionamiento estratégico frente a la responsabilidad del Estado por las violaciones a los derechos fundamentales y la trasgresión de las libertades y garantías esenciales (*material e intelectual*) permitiendo que en él puedan recaer responsabilidades legales, en razón del vínculo material del Estado.

De tal suerte, la mirada de los derechos desde el Derecho Internacional está integrada primordialmente por tratados de carácter multilateral que van más allá de los textos de los tratados, dando a conocer de manera adecuada los contenidos de derecho, siendo interesante mencionar su base fundamental (*fuentes propias del derecho internacional*). Dichas fuentes están definidas, por ejemplo en materia de Derechos Humanos, en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, que dispone:

La Corte cuya función, es decidir, conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los estados litigantes. b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho. c) Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

[124]

A este tenor, las fuentes del derecho internacional enuncian algunas temáticas que deben tenerse en cuenta al momento de establecer un avance en la construcción del derechos y garantías por parte de los estados; tal es el caso de las decisiones de los órganos cuasi-judiciales, llamados órganos de control, que funcionan con reglas similares a las de un proceso judicial, pero que podríamos decir, son órganos administrativos o técnicos.

Es importante señalar también, que aspectos se relacionan en cuanto a las estructuras DIH – DIDH, debido a los niveles de apropiación conceptual y material respecto a la práctica jurídica y ciudadana. En términos generales, el Derecho Internacional Humanitario tiene el mismo fin que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la protección de los derechos fundamentales de las personas, pero, se diferencian en cuanto a aspectos fundamentales que constituyen la columna vertebral del Derecho internacional humanitario, el primer escenario tiene que ver con los principales beneficiarios del derecho humanitario (*personas protegidas*), el segundo, el ámbito de aplicación material o las llamadas condiciones operativas, que indican que el derecho internacional humanitario se aplica únicamente en circunstancia de conflicto armado.

La mayor parte de la normativa internacional se aplica a los conflictos de carácter internacional; en los conflictos no internacionales, son aplicables el protocolo II adicional a los cuatro convenios de Ginebra y el artículo 3 común; y el tercero, dirigido a los destinatarios o sujetos de obligaciones. Mientras que la normativa internacional sobre derechos humanos solo vincula a los estados, el derecho internacional humanitario es vinculante para todas las partes en conflicto, sean fuerzas del Estado, unidades de las fuerzas armadas en rebeldía, fuerzas insurgentes o milicias organizadas, sean estas independientes, subordinadas a una u otra de las demás partes o vinculadas a una de las partes por una alianza táctica.

El carácter oficial o no oficial de las partes y las relaciones entre ellas pueden determinar la naturaleza del conflicto – internacional o no internacional – y consecuentemente, cuáles de los instrumentos o normas son aplicables. Las relaciones entre ellas pueden también determinar la responsabilidad de un Estado por hechos cometidos por grupos armados irregulares. Pero ni la existencia o inexistencia de un vínculo con el Estado, ni las relaciones de los grupos armados entre sí, incide en el status de un grupo en cuanto parte del conflicto. Todas las partes en un conflicto, sea cual sea su naturaleza son, en virtud de su condición, destinatarios de las obligaciones plasmadas en los instrumentos y las normas aplicables del derecho humanitario.

En cuanto al Derecho Penal Internacional, campo normativo estrechamente vinculado tanto al derecho internacional de los derechos humanos como al derecho internacional humanitario, y encuentra su fundamento político en la creación del estatuto de la corte penal internacional. Tal contenido emana de las disposiciones de ciertos instrumentos sobre derechos humanos, derecho internacional humanitario y terrorismo, en virtud de las cuales los respectivos estados partes asumen ciertos compromisos con respecto a delitos tipificados por tales instrumentos.

Como regla general las obligaciones son de cuatro clases: primero, la de tipificar la conducta en cuestión en su derecho interno; segundo, la de dotar sus tribunales con amplia competencia sobre dichos delitos, a fin de aumentar las posibilidades de aplicar justicia a los presuntos autores, aun cuando gozan de impunidad en su propio país; tercero, la obligación de extraditar personas contra quienes hay pruebas de participación en los delitos respectivos a otros estados partes en el mismo instrumento, cuando lo soliciten y cuando el estado requerido no pretenda llevar la persona ante su propia justicia. Y por último, estos instrumentos suelen contener disposiciones relativas a la cooperación en cuanto a la remisión de evidencias. Con frecuencia se hace referencia a este conjunto de normas como “Jurisdicción Universal”.

