

Cuadernillo de Semillero de Derecho Internacional de  
**Derechos Humanos**





# Cuadernillo de Semillero de Derecho Internacional de Derechos Humanos

## **Derecho**

Coordinadora de Semillero de Derecho Internacional de Derechos Humanos.

ISSN 2346-2833

Hecho el depósito que la ley establece

## **Representante Legal**

Hernán Moreno Perez

## **Rector**

Juan Carlos Trujillo Barrera

## **Vicerrector de Investigación**

José Saúl Trujillo González

## **Vicerrector de Extensión y Comunicaciones**

Luis Fernando Ospina Vanegas

## **Vicerrector Académico**

Carlos Mario Ramirez Betancur

## **Decana**

Luz Elena Mira Olano

## **Comité Editorial Unisabaneta**

Luis Fernando Ospina Vanegas

Luz Elena Mira Olano

Carlos Mario Ramírez Betancur

José Saúl Trujillo González

**Fecha de edición:** septiembre de 2013

**Edición:** 1000 ejemplares (Distribución gratuita)

Diagramación e impresión

Editorial Artes y Letras S.A.S

e-mail: [artesyletras@une.net.co](mailto:artesyletras@une.net.co)

Teléfono: (57-4) 372 77 16

Itagüí, Colombia

Los artículos son responsabilidad moral de los autores y, por tanto, no comprometen ni legal, ni moralmente, a la Corporación Universitaria de Sabaneta, UNISABANETA.

# Contenido

<b>LA PERSPECTIVA COLECTIVA Y CULTURAL DE REPARACIÓN PARA LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.</b> <i>María Jimena Cadavid Martínez</i> .....	9
<b>EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y LA CATEGORÍA SOSPECHOSA: “ORIENTACIÓN SEXUAL”.</b> <i>Ana María Espinosa Pujol</i> .....	17
<b>ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE LOS CENTROS DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.</b> <i>Daniel Fernando Montoya H.</i> .....	22
<b>CONCEPTOS MECANIZADORES DEL DERECHO PENAL EN EL CONTEXTO DE LA PREVENCIÓN DEL DELITO EN COLOMBIA.</b> <i>Duvan Fernando Valencia García</i> .....	28
<b>¿ESCLAVOS EN EL SIGLO XXI?</b> <i>Juan Mario González A.</i> .....	34
<b>ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y LA SITUACIÓN DE LOS PRIVADOS DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA.</b> <i>Daniela Tabares Atehortúa. María Eugenia Osorio Présiga</i> .....	40
<b>LA TRANSFORMACIÓN DE LA CÁRCEL</b> <i>Integrantes Semillero</i> .....	48



# Presentación



La garantía y protección efectiva de los Derechos Humanos ostenta una posición preponderante en el mundo global, lo cual se presenta como un reto que exige la interacción constante entre los postulados internacionales, las instituciones estatales y los diferentes sectores de una sociedad democrática. Uno de esos ámbitos de acción es la formación en el “nuevo” Derecho, que encabezan las Instituciones de Educación Superior, quienes a su vez adquieren la responsabilidad de formar profesionales con la capacidad de intervenir acertadamente en el contexto nacional e internacional con el propósito de hacer realidad el respeto y garantía de los Derechos inalienables del ser humano.

Con solo tres años de existencia, el Semillero de Derecho Internacional de Derechos Humanos de Unisabaneta ha participado en un considerable número de actividades nacionales e internacionales, entre las cuales se destacan: eventos académicos que versan sobre el tema, intercambio de semilleros de investigación, concursos de Derechos Humanos, la creación de la Red de Facultades y Escuelas de Derecho por una Cultura de Derechos Humanos en Latino América, coordinada por la Universidad Veracruzana de México; la Red Nacional Universitaria de Derechos Humanos, DIH y sus Mecanismos de Protección; la conformación de la Clínica Jurídica de litigio Internacional con la Universidad veracruzana de México; la presentación de ponencias por parte de nuestros estudiantes e investigaciones sobre ejes problemáticos del contexto global.

La presente publicación es el resultado de un esfuerzo conjunto, que pretende abordar las dificultades y contradicciones que emergen al interior del Estado Colombiano en lo relativo a las personas privadas de la libertad, las comunidades indígenas, la comunidad LGBTI. El análisis se presenta a partir de los pronunciamientos de Tribunales nacionales e internacionales, propiamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros órganos de vigilancia de los tratados internacionales.

Con entera satisfacción logramos la conformación de este cuadernillo, con artículos elaborados concienzudamente por los estudiantes de Unisabaneta, los cuales reflejan la entrega e inmenso trabajo que han desarrollado los integrantes del semillero, bajo el abnegado compromiso de su coordinadora; del cual estamos seguros proporcionará una fuente de consulta de calidad, sobre temas de actualidad que aquejan el extenso y apasionante mundo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en concordancia con las obligaciones de respeto, garantía y adecuación en cabeza de los Estados.

Que esta publicación sea la puerta al intercambio dinámico de nuevas ideas y el desafío inspirador de otras personas para que continúen con el rumbo de innovación y producción científica que en este tiempo la realidad nacional y latinoamericana están demandando.

**Luz Elena Mira Olano**  
Decana Facultad de Derecho.



# Nota editorial

Los cambios que se han suscitado en el Derecho Internacional, conllevan a un nuevo planteamiento de doctrinas jurídicas y a una transformación progresiva del derecho interno de cada uno de los Estados democráticos, es gracias a esas mutaciones que el eje central del derecho fue irradiado por la dignidad Humana limitando la actuación estatal, dando un lugar preponderante al respeto, promoción y garantía de los Derechos Humanos. No obstante, el marco normativo internacional que resulta vinculante para Colombia, no siempre encuentra correspondencia con las disposiciones internas; enmendar tal contradicción requiere armonizar ambos cuerpos normativos en aras de evitar incurrir en una responsabilidad internacional como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones positivas y negativas que subyacen en los instrumentos internacionales.