[125]

Al igual que el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho penal internacional se aplica tanto por tribunales internacionales como por tribunales nacionales. Esta lógica de aplicación muestra como en el derecho penal internacional a más graves violaciones del derecho internacional de los derechos humanos, más se acercan a la configuración de delitos de lesa humanidad, como la tortura, el homicidio, la desaparición, el destierro, el trabajo forzoso, la violación, la persecución por motivos raciales, políticos o religiosos. En consecuencia, podríamos decir, en este contexto, que la diferencia esencial entre el derecho penal internacional, es que el destinatario del derecho penal internacional no es ni el estado, ni una parte en un conflicto, sino el individuo.

Contextos significativos en materia de transgresión de derechos fundamentales y de Derechos Humanos

La prohibición de la tortura y de los tratos crueles inhumanos y degradantes hace parte del *ius cogens* (*derecho imperativo*), de donde se desprende la identificación de no admisión del ejercicio y/o comportamientos que propendan por la expedición de regulaciones contrarias a la civilización jurídica universal, razón por la cual se han incorporado sus regulaciones en el ámbito de los fundamental y obligatorio para toda la sociedad nacional e internacional. Así las cosas, no se admite que ningún Estado, bajo cualquier pretexto, autorice tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, independientemente que haya ratificado los tratados, convenciones que establecen la prohibición a dichas conductas.

Desde el Sistema Universal (*Convenciones de Viena de 1969 y 1986; Colombia el 10 de mayo de 1985– ley 32 de 1985*), a partir de las declaraciones, tratados y convenciones, existen una serie de normas internacionales que prohíben la tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, siendo la

referencia más frecuente en esta materia la Convención contra la Tortura de 1984 de las Naciones Unidas. No obstante, su importancia, la referida convención no es la única norma de derecho internacional que contiene la prohibición a la Tortura.

Existen otros instrumentos con naturaleza de tratado que incluyen directamente el tema de la Tortura o incluyen elementos que conducen a concluir la prohibición de la tortura aun antes del año de 1984, cuando se aprueba en las Naciones Unidas la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (ONU Resolución 39/46 de 10 de diciembre de 1984, vigor el 26 de junio de 1987), generando una serie de declaraciones, códigos de conducta y conjunto de principios que recogen normas de derecho social y humanitario.

En esta línea de acción aparece la Declaración Universal de Derechos Humanos, Aprobada y proclamada por la asamblea general de las naciones unidas el 10 de diciembre de 1948, establece en un artículo 5 que: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Así mismo, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado por la asamblea general de las naciones unidas en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, establece en su artículo 7°.

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. De Lo cual se deduce que no tiene ninguna limitación o restricción posteriores; se reconoce, pues para todas las personas. Y se añade, finalmente, que “en particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos” en claro recordatorio y/o advertencia a los crímenes del nazismo.

[126] Del mismo modo, la Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptada por la asamblea general de las naciones unidas en su resolución 39/46 de 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor el 26 de junio de 1987, trata la cuestión de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, en los párrafos 54 a 61, siendo la siguiente observación la más relevante

... párrafo 56 dice: “la conferencia mundial de derechos humanos reafirma que, con arreglo a las normas de derechos humanos y al derecho humanitario, el derecho a no ser sometido a torturas es un derecho que debe ser protegido en toda circunstancia, incluso en situaciones de disturbio o conflicto armado interno o internacional ... párrafo 57: “insta, pues, a todos los estados a que pongan fin inmediatamente a la práctica de la tortura y erradiquen para siempre este mal...”, en tanto que en el párrafo 58 pide “prestar especial atención a la aplicación efectiva de los principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente a los médicos, en la protección de las personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes aprobados por la asamblea general de las naciones unidas”. ... párrafo 60, advierte que:.. Los Estados deben derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, como la tortura y, castigar esas violaciones, consolidando así las bases para el imperio de ley”.

Es visible también en la Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, aprobada por la asamblea general de las naciones unidas en 1975. Esta se produce antes de la Declaración de la Convención de las Naciones Unidas incluye las pautas generales, que luego van a consignarse en la Convención. Esta declaración en principio es de carácter político que no tiene fuerza jurídica vinculante, pero que va adquiriendo esa fuerza a partir de que en ella se están recogiendo elementos del Derecho Consuetudinario Internacional y del Derecho Imperativo (*ius cogens*). En este sentido, se le ha ido reconociendo en los órganos de control un valor jurídico, que luego se confirma con la Convención y con la entrada en vigor de la misma.

Existe entonces una relación estrecha entre el concepto de violación de los derechos fundamentales y la garantía de los derechos humanos, cuyo reconocimiento y aceptación se estima universal. Esta imposición frente al Estado parte de la obligación de erigir esa conducta como delito en el ordenamiento penal, permitiendo el ejercicio de la jurisdicción universal sobre aquella (ver CPI). Todo ello, implica entonces, que los Estados y las partes observen esta conducta, sus intentos de comisión y la complicidad en ella, posibilidades de castigo cuando aquella sea cometida por o contra sus ciudadanos.