Es de esta manera como las investigaciones llevadas a cabo al interior del semillero de Derecho Internacional de Derechos Humanos se han proyectado hacia la especificidad de algunos temas que suscitan la apropiación de los Derechos Humanos como ejes fundamentadores del desarrollo normativo y jurisprudencial. Es así, como en primera medida, se pretende abordar la situación problemática que atraviesan las personas que se encuentran privadas de la libertad, ello en correlación con el contexto factual que padecen las mismas, quienes claramente soportan terribles situaciones que configuran en muchos casos, la causación de severas infracciones a la normatividad vigente. La situación planteada es *per se* una grave violación a los Derechos Humanos, la cual se hace más gravosa por el hecho de recaer en una prohibición supranormativa, de infligir tratos crueles, inhumanos o degradantes, lo que implica la conculcación a los derechos connaturales del ser humano, los cuales se encuentran reconocidos en pluralidad de instrumentos internacionales ratificados por Colombia.

Ahora bien, la situación de las personas privadas de la libertad no es la única que se desarrollará en la presente revista, pues la actualidad de nuestro país hace emerger otros temas que resultan de importancia nacional. Es por ello, que también se plantearán algunas cuestiones referentes al principio de igualdad y prohibición de discriminación, haciendo hincapié en la situación jurídica que frente a tal derecho se presenta en un elemento poblacional históricamente vulnerado como lo es las personas pertenecientes a la población LGTBI.

Igualmente, debe destacar el desarrollo conceptual que se plantea respecto a los derechos y particularidades de los pueblos indígenas, resaltando no sólo la acción afirmativa que emerge de las obligaciones generales de los Estados, sino también la naturaleza propia de estas comunidades, resaltando frente a ello la normatividad internacional que versa al respecto; la cual incluso, ha sido, recurrentemente, objeto de pronunciamientos uniformes y garantistas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es así como se plantearán entre otros, la particularidad y la cosmovisión de las comunidades indígenas y la necesidad de establecer la consulta previa como mecanismo adecuado en la salvaguarda de los derechos de los miembros de la comunidad; para lo cual, se apelará a los elementos conceptuales y cognitivos que al respecto se han desarrollado en el seno de la comunidad internacional.

Por último se abordará un tema concerniente a la transformación de las cárceles, planteada como una propuesta innovadora que redundará en el beneficio del sistema carcelario colombiano.

**Luz Elena Mira Olano**  
Coordinadora del semillero de Derecho Internacional  
de los Derechos Humanos Unisabaneta.





# La perspectiva colectiva y cultural de reparación para los pueblos y comunidades indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos<sup>1</sup>

María Jimena Cadavid Martínez<sup>2</sup>

*Por trabajar nos matan, por vivir nos matan. No hay lugar para nosotros en el mundo del poder. Por luchar nos matarán, pero así nos haremos un mundo donde nos quepamos todos y todos nos vivamos sin muerte en la palabra. Nos quieren quitar la tierra para que ya no tenga suelo nuestro paso. Nos quieren quitar la historia para que en el olvido se muera nuestra palabra. No nos quieren indios. Muertos nos quieren. (Chiapas, 1996, citado en Rojas, 2008)*

## RESUMEN

La situación particular en materia de vulneración de derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas ha dado lugar, dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a la creación de instrumentos especiales de protección internacional y a medidas de reparación particulares. Esta protección especial tiene sustento tanto desde los sistemas universales de protección de derechos humanos como desde los sistemas regionales. De este modo, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>3</sup> como la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>4</sup>, en tanto órganos de Sistema Interamericano, han establecido una protección especial para los pueblos y comunidades indígenas. Especialmente, con respecto a las medidas de reparación, la Corte Interamericana ha instaurado una línea jurisprudencial particular que tiene en cuenta sus derechos y necesidades diferenciales, creando así una perspectiva colectiva y cultural de reparación para estas comunidades y pueblos indígenas que se diferencia cualitativa y cuantitativamente de las reparaciones individuales.

1. Investigación llevada a cabo dentro del Semillero de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de Unisabaneta. Bajo la coordinación de la Doctora Luz Elena Mira Olano
2. Estudiante del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta.
3. En adelante Comisión, Comisión Interamericana o CIDH
4. En adelante Corte, Corte Interamericana o COIDH.

**PALABRAS CLAVE:** Corte Interamericana de Derechos Humanos, reparación, comunidades y pueblos indígenas.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende realizar un análisis sobre la situación particular en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas que ha dado lugar no sólo a la creación de instrumentos especiales de protección internacional, sino también a medidas de reparación diferentes y particulares.

La investigación cobra importancia debido a que los pueblos y comunidades indígenas enfrentan hoy, a nivel continental, una grave problemática en materia de violación de derechos humanos que requiere urgentemente una solución política, jurídica y social intra-estatal. Sin embargo, muchos Estados americanos no han logrado dar cumplimiento a la obligación internacional de respeto, garantía y defensa de los derechos humanos de “(...) toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 1969, art. 1.1); obligación que incluye entonces la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

De hecho, varios de estos Estados no contienen dentro de su legislación interna derechos y libertades que tengan en cuenta la situación y circunstancias particulares de dichos pueblos y comunidades, y, otros cuantos, los contienen en normas como sus Constituciones pero carecen de recursos que garanticen su efectividad y goce real.