En dinámica articula las estructuras, por cuanto las organizaciones avanzan en su creación con el objetivo de evaluar las disposiciones han sido incorporadas en la legislación local y su implementación práctica. Estas acciones dinámicas y complejas, permiten que los conocimientos, saberes y los sistemas jurídicos se transfieran a nuevos estados sociales y nuevas configuraciones judiciales en contextos de participación y garantía de derechos fundamentales.

De este modo, encontramos como en las declaraciones, códigos de conducta y conjunto de principios se configuran a manera de instrumentos de reconocimiento y de acción conjunta de *principios o normas mínimas*, frente a las disposiciones de carácter sustantivo. Uno de ellos es el conjunto de principios para la protección y garantía del servicio médico asistencial en condiciones de inclusión y mejoramiento de la atención básica

Los principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente a los médicos, en la protección de las personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, les prohíbe participar o colaborar en actos de tortura o aplicar procedimientos encaminados a quebrantar la voluntad de las personas sometidas a sus cuidados (Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 17 de diciembre de 1991, principio 9 párrafo 3).

[127]

Estos escenarios son aplicables en todo tiempo (*guerra, conflicto interno o paz*) por cuanto el ejercicio ciudadano no se deslegitima y se considera permite el hecho de hacer cumplir la ley (ONU, Resolución 34/169 de 1979)¹.

Por otro lado, el Sistema Europeo de protección de los derechos humanos (*Convención Europea de Derechos Humanos*) señala diferencias significativas entre la formulación de este derecho en el pacto internacional de derechos civiles y políticos y la convención americana respecto de la convención europea, haciendo énfasis en las características de los comportamientos de los sujetos, en atención a la naturaleza de los mismo y no en su estado peyorativo. De este modo, se incorporan prohibiciones con base en el Derecho internacional humanitario (*derecho de la guerra*), en cuanto a la búsqueda de la equidad en tiempos de guerra y conflicto armado (*interno y externo*) para reducir en alguna medida el sufrimiento que ella causa a la humanidad².

¹ Concordante con este tipo, otros escenarios se promueven desde esta misma dinámica, así vemos como en la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Resolución 47/133, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 18 de diciembre de 1992, párrafo 2 del artículo 1°), Uno de los ejemplos significativos de protección es el contenido en el Sistema Interamericano—Organización de Estados Americanos (OEA), dentro del cual encontramos la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, Aprobada en la novena conferencia internacional americana, Bogotá en abril de 1948, al referirse al tema de la integridad física y la tortura y tratos inhumanos, crueles y degradantes. Así mismo la convención americana sobre derechos humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica (1969)

² Sin embargo, es importante tener en cuenta, en contextos más cercanos, que el derecho internacional humanitario se encuentra contenido en los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y los protocolos adicionales, aplicables en caso de guerra internacional, como en caso de conflicto interno (artículo 3 común de los convenios de Ginebra y los Protocolos I y II).

Otro de los elementos estructurales desde la política jurídica y criminal, es el desarrollo nacional de sistemas y configuraciones normativas sustantivas relacionadas con hechos punible de carácter persistente (*secuestro, genocidio, homicidio de persona protegida, entre otros*) dadas las condiciones del Estado Colombiano en donde el pleno ejercicio de derechos humanos de las personas, es reconocido por el estado y ratificado por la Corte Constitucional por cuanto se pregona “la integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal” (Sentencia T-499 de 1992) pero que en el momento de su preservación implica bemoles como el orden público, el conflicto armado interno, las practicas burocratizantes y clientelistas y en medida significativa, el ejercicio eficiente de la función pública.

En consecuencia, cuando observamos la realidad social, jurisprudencial y legislativa en las relaciones de poder del estado y la nación frente al ejercicio, goce y garantía de los derechos es necesario calificar su nivel de asimilación y el papel preponderante que tienen la dignidad y los procesos de seguridad ciudadana en la protección de las personas y los derechos humanos en el marco de un Estado Social de Derecho, democrático y participativo.

Miradas normativas fundamentales (enfoque constitucional)

Desde una mirada constitucional cercana, podemos encontrar antecedentes constitucionales derivados de la carta política de 1991, un avance significativo se dio con la Asamblea Nacional Constituyente, en la cual la Subcomisión segunda de la Comisión primera propuso el siguiente tenor

[128] ... El Estado garantizara el derecho a la vida. No hay pena de muerte. La tortura en todas sus formas al igual que los tratos crueles, inhumanos y degradantes y la desaparición forzada son delitos. A su vez, la Comisión primera presentó a la plenaria, para primer debate, el siguiente texto: El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte. Nadie será sometido a desaparición forzada, a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

De tal manera este conjunto de derechos se configuraron como acciones de protección y garantía, logrando que su integridad no se pueda vulnerar, convirtiéndolos en verdaderos derechos (*integridad personal, a la autonomía y especialmente a la dignidad humana*). En este sentido, el artículo 12 de la Constitución de 1991 establece “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

De esta manera la Asamblea Nacional Constituyente reconoció de manera directa el derecho de todos y de todas a la integridad personal el cual fue formulado como una prohibición perentoria a la práctica de la desaparición forzada y del sometimiento de las personas a la tortura y los tratos crueles inhumanos o degradantes. Así las cosas, la protección de la integridad personal, asegurada a través del artículo 12 de la Constitución, encuentran reforzadas en el espíritu de la carta política el fundamento de vigencia de los derechos humanos como su objetivo principal.

En esta misma línea “... el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona” (inciso 1 del artículo 5° CN 1991), afirmando de manera especial la protección del ser humano, planteado un gran propósito o principio en nuestro marco constitucional. De esa manera, el Estado configura la primacía de los derechos humanos imponiendo a las autoridades deberes y prohibiciones en materia de su guarda, en este sentido:

... ni al elaborar la ley, ni al interpretarla, ni al hacerla cumplir, pueden los agentes del Estado olvidar que ésta surge y existe para servir a la persona y no para hacerla víctima de opresiones que la cosifiquen, alienen o destruyan” (Madrid, n.d., p. 70).

Todo este cúmulo de derechos se ven conjugados en el reconocimiento de la vida como un derecho inviolable (art. 11 CN 1991), visibilizando la integridad personal, desde la perspectiva de la relación de desarrollo pleno, libre, la autonomía y el bienestar social. Este marco constitucional de protección del ser humano, es reforzado por el artículo 13 en el sentido en que "... el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan" (Corte Constitucional, Sentencia T-415/2000; Sentencia T-126 A/ 1994).

Así las cosas, el epicentro de la interacción entre lo sustantivo y procesal, se da en función de la relación entre los elementos estructurales de los tipos penales y su conexión con la realidad objetiva del sujeto social. De esta manera su carácter material de delito y sus posibles implicaciones pluriofensivas, generan de manera directa e indirecta, un condición de acción lesiva múltiple, por cuanto se tiene que "desde la perspectiva del bien jurídico protegido este tipo de delitos presenta la agresión de una "pluralidad de bienes dignos de tutela penal" (De la Cuesta en Rivera, 2006, p. 45).

Desde la perspectiva del régimen penal colombiano, el análisis del desarrollo legislativo penal del delito en el sistema penal colombiano debe enmarcarse dentro de la esfera de los derechos humanos y la protección de la vida e integridad personal, en virtud a que después de la constitución de 1991 es evidente la incorporación de leyes que tienen en cuenta la prohibición de acciones lesivas de la integridad como una acción garantista del estado hacia la comunidad.

En consecuencia, el desarrollo legislativo penal ha identificado diferentes visiones sobre el delito y sus manifestaciones de facto, y la necesidad de prohibición y castigo, siendo representativa la apreciación de las diferentes tipificaciones o el tratamiento normativo de delitos y medición punitiva. En este sentido, delitos como la tortura por ejemplo, no era una conducta delictiva que representara mayor gravedad u ocasionara un significativo daño social, razón por la cual su tipificación se hacía necesario un contenido normativo que permitiera responder a las dimensiones del delito referenciadas en la Convención universal.

[129]

De esta manera, el propósito de su incorporación como delito, permitió enfrentar la violencia generalizada que contienen los países en situación de guerra o conflicto armado, delincuencia organizada, entre otros, la criminalización y juzgamiento de los crímenes. Siendo sujeta a la realización de actividades de control frente a comportamientos tales como el terrorismo y el daño social, los cuales están relacionados con su naturaleza y generan un daño significativamente alto al tejido social.

COMPLEJIDAD SOCIAL DE LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CONTEXTOS DE DERECHO HUMANOS Y SISTEMAS PENITENCIARIO

Partiendo de la idea del ejercicio democrático en la vida comunitaria, la práctica de la libertad y la garantía de los derechos humanos lleva consigo un juego de roles el cual no estará exento de tensiones y de conflictos. Esta dinámica, permite participación igualitaria de los actores dentro y fuera de los sistemas configuradores de conflicto y violencia social. Por tanto, la desestructuración de conductas violentas y de trasgresión de derechos fundamentales, individual y social, resulta ser un elemento de profunda complejidad, el cual debe ser asumido de manera gradual, reorganizando estructuras participativas que van de lo simple a lo complejo y que faciliten la gestión de la justicia en contextos inclusivos.