Frente a esta problemática surge la pregunta de ¿cuáles han sido las medidas tomadas por los organismos internacionales, más específicamente por la Corte Interamericana para proteger los derechos de estos grupos indígenas?

Han sido los organismos internacionales como la Comisión Americana, en tanto órgano que promueve “la observancia y la defensa de los derechos humanos” (Reglamento de la CIDH, noviembre de 2009. Artículo 1.1) y la Corte Interamericana, dando cumplimiento a su naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos quienes han tenido que asumir la protección

y defensa de los derechos de estos grupos marginados históricamente.

Atendiendo entonces al principio establecido en la Carta de la OEA, según el cual “Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo” (Carta de la OEA, artículo 3, literal l), tanto la Comisión, desde sus informes y relatorías, como la Corte Interamericana, desde su jurisprudencia, han asumido la protección y defensa de los derechos de las comunidades y pueblos indígenas a nivel continental.

El trabajo se divide en cuatro partes. En la primera, se presenta una visión general sobre la especial protección para estas comunidades desde instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. En segunda parte, se analiza el papel desempeñado por los órganos del Sistema Interamericano. Posteriormente, se estudia el derecho de reparación desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos para, luego, integrarlo y diferenciarlo de la perspectiva colectiva y cultural de reparación indígena dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Finalmente, se presentan las conclusiones.

### 1. La Especial Protección desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Como lo reconoce la ONU en su *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (2007), estos grupos, pueblos y comunidades han sido discriminados y maltratados históricamente:

*Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses (...)*

Discriminación que los ha hecho merecedores de especial protección desde el derecho internacional, permeando muchas de las instituciones y principios dentro de los Estados Constitucionales, Democráticos y de Derecho actuales.

Además, internacionalmente se ha reconocido que los pueblos indígenas en virtud de su cosmovisión, su cultura, sus costumbres, su religión, sus instituciones, etc., requieren de un tratamiento especial tanto a la hora de establecer mecanismos de protección y garantía de sus derechos, como cuando se trata de la obligación que

tiene el Estado de reparar por las vulneraciones que se hagan de tales derechos.

Así, desde mediados del Siglo XX surge una preocupación internacional por atender la problemática particular de los pueblos indígenas. Desde entonces y reconociendo las especiales necesidades de estos pueblos en materia de derechos humanos, el derecho internacional de los derechos humanos ha buscado establecer instrumentos que se adecuen a sus características propias. “Por ello la comunidad internacional estableció normas y mecanismos específicos para proteger y garantizar los derechos individuales y colectivos de los miembros de estos pueblos” (Oficina del Alto Comisionado de la ONU, 2002, p. 13).

De este modo, se ha desarrollado tanto una interpretación de los derechos y normas, como una jurisprudencia con una visión progresista y extensiva en materia de protección y garantía de los derechos de los indígenas, tanto desde su consideración individual como colectiva.

Dos puntos principales se han tenido en cuenta en los tratados internacionales de protección de los derechos de estos pueblos, los cuales surgen a partir del convenio 169 de la OIT (1989), a saber: la necesidad de garantizarles el goce de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el del resto de la población de los Estados (igualdad), y, el respeto, reconocimiento y protección de sus particularidades culturales, lingüísticas, religiosas, institucionales y de identidad de dichos pueblos indígenas y tribales (respeto y garantía de su diferencia).

La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU (2007) se basa también en el principio de igualdad de estos pueblos con respecto a los demás pueblos, reconociendo la necesidad de no discriminación y de protección de sus derechos especiales relacionados con temas culturales, religiosos, tradicionales, educativos, institucionales, etc. Se reconoce también el vínculo especial que estos pueblos tienen con la tierra y el medio ambiente, el cual debe ser protegido y respetado por los Estados.

Además de estos dos instrumentos, que se consideran básicos y pioneros en esta materia, existen tanto normas dispersas como tratados relativos a la no discriminación y garantía de los derechos de las minorías<sup>5</sup>,

estando entre estos últimos: La Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (1992), y La Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965).

## 2. La Comisión y la Corte Interamericana

La Comisión y la Corte Interamericanas, en tanto órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) consideran como un asunto de especial importancia la protección de los derechos de los indígenas (CIDH, 2006). De hecho, desde 1989 la OEA ha reconocido la pertinencia y apremio de instaurar un instrumento que dé respuesta a la problemática particular de los pueblos indígenas en América. Hasta el momento, el proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue aprobado por la Comisión y puesto a disposición de la Asamblea general de la OEA, la cual lo está sometiendo a los respectivos procesos de consideración y discusión.

Incluso desde 1972 la Comisión Interamericana ha establecido la necesidad de protección especial que requieren los pueblos indígenas. Con este propósito se crea en 1992 la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Además, a través de sus informes especiales y de sus informes individuales, la Comisión (2006)

*(...) ha expresado la necesidad de exigir una especial protección al derecho de los pueblos indígenas sobre sus territorios, porque su goce efectivo implica, no sólo la protección de una unidad económica, sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra.*

Por su parte, la COIDH ha elaborado una línea jurisprudencia en materia de derechos y reparación de los pueblos indígenas, en la que ha tenido en cuenta asuntos especiales relativos a estos pueblos como: la especial característica del derecho de propiedad de la tierra, sus derechos culturales, la necesidad de que existan recursos adecuados y efectivos para la protección y

5. Cfr. Arts. 7 y 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre, arts. 2, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 13 del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 30 Convención de los Derechos del Niño, art. 8 Convenio de la Diversidad Biológica.

garantía de sus derechos, y las especiales reparaciones a que da lugar su situación y particularidades<sup>6</sup>.