De tal suerte, la participación social de la comunidad y los actores del conflictos facilita la resignificación de las estructuras organizativas y jurídicas que dan cuenta de la necesidad de la acción mediadora entre relaciones y conexiones de promoción y protección de los derechos humanos y

su incidencia en la resocialización de los sujetos sometidos al imperio del derecho, aspectos que en su naturaleza resultan ser importantes a la hora de establecer el grado de avance y aporte de este fenómeno a la organización y desarrollo de la institucionalidad (*Estado-justicia*).

Este marco reflexivo no desestima otros aspectos propios de las dinámicas sociales de los centros y sistemas comunitarios, la pobreza humana, educativa, social y cultural, se articulan como medio de disociación del capital humano, permitiendo la aparición de comportamientos antisociales, delitos y estados de beligerancia, así como el incremento de la violencia en todas sus manifestaciones, lo cual genera una paradoja en la idea de derecho fundamental y su práctica cotidiana, tales como su positivación, internacionalización y concomitante retorno sociocultural (De Asís Roig, 2000, p. 42).

Es entonces el sistema social del estado de derecho, la víctima más destacada en materia de vulneración y fragilidad, toda vez que todos sus factores se incursionan de manera abrupta en un estado caótico de inseguridad, visibilizando y ampliando brechas de exclusión que afectan a la población en general. Es entonces un gran desafío la búsqueda de alternativas para mirarla, pensarla y repensarla, religando espacios de autonomía y reinventando la participación desde el pensamiento crítico, social, ecologizante y complejo.

Innegablemente, la globalización de la protección de derechos humanos, en contextos de centros penitenciarios, ha transformado acción de las sociedad y sus sistemas de justicia punitiva. Las cárceles entonces, “lejos de ser lugares de donde los reclusos y reclusas reparan el daño causado y se rehabilitan para volver a la sociedad, se han convertido en depósitos de seres humanos y verdaderas escuelas del delito” (Noel R, 2005, p. 27). Así pues, vemos como las sociedades intentan seguida y fallidamente fortalecer los sistemas de acción y reacción en contra de la trasgresión de derechos fundamentales y la garantía del detenido para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad, generando actitudes y aptitudes, en la administración y en los reclusos, que les permitan superar los obstáculos encajados en la dinámica social producidos por las tendencias no-institucionales de la políticas carcelarias.

[130]

Definitivamente se requiere una verdadera reforma social penitenciaria, cimentada sobre la base de la reforma del pensamiento para el tratamiento del delito haciendo posible articular los diferentes tipos de poder, política, justicia y restauración, religando la condición humana, desunida y fragmentada por la acción comisiva de los sistemas de oposición a la idea de una nación en paz, y que confunde las concepciones de estado social de derecho con las políticas egoístas de la seguridad (*democrática y ciudadana*) en donde los derechos humanos pierden el sentido de su destino y socaban la naturaleza globalizante del ser. Así las cosas, en necesario también, la creación de nuevas redes de resignificación y transformación de tejidos, en donde la participación de todas y todos sea real e inclusiva (Morín, Ciurana y Motta 2003, p. 137).

Es necesario pensar en la posibilidad de que el momento histórico muestre la realidad futura del ser, en donde el Estado, y sus sistemas carcelarios, deben promover el desarrollo del máximo provecho del principio de la limitación de la libertad, privándola de manera visible frente a la movilidad en el contexto social, pero manteniendo la garantía del acceso a la participación en la resocialización y la reivindicación de valores, así como de la reincorporación a la vida comunitaria. De este modo es necesario imaginar la posibilidad, remota o no, de reorganización estructural, teniendo en cuenta que

...el problema crucial de nuestro tiempo es la necesidad de hacer frente a todos los desafíos interdependientes y para ello, la reforma del pensamiento, el pleno uso de la inteligencia para responder a tales desafíos facilitará el vínculo de las culturas disociadas” (Morin, 1999, p. 21)

Se trata entonces de un modo de pensamiento que reforme los paradigmas que posibilitan la concreción de nuevas aptitudes para producir y organizar el sistema judicial y no concentrar esfuerzos solo en prácticas simplistas, burocráticas o en reformas programáticas.

En este sentido, la autonomía de los ciudadanos se configura como independiente de las libertades subjetivas y derechos de prestación garantizados (Habermas, 1999, p. 258), en donde los ciudadanos del Estado social de derecho promueven de manera efectiva y autónoma la promoción de las libertades (*privadas y públicas*). Así mismo, tratándose de sistemas penitenciarios, son los reclusos quienes a través de la puesta en marcha de mecanismos de participación y garantía de los derechos sustantivos, reivindican el papel activo de la práctica de los derechos humanos y fundamentales.

En este orden de ideas es importante poner de manifiesto la naturaleza del pensamiento social, político y constitucional de latinoamericana, en donde la teoría de la dependencia (Freire, 1960), enuncia la articulación entre el carácter esencial de la emancipación y su función social para la construcción de ciudadanía, democracia y Estado, como factor complejo de la resignificación del ser humano y motor de su proceso de humanización (*resocialización*) asumiendo la realidad de manera crítica.

En consecuencia, estos procesos de construcción ciudadanía y comunitaria evidencian una red de posibilidades legítimas de participación mediante el progreso de la propia práctica ciudadana, convirtiéndose de esta manera, en un proyecto de acciones emancipadoras y transformadoras del Estado-nación, desde sus realidades, formando un idea de garantía de los derechos fundamentales en contextos de derecho humanos y sistemas penitenciario desde una mirada pacificadora, inclusiva y responsable.

Sistema carcelario y protección de los derechos fundamentales y contextos de derechos humanos

Un análisis de fallos judiciales de las altas cortes (*internacionales y nacionales*), permite identificar como adquieren cada día más un valor significativo el ministerio público y las organizaciones no gubernamentales, en el sentido de la incorporación e inserción de resultados y visiones de desarrollo, seguimiento y control judicial de una estructura penal y penitenciaria garantista por parte del Estado, en el sentido de asumir una observación permanente de la trasgresión material de derechos sustantivos violatorios de derechos humanos, permitiendo superarlos, prevenirlos y la posterior construcción de planes de acción y contingencia carcelaria y de política criminal.

Es importante señalar como las condiciones de detención prevalecientes en Colombia constituyen un ambiente de distanciamiento entre la realidad social y el sistema jurídico de protección de derechos humanos. En este sentido la ACNUDH (2002), ha manifestado:

... una situación crónica de tratos crueles, inhumanos o degradantes, padecen las personas privadas de libertad en las instituciones carcelarias y en las dependencias policiales... privaciones que contrarían la normativa internacional sobre el tratamiento de los reclusos especialmente inhumana, es la situación de los hombres, mujeres y menores de edad reclusos en las mal llamadas 'salas de retención' de las estaciones de policía" (E/CN.4/2002/17, párr. 97).

De este modo, la política expresiva estatal, antípoda del desarrollo de su ministerio público, promueve posturas que invisibilizan la problemática, generando tensión entere derechos humanos en los centros penitenciarios y carcelarios y medidas de protección de los derechos sustantivos y procesales de los reclusos. Algunos informes carcelarios muestran como:

[131]

... la labor de defensa de los derechos de las personas detenidas (en especial a las detenidas por motivos políticos), nos muestran que en las cárceles Colombianas prevalece un estado de cosas que no se ajusta al mandato legal constitucional ni a las normas internacionales sobre el tratamiento a los reclusos. Las personas privadas de la libertad continúan padeciendo una situación crónica de violación a sus derechos, derivada de las condiciones de detención a que son sometidas y de los malos tratos que les prodigan las autoridades policiales, judiciales y penitenciarias” (Fundación para la Solidaridad con los Presos Políticos, 2006: 4).

Sin embargo, se hacen necesarios criterios de seguridad y eficiencia de las garantías y derechos fundamentales, visible como respuesta a problemas de carácter social y político, con prelación frente a otras salidas sociales, convirtiendo la política criminal penitenciaria en un fenómeno ausentista de políticas democráticas y garantistas sin efecto resocializante y pacificador.

En este sentido, la Corte Constitucional Colombiana promueve un sistema de institucionalidad en el conjunto de cárceles y penitenciarías, en donde el aumento o disminución del fenómeno carcelario disminuye la posibilidad de obtener resultados beneficiosos para el sistema y permisivos para la libertad y las garantías (Corte Constitucional, ST-153 de 1998) incorporando períodos largos, reducción de posibilidades para obtener la libertad, congestión carcelaria, aumento de penas, tipificación de conductas contravencionales como delitos y entre otros fenómenos.

De tal suerte, el modelo de Estado Social de Derecho del modelo colombiano, promueve una restricción de la libertad como condición humana esencial, con el sustento de encarar los problemas socioeconómicos y políticos, así como del ejercicio de control de conflictos en todos los ámbitos del sistema (*no punitivos*) imposibilitando el desarrollo social y la solución alternativa de los conflictos frente a un estado de necesidad de paz y reconciliación.