### 3. El derecho a la Reparación para la Corte Interamericana

De acuerdo con el art. 1.1 de la Convención Americana, los Estados parte tienen la obligación fundamental de respetar y garantizar del libre y pleno ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ella a toda persona que esté bajo su jurisdicción (Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, 1987, párr. 91). A esto se suma el deber de adaptar su derecho interno a las necesidades de una efectiva protección de los Derechos Humanos contenidos en la Convención, conforme con el artículo 2 del mismo instrumento.

Los Estados deben encaminar sus esfuerzos para que los derechos reconocidos en la Convención sean garantizados de manera efectiva, lo Estados deben también prevenir, investigar y sancionar toda violación de tales derechos. Entonces, todo Estado parte dentro de la Convención Americana debe garantizar que su estructura, sus órganos y entidades en sus actuaciones procuren porque las personas puedan ejercer plenamente sus derechos, sin ninguna discriminación. Deben, además, reprimir las violaciones a los derechos que se puedan cometer, ya sea por acción u omisión, y reparar a quienes se vean afectados por ellas (Barbosa, 2002); puesto que “todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado” (Caso la Última Tentación de Cristo vs. Chile, 2001, párr. 72, citado en Nash, 2009).

Así pues, una de las obligaciones internacionales de los Estados es la de reparar por las violaciones o vulneraciones de derechos humanos que se realicen dentro de su jurisdicción. Tal como se establece en el art. 63.1 de la Convención:

*Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuen-*

*cias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.*

Como lo expresa el mismo artículo citado, en principio se debe, si la vulneración no ha extinguido el derecho o si se trata de un derecho que aún pueda ser restituido, garantizar el goce del derecho o libertad vulnerado. En segundo término, si hubiere lugar, se deben reparar las consecuencias de la situación jurídica infringida y pagar la respectiva indemnización. Pero la Corte Interamericana ha determinado que existen varias medidas de reparación que no se agotan en la enunciación del art. 63.1. Así, una primera obligación en materia de reparación por parte del Estado consiste en el cese de la violación, pero si el derecho no puede ya ser restituido, corresponde al Estado indemnizar tanto material (daño emergente y lucro cesante) como inmaterialmente (daño moral) por el daño causado. Pero también la Corte ha reconocido como medidas de reparación: la sentencia misma, el reconocimiento expreso de la responsabilidad por parte del Estado, la garantía de no repetición y el deber de actuar en el ámbito interno para encontrar la verdad, juzgar y sancionar a los responsables (investigar, sancionar y reparar).

### 4. La perspectiva de reparación colectiva y cultural para los pueblos y comunidades indígenas

Cuando se trata de personas o grupos en estado de “debilidad manifiesta” (Constitución Política, 1991, art. 13) la obligación de garantía de los derechos humanos por parte del Estado debe ser reforzada. Por esto, debido a la vulnerabilidad en que se encuentran los pueblos indígenas en América, la Corte Interamericana ha establecido una línea jurisprudencia especial en materia de protección y reparación de los derechos vulnerados a estos pueblos y comunidades, la cual ha tenido en cuenta “los conceptos aportados por diversos instrumentos internacionales” (García, 2005, p. 1). Además,

*se ha planteado que los indígenas son titulares de un plus de derechos en tanto pueblo, que se han vinculado con la autonomía administrativa, autonomía jurídica, tierras sin título conforme al derecho nacional ordinario, titularidad para reclamar ante el sistema interamericano (Nash, 2003, p. 10).*

6. Esta jurisprudencia se inicia básicamente desde Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001. Aunque desde el Albotoe y otros (Surinam), Sentencia 4 de diciembre de 1991 ya la Corte había expresado consideraciones al respecto.

A los pueblos indígenas, tal como lo establece el art. 1.1 de la Convención Americana se les debe garantizar el goce y pleno ejercicio de sus derechos sin ninguna discriminación, es decir, de manera igualitaria en comparación con el resto de la población, pero también se les han reconocido derechos especiales que “se identifican con lo que Kymlicka denomina “derechos diferenciados en función del grupo” (Kymlicka, 1997, citado en Del Toro, 2008)

Ya la Corte interamericana se ha pronunciado en varias ocasiones, creando una jurisprudencia de interpretación progresiva y extensiva, sobre derechos de los pueblos indígenas en su consideración grupal-colectiva, tal como en: Caso Comunidad Mayagna (Awas) Tingni (2001) y Caso Yatama vs. Nicaragua (2005); Saramaka (2007) y Moiwana (2005) vs. Surinam; Comunidades Yakie Axa (2005), Sawhoyamaxa (2006), Xákmok Kásek (2010) vs. Paraguay. Precisamente desde el primero de estos, la Corte afirmó la particularidad y especiales características de los derechos de los pueblos indígenas, relacionándolos con el artículo 21 de la Convención (derecho a la propiedad), pero adaptándolo a las condiciones y necesidades específicas de estas poblaciones, las cuales tienen una visión comunitaria y colectiva de la propiedad. Como lo expresa en ellas la Corte, en los pueblos indígenas existe un vínculo estrecho y directo entre los derechos subjetivos individuales y los derechos colectivos.

Dentro de esas particularidades especiales de los derechos de los pueblos indígenas, la Corte resalta entonces la relación que existe entre ellos y la propiedad, que se manifiesta en el derecho a la tierra en tanto propiedad tradicional y ancestral, pero también como escenario de realización de su cultura y de ejercicio de sus derechos. De la tierra depende la sobrevivencia del pueblo no sólo en sentido material inmediato, sino también en sentido espiritual y futuro, puesto que sin sus territorios ancestrales, estas comunidades pueden perder su cultura, sus tradiciones y costumbres:

*Los derechos desde la perspectiva de las comunidades indígenas se dan realmente como un elemento inherente a la esencia humana, no como un conocimiento político construido por “otros”, sino como un “saber ancestral” que es compartido con las nuevas generaciones y define las relaciones sociales y con el territorio. (Estudiantes de Trabajo Social UN, 2008, citado en Rojas, 2008)*

Por lo tanto, el derecho a la tierra se constituye como uno de los puntos clave en las discusiones sobre reparaciones de los derechos vulnerados a los pueblos indígenas (Nash, 2004). Pero se trata de una concepción colectiva de la reparación. Como se establece en el caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010):

*En el presente caso no es posible considerar la reparación sólo desde la perspectiva individual, puesto que las reparaciones adquieren una especial dimensión por el carácter colectivo de los derechos inculcados por el Estado de Paraguay en perjuicio de la Comunidad y sus miembros. En el presente caso los afectados pertenecen a un grupo con identidad cultural propia, miembros de una comunidad indígena, donde el actuar del Estado, contrario al derecho internacional, ha afectado no sólo a las víctimas consideradas individualmente, sino a la propia existencia de la comunidad. Por tanto, la reparación debe comprender también la perspectiva colectiva y fundarse en la comprensión de los elementos socio-culturales característicos del pueblo Enxet-Lengua en general y de la Comunidad Xákmok Kásek en especial, comprendiendo su cosmovisión, espiritualidad y estructura social comunitaria. Este criterio fue tomado en cuenta en los casos de las Comunidades Indígenas Sawhoyamaxa y Yakye-Axa, en los cuales la Corte corroboró su jurisprudencia en cuanto a que los casos de pueblos indígenas tienen un componente colectivo<sup>7</sup>.*

De este modo, la Corte Interamericana integra dentro de las medidas de reparación –mencionadas supra– la perspectiva de reparación colectiva cuando se trata de pueblos o comunidades indígenas, ya que se consideró que “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (Comunidad Mayagna vs. Nicaragua, 2001). Pero, entonces este tipo de reparación no se relaciona sólo con la propiedad de la tierra, sino que integra otros elementos como los derechos culturales y procesales, a más de la necesidad de recursos efectivos de protección y garantía de los derechos especiales de estas comunidades y pueblos. De esto modo, el artículo 21, el derecho a la propiedad desde la perspectiva de reparación para los pueblos indígenas se entiende como comunitario o colectivo y con implicaciones culturales y procesales.

7. Subrayado y resaltado fuera del original

La Comisión también ha expresado en informes como el del Caso Dann (CIDH, 2002) “que el pleno y efectivo goce de derechos humanos exige considerar situaciones y experiencias históricas, culturales, sociales y económicas” propias de los pueblos indígenas y que no se agotan en las simples consideraciones iniciales de la misma Comisión y de la Corte frente a la no discriminación y derechos de minorías. Entonces la Comisión “Reconoce que los aspectos colectivos de los derechos de los indígenas: se realizan en todo o en parte a través de su garantía al grupo. En materia de territorio plantea que el sistema colectivo necesario para bienestar y supervivencia, para reproducción cultural y social del grupo” (Nash, 2003, p. 13).

## CONCLUSIONES

En consideración a estos asuntos, la Corte ha establecido una forma especial de reconocer los derechos de las comunidades desde *la perspectiva cultural indígena*. Así:

*(...) la jurisprudencia de la corte en materia de reparaciones abre la puerta para las consideraciones de los elementos culturales particulares de las comunidades indígenas a la hora de interpretar los derechos y libertades establecidas en la convención, en particular a la luz de la propia consideración de la corte en el sentido “de tener en cuenta determinados aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas en América para los efectos de la aplicación de la convención (Comunidad Mayagna vs. Nicaragua, 2001).*

Además, las indemnizaciones y reparaciones para las comunidades indígenas no se pueden aplicar tal como establece el derecho del Estado donde habitan, puesto que ellos se rigen por concepciones y normas diferentes, por lo que la Corte ha tenido en cuenta estos aspectos particulares.

Por estas razones, cuando se trata de reparaciones que responden a la vulneración de derechos en cabeza de pueblos o comunidades indígenas, las medidas ordenadas por la Corte Interamericana, aunque parten de la idea de reparación desarrollada por la corte para casos individuales (art. 63.1 y su jurisprudencia), son diferenciales cuando se trata de considerar las vulneraciones a los derechos “comunitarios o colectivos” de estos pueblos indígenas.

Así en el Caso Comunidad Mayagna Awás Tingni (2001), la Corte ordenó al Estado:

*a) adoptar un mecanismo efectivo de demarcación, delimitación y titulación de tierras, b) delimitar, demarcar y titular las tierras que correspondían a los miembros de la Comunidad, en un plazo máximo de 15 meses y que dicho proceso contara con su plena participación, y tomara en consideración el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de la Comunidad, y, c) que mientras no se hayan delimitado, demarcado y titulado las tierras de los miembros de la Comunidad, el Estado debía abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que sus propios agentes o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afectaran la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Awás Tingni.*

En las reparaciones judiciales del Caso Moiwana vs. Suriname (2005), la Corte estableció como obligaciones de reparación por la responsabilidad del Estado: un monto de indemnización que debía ser entregado a las víctimas y a sus familiares, la misma sentencia como forma de reparación, la obligación del Estado de investigar los hechos denunciados e identificar, juzgar y sancionar a los responsables, y de recuperar los restos de los miembros de la comunidad y entregarlos a los miembros sobrevivientes de la comunidad. Pero,