[132]

En consecuencia, es necesario definir condiciones materiales de detención, regular e irregular, como elementos constituyentes prevención de violación de derechos fundamentales y humanos. Por tanto, la libertad, su goce y disfrute efectivo, reconocidos por la constitución, no deben sumergirse en los ámbitos de la discusión entre acciones administrativas de sinergia entre presupuestos de hecho delictivo y eficiencia institucional, en donde la pena privativa de la libertad no es justificante de la posibilidad de ser reprimidos de manera cruel o degradante, por cuanto es necesario un cambio estructural (Corte Constitucional, ST 596 de 1992) en donde se observen criterios de razonabilidad y racionalidad de las medidas y penas frente a los sindicados y condenados en contextos de vida y tratos dignos.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Los mecanismos nacionales de prevención no deben depender de la buena voluntad de ningún gobierno en particular, y su carta de fundación debe reflejar este hecho. Es fundamental, pues, que se establezcan por ley o, de preferencia, mediante una enmienda constitucional.

Cuando los mecanismos nacionales de prevención se establecen simplemente por la motivación de un proceso político per se, su proceso de debilitamiento resulta ser corto y apresurado, por cuanto la legislación no debe limitarse a enunciar principios generales, sino que debe detallar medidas para asegurar el funcionamiento y la independencia de los mecanismos nacionales de prevención en la práctica social, comunitaria y judicial.

Frente a la independencia, los mecanismos nacionales de prevención no deben constituir parte del gobierno, del Parlamento, del poder judicial, del sistema penitenciario, etc., ni deben ser per-

cibidos como tales. Su independencia debe garantizarse mediante leyes que aseguren una administración, unas instalaciones, una financiación y unas formas de comunicación con los detenidos, las instituciones del Estado, la opinión pública y el Subcomité independientes y diferenciadas.

De este modo, los mecanismos nacionales de prevención deben ser financiados de modo que dispongan de «personal y locales propios, a fin de que la institución sea autónoma respecto del gobierno y no esté sujeta a un control financiero que pueda afectar su independencia.» (Principios de París). Para tal fin, la legislación reguladora de la financiación debe proporcionarles una financiación adecuada a largo plazo y negar a los gobiernos la facultad de «castigarlos» por sus críticas privándolos de fondos.

Debe existir una relación sistémica entre los mecanismos nacionales de prevención, los cuales deben ser independientes, capaces, con equilibrio de género, representativos, por cuanto los mecanismos nacionales de prevención sean de nueva creación, la legislación reguladora de la financiación debe incluir un procedimiento para la designación de sus miembros que detalle el método, los criterios y la duración del nombramiento, las inmunidades y los privilegios y los procedimientos de destitución y apelación.

Cuando se designen o mantengan como mecanismos nacionales de prevención otros organismos existentes, la legislación reguladora de la financiación debe enmendarse para asegurar que se les aplican los mismos principios. Es necesaria una configuración de acceso pleno a toda la información pertinente, en donde los mecanismos nacionales de prevención sean de acceso pleno y celera, con prelación de la información que puedan necesitar para cumplir sus funciones, incluido el número de personas privadas de libertad, el número de lugares de detención y su localización, así como a información sobre el trato que reciben estas personas y sus condiciones de detención.

[133]

Es necesario también, la definición de «lugares de detención» y «detenidos» de manera clara y concisa a fin de tener acceso a estos, comisarías de policía, puestos y centros de detención del ejército y de otras fuerzas de seguridad, todos los centros de reclusión preventiva, prisiones preventivas, prisiones para personas condenadas, centros de trabajo de los presos fuera de las prisiones, hospitales o clínicas donde los presos reciben tratamiento, centros de rehabilitación y lugares similares para menores, centros para inmigrantes, zonas de tránsito en puertos internacionales, centros para solicitantes de asilo, refugiados o desplazados internos detenidos, instituciones psiquiátricas y lugares de detención administrativa serán objeto de observación y acción efectiva de los protocolos de DIH y DIDH.

Por último, consideramos necesario La legislación reguladora de la financiación debe incluir disposiciones por las cuales se conceda a los mecanismos nacionales de prevención la facultad de presentar por propia iniciativa informes –y, cuando sea oportuno, dirigirse personalmente– a los directores de lugares de detención, órganos legislativos, poder ejecutivo y otras instituciones políticas.

BIBLIOGRAFÍA

- ACNUDH (2002). Naciones unidas, informe de la alta comisionada de las naciones unidas para los derechos humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 28 de febrero de 2002, documento E/CN.4/2002/17, párr. 97.
- Becaria, Cesar (1994). De los delitos y de las penas. Ediciones ALTAYA. Barcelona.
- Camargo, Pedro Pablo (2004). Tratado de derecho internacional público. 3ª Edición. Bogotá: Ediciones Leyer.
- Camargo, Pedro Pablo (2004). MANUAL DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Bogotá.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-587 de 1992. MP. Ciro Angarita Barón.
- _____, Sentencia T-126 A de 1994.