*También debía adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesaria para asegurar a los miembros de la comunidad Moiwana su derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales de los que fueron expulsados. La Corte estimó que el Estado debía además garantizar la seguridad de los miembros de la comunidad Moiwana que decidan regresar a la aldea, así como implementar un fondo de desarrollo comunitario que provea servicios sociales básicos a los miembros de la comunidad a su regreso. Se estableció también que el Estado tenía que realizar un acto de disculpa pública y reconocimiento de responsabilidad internacional y construir un monumento y colocarlo en un lugar público (Baltodano, 2007).*

Así pues, La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido una línea jurisprudencial especial en materia de reparación de los pueblos y comunidades indígenas, en la que ha tenido en cuenta los elementos socio-culturales y comunitario-colectivos que se integran a los derechos de dichos pueblos y comunidades. Todo esto, en razón a que varios de los Estados pertenecientes

al Sistema Interamericano han incumplido sus obligaciones fundamentales, por lo que ella (junto con la Comisión en tanto órganos del Sistema Interamericano), dentro de su naturaleza coadyuvante y subsidiaria ha tenido que asumir esta protección. Sentencias que también deben ser tomadas como referentes para los demás Estados partes. Como lo expresa el ex-juez Antonio Cançado Trindade (2005) en su voto razonado al caso de Yakye Axa, la Corte Interamericana ha tenido en cuenta que la sobrevivencia de la identidad cultural de estos pueblos o comunidades depende de que se le garanticen los derechos teniendo en cuenta sus particularidades, especialmente su relación con el derecho de propiedad de la tierra puesto que,

*El ser humano tiene necesidad espiritual de raíces. Los miembros de las comunidades tradicionales valoran particularmente sus tierras, que consideran que a ellos pertenece, así como, al revés, ellos “pertenecen” a sus tierras (Cançado Trindade, 2005).*

A lo cual agrega que, “la diversidad cultural debe ser defendida como un patrimonio común de la humanidad”.

## BIBLIOGRAFÍA

- Baltodano Estrada, C. (2007). *Lectura Psicosocial de las reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de violación al artículo 5 de la Convención Americana*. Trabajo Final de Graduación para optar por el Grado de Máster en Derechos Humanos. En: <http://www.uned.ac.cr/posgrados/documentos/TFGCarolinaBaltodano.pdf>
- Barbosa Delgado, F. (2002). *Litigio Interamericano*. Bogotá: Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.
- Carta de la Organización de Estados Americanos (1948).
- Cançado Trindade, A. (2005). Voto Razonado al Caso Yakye Axa vs. Paraguay.
- Caso Velásquez Rodríguez y otros vs. Honduras (1987), Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, Corte I.D.H., (Ser. C) No. 1 (1994). Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso Comunidad Mayagna (Awas) Tingni vs. Nicaragua (2001). Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso Yatama vs. Nicaragua (2005). Sentencia de Fondo Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso Saramaka vs. Surinam (2007). Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam (2005). Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso Comunidad Yakie Axa vs. Paraguay (2005). Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006). Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010). Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2002). INFORME N° 75/02 FONDO MARY Y CARRIE DANN ESTADOS UNIDOS.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2006). Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/default.asp>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009). Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969).
- Del Toro Puerta, M I. (2008). *Los aportes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la configuración del derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas*. Recuperado de [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Del\\_Toro\\_Spanish.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Del_Toro_Spanish.pdf)
- García Ramírez, S. (2005). *Los Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Material presentado en el Foro Académico Taller de estrategias y propuestas para la defensa y promoción de los derechos de los pueblos indígenas, Academia Mexicana de Derechos Humanos, 13 de septiembre de 2005. Recuperado en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2477/6.pdf>
- Naciones Unidas (2007). Declaración Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- López, A (2011). *Corte Interamericana de Derechos humanos y Pueblos Indígenas*. Artículo publicado el 20 de mayo de 2011 en: <http://amanecerindigena.blogspot.com/2011/05/corte-interamericana-de-derechos.html>
- Nash Rojas, C (2003). *Protección de los Derechos Humanos indígenas en el Sistema Interamericano*. Ponencia presentada Seminario “Derechos Indígenas: Tendencias Internacionales y realidad de los pueblos indígenas del norte de Chile”, Universidad Arturo Prat, Iquique-Chile, diciembre 2003.

Consulta realizada el 13 de noviembre de 2011, Recuperada en [http://www.cdh.uchile.cl/conferencias\\_charlas/Nash/SIDH\\_Indigenas\\_Anuario.pdf](http://www.cdh.uchile.cl/conferencias_charlas/Nash/SIDH_Indigenas_Anuario.pdf)

22. Nash Rojas, C. (2004). *Los Derechos Humanos de los Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Artículo publicado en *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*, J. Aylwin (editor), Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de la Frontera, Temuco – Chile, 2004, pp. 29-43. Recuperado en <http://www.cdh.uchile.cl/articulos/Nash/Ponencia%20UFRO-%20C.%20Nash.pdf>
23. Nash Rojas, C. (2009). *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Andros
- Impresores. Recuperado en: [http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/publicaciones/documentos/Reparaciones\\_CNR.pdf](http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/publicaciones/documentos/Reparaciones_CNR.pdf)
24. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2002). *Derechos de los Pueblos indígenas*. Recuperado en: <http://www.hchr.org.co/publicaciones/seriestematicas/Derechos%20Ind%ED-igenas.pdf>
25. OIT (1989). Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales.
26. Rojas, Julio (2008). *Sobre la Minga Indígena en Bogotá*. Artículo publicado el 13 de diciembre de 2008, Recuperado en: <http://antropologiayplanesdevidaindigenas.blogspot.com/2008/12/sobre-la-minga-indigena-en-bogota.html>