[134]

- _____, Sentencia T-153 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- _____, T-596 de 1992. M.P.
- _____, T-705 de 1996. M.P.
- _____, T-153 de 1998. M.P.
- Corte Suprema De Justicia, sala de casación penal, sentencia 13310 del 28 de septiembre de 2001.
- De Asís Roig, Rafael (2000). Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder. Serie de derecho. Librería-Editorial Dykinson.
- Fundación Comité De Solidaridad Con Los Presos Políticos – FCSPP (2006). Informe Analítico sobre Situación Carcelaria 2004 – 2006: Prevenir Tortura. P. 4. Bogotá, Octubre.
- _____, (2004) Tortura en tiempos de “seguridad democrática”. II informe. Bogotá: Editorial Código Ltda.
- _____, (202). Informe exploratorio sobre tortura y tratos crueles e inhumanos, con énfasis en las personas privadas de la libertad en Colombia. Bogotá: Editorial Código Ltda.
- Fernández, Eusebio (1897). Teoría de la justicia y derechos humanos
- Fierro Méndez, Heliodoro (2004). Detención y libertad: fundamentos sustantivos y procesales. Bogotá,
- Foucault, Michel (1989). Vigilar y castigar. el nacimiento de la prisión. Siglo XXI Editores, México
- Gómez López, Jesús Orlando. Crímenes de lesa humanidad. Bogotá, 1998.
- González Martínez, María Nohemí. Vásquez De la Hoz, Francisco. Campo Ternera, Lilia. Miranda Medina, Carlos Federico. Silvera Sarmiento, Astelio. Agudelo Gómez, Carlos Julio. Parra Vega, José Ariel. (2014) estilos de enseñanza y docencia Universitaria. Universidad Sergio arboleda – Universidad Simón Bolívar. 378.125 E812 2014 cd 21 ed. Universidad Simón Bolívar
- MIDH – (2001). Informe: Centros De Reclusión En Colombia: Un Estado De Cosas Inconstitucional Y De Flagrante Violación De Derechos Humanos, Misión Internacional Derechos Humanos Y Situación Carcelaria, Federico Marcos Martínez (Costa Rica), Morris Tidball-Binz (Argentina) y Raquel Z. Yrigoyen Fajardo (Perú), Bogotá, D.C., Colombia, 31 de octubre.
- Morris, Norval (1978). El futuro de las prisiones: estudios sobre crimen y justicia. Nueva criminología y derecho. Cooley lectures, Thomas M. Editor Siglo XXI.
- Noel Rodríguez, María (2005). Mujeres madres en prisión en América Central. Edición ilustrada. Editor EUNED.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2003). Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional: Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional. Volumen I, II y III. 4ª edición actualizada. Bogotá.
- _____, (2004) Protección de los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad. 1ª edición. Bogotá: Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas.
- _____, (2002) Interpretación De Las Normas Internacionales Sobre Derechos Humanos. 1ª edición. Bogotá: Nuevas Ediciones.
- _____, (2003). Manual De Calificación de Conductas Violatorias: Derechos Humanos Y Derecho Internacional Humanitario. Volumen I. Bogotá: agosto.
- _____, (2001). Centros de reclusión en Colombia: un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de los derechos humanos. Informe de la misión internacional: Derechos Humanos y situación carcelaria. Desenrejar Boletín sobre situación carcelaria. Fundación comité de Solidaridad con los Presos Políticos, N° 16, Bogotá: editorial código Ltda .
- Pallares Bossa, Jorge Pallares (2004). Derecho internacional público. 2ª edición. Bogotá.
- Procuraduría Delegada en Materia de Prevención para Derechos Humanos y Asuntos Etnicos (2012). El sistema de prisiones colombiano opera bajo niveles de presión crecientes; los derechos humanos de las personas privadas de libertad en riesgo. Procuraduría General de la Nación – informes del procurador recuperado de <http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/descargas/publicaciones/hacinamientooficial.pdf>
- Ramelli A., Alejandro (2000). La constitución colombiana y el derecho internacional humanitario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Roth Deubel, Andre-Noel (2006). DISCURSO SIN COMPROMISO: LA POLITICA PÚBLICA DE DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA. Colombia: Ediciones Aurora.
- Silvera, Astelio (2013). Pedagogía dialógica en los procesos formativos del profesional del derecho. Investigador Maestría en Educación Sue Caribe (tesis).
- Terre De Hommes (2005). Implicaciones de la tortura psicológica en contextos de violencia política. Bogotá: Editorial Código Ltda., 2005.
- Victoria Ochoa, Diego Fernando (2001). Delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.