# El principio de igualdad y no discriminación y la categoría sospechosa: “orientación sexual”

Ana María Espinosa Pujol<sup>1</sup>

## RESUMEN

El derecho a la igualdad y no discriminación se constituye en uno de los pilares fundamentales de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Como Derecho inherente al ser humano, en donde su propia naturaleza implica *per se* el cumplimiento de simultáneas y complementarias obligaciones por parte de los Estados. Lo anterior entraña que los Estados no sólo deben respetar el mencionado derecho, sino que además deben tomar las medidas necesarias para promoverlo y garantizarlo, de tal suerte que los grupos poblacionales en situación de vulnerabilidad sean acogidos por la acción del Estado y sean sujetos de medidas que propendan por una verdadera igualdad.

**PALABRAS CLAVE:** Igualdad, *Ius Cogens*, Grupos Vulnerables, No Discriminación, categoría sospechosa.

## DESARROLLO

El “principio de igualdad y no discriminación” ha sido elevado a la categoría *ius cogens*, lo que implica que sea el soporte de los ordenamientos jurídicos y por supuesto de los Derechos Humanos<sup>2</sup>. Al abordar este principio, se debe tener presente la continua evolución del derecho internacional. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en Opinión Consultiva OC-16/99 sobre “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, que:

*El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). [...] Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.*

- 
1. Estudiante de derecho de la Corporación Universitaria de sabaneta, Unisabaneta. Integrante del Semillero de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Coordinado por la Doctora Luz Elena Mira Olano.
  2. Cfr. Corte IDH, Caso Yatama Vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de Junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr.184

Aunado a lo anterior, las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, han sido enfatizadas por este Honorable Tribunal al afirmar que al dar interpretación a un tratado no sólo se tomar en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (Artículo 31, Numeral 2º de la Convención de Viena), sino también, el sistema dentro del cual se inscribe (Artículo 31, Numeral 3 de dicha Convención). Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>3</sup> han señalado que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”<sup>4</sup>.

En este orden de ideas el Artículo 1.1 de la Convención Americana, como una norma de carácter general, cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, consagra la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Relacionado con el artículo 24 de la Convención Americana que establece: “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”<sup>5</sup>.

Concomitante con lo anterior, en Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, sobre la “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica”, relacionada con la naturalización solicitada por el Gobierno de Costa Rica, párr. 56, 57 y 58, El Honorable Tribunal interamericano aduce:

*“Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de*

*trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose “en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos” definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”<sup>6</sup>*

Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Concluyendo de que no habrá discriminación, si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

Es así como la Honorable Corte Interamericana en el Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, señaló que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el Artículo 1.1. Convencional enunciados como “otra condición social”, incluye la “orientación sexual”. Y deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas de la Convención<sup>7</sup>. Y en concordancia, determina que tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa

3. Cfr. Eur. Court H.R., Tyrer v. The United Kingdom, 5856/72, Judgment of 25 April 1978. Series A No.A26, párr.31.

4. Cfr. Corte IDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No 110, párr. 165; Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs Nicaragua, párr. 146; Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs Guatemala, párr. 193. Opinión Consultiva OC-16/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 16, párr. 114. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal

5. Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva Oc-4/84, del 19 de Enero de 1984, Propuesta de Modificación a la Constitución Política De Costa Rica, relacionada con la naturalización solicitada por el Gobierno de Costa Rica, párr.53-56.

6. Eur. Court H.R., Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” (merits) judgment of 23rd July 1968, pág. 34.

7. Cfr. CORTE IDH, Caso Atala Riffo y Niñas Vs Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Fondo, reparaciones y costas, párr.85-91.

y de mucho peso<sup>8</sup>, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio<sup>9</sup>. Es decir, que es el Estado quien debe demostrar de manera específica y concreta que el uso de la categoría “orientación sexual” no fue determinante, ni jugó un papel preponderante en esa decisión del tribunal nacional, tal y como lo determino el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Caso E.B. Vs Francia* y en la misma línea jurisprudencial en el *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*.

En Opiniones Consultivas 04, 17 y 18<sup>10</sup>, la Corte ha expresado que la igualdad de trato no prohíbe establecer diferencias, lo que ordena es que las diferencias tengan un fundamento objetivo y razonable.

Que sea objetivo y razonable, es decir, que la diferencia de trato persiga objetivos admisibles, legítimos y se funde en una diferencia relevante y esa diferencia de trato sea un medio adecuado y proporcionado para alcanzar ese propósito legítimo. El Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU), en el *Caso Manuel Wackenheim Vs Francia*, Comunicación No. 854/1999, concluye que no hay violación de la igualdad, porque a pesar de que la ley estableció una reglamentación diferenciada, esa es una distinción objetiva y razonable.

Según el jurista Rodrigo Uprimny, perito propuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, experto en el derecho a la igualdad y no discriminación, quien rindió dictamen sobre: i) los estándares internacionales de derechos humanos en materia de orientación sexual y su relación con los derechos a la igualdad, no discriminación y vida privada, y ii) el tratamiento que el derecho internacional ha dado a la orientación sexual como un criterio prohibido de distinción, así como un aspecto de la vida privada de las personas y la jurisprudencia relevante en el sistema universal, en otros sistemas regionales de derechos humanos y en el derecho comparado; señaló:

*“varios tribunales como la Corte Suprema de EEUU, la Corte Constitucional Colombiana y otras, han determinado que hay al menos cuatro elementos que determinan que algo se convierta en una categoría sospechosa: (a) Que sea un elemento que tenga que ver con un aspecto central de la identidad de una persona, (b) Que haya estado asociado en el pasado a prácticas discriminatorias y de subordinación, es decir es un elemento que usualmente se ha usado para discriminar, (c) Que esos grupos en general tengan escaso poder político para hacerse representar en los órganos políticos para a través de ellos corregir las discriminaciones y (c) Que usualmente no sea un criterio muy racional para distribuir cargas y beneficios en una sociedad. Y por eso las categorías se tornan sospechosas y el poder judicial tiene que ser más cuidadoso. Entonces la única forma en que uno puede razonablemente enfrentar un caso para ver si hay o no, una violación de la igualdad es haciendo algo parecido a un juicio de proporcionalidad. Y eso es lo que hacen de manera expresa o tácita todos los buenos tribunales constitucionales en el mundo y los tribunales de DH, aunque no mencionen la expresión de un test de razonabilidad, de proporcionalidad, de un juicio de igualdad, pero el eje siempre es el mismo”.*

En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto. Cada uno de estos expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir: (1) Idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo, (2) Necesidad, toda de medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto, (3) Proporcionalidad, la importancia de los objetivos perseguidos

8. *Cfr.* CORTE IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Fondo, reparaciones y costas, párr.124 *Cfr.* T.E.D.H., *Kerner Vs. Australia*, (No.40016/98), Sentencia del 24 de julio de 2003. Final, 24 de octubre de 2003, párr.37; *Caso Kozak Vs.Polonia*, (No.13102/02), Sentencia de 2 de marzo de 2010. Final 2 de junio de 2010, párr.92.

9 *Cfr.* CORTE IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Fondo, reparaciones y costas, párr.124; *Cfr.* T.E.D.H., *E.B. Vs. Francia*, (No.43546/02), Sentencia del 22 de enero 2008, párr.50.

10 Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de Agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párr.47. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos Condición Jurídica y Derechos de Los Migrantes Indocumentados, párr.89. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de Enero de 1984, Propuesta de Modificación a La Constitución Política de Costa Rica, párr.56.

por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general<sup>11</sup>.

El principio de idoneidad se orienta a verificar que la medida legislativa constituye un medio idóneo para contribuir al logro del fin que con ella se persigue<sup>12</sup>. Sentado el concepto de idoneidad, resulta pertinente aclarar un poco más la estructura argumentativa de este sub-principio. La base de esta estructura está constituida por la relación de causalidad positiva entre la medida del legislador y el fin que se propone. Esta causalidad positiva puede definirse de un modo correlativo y antagónico a la causalidad negativa del concepto de intervención en un derecho fundamental. De esta manera, la norma legal (N) guarda una relación de causalidad positiva con el fin inmediato (FI) que persigue, si conduce a un estado de cosas en que la realización de dicho fin (FI) se ve aumentada, en relación con el estado de cosas que existía antes de la norma legal (N). Por esta razón, si la norma legal (N) no existiera, no se produciría un aumento en la realización del fin inmediato (FI); dicho en sentido contrario, la expedición de la norma legal (N) probablemente determine un aumento en la realización de dicho fin (FI).

Esta proposición constituye la señal de identidad del carácter idóneo de toda intervención en un derecho fundamental. Si una norma legal (N) cumple sus condiciones, debe ser considerada como una medida idónea, porque, dado que la norma legal conduce a un aumento en la realización del fin inmediato (FI), y como quiera

que ese aumento está ordenado *prima facie* por causa de la adscripción del fin inmediato (FI) a un fin mediano legítimo (un principio constitucional), entonces también está ordenada *prima facie* la adopción de la norma legal (N). De esta forma queda claro que toda medida que tenga una relación de causalidad positiva con su fin inmediato, debe ser considerada idónea.

Una medida legislativa debe ser declarada constitucional por necesidad, solo cuando no aparezca de modo evidente, con fundamento en premisas empíricas, analíticas, normativas seguras, que no existe un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo para fomentar el fin inmediato, interviene con menor intensidad en el derecho fundamental.<sup>13</sup>

Es decir, no basta que la restricción sea útil para la obtención de ese fin, sino que debe ser necesaria al no poder alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo de un derecho protegido por la CADH<sup>14</sup>. En este sentido, “necesarias”, sin ser sinónimo de “indispensables” además de ser “útil”, implica la existencia de una necesidad social imperiosa<sup>15</sup>. *Prima facie*, el Estado destaca la imperiosa necesidad tanto de que el ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales<sup>16</sup>. Al examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas<sup>17</sup>.

En este último paso del análisis, se considera que existe estricta proporcionalidad en la restricción adoptada si el sacrificio inherente a aquélla no resulta exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación<sup>18</sup>. La importancia de la intervención en

11. BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 2ª. Edición. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2005.
12. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. El juicio de Ponderación Constitucional. Carbonell. España. Universidad de Castilla - La Mancha; 2008, p. 110. ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte. 3ª ed. Frankfurt a. M.. Suhrkamp. 1996. pág. 114 y ss. BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 2ª. Edición. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2005, p. 571.
13. Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Segunda Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2005. Pág.759.
14. Cfr. Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs Paraguay. op. cit., pr. 104.; Caso López Álvarez vs. Honduras. op. cit. Párr. 165.; Caso Palamara Iribarne vs. Chile. op. cit., pr. 85. TEDH. Case of The Sunday Times vs. United Kingdom. Judgment of 26 April 1979. pr. 59. Case of Barthold vs. Germany. Judgment of 25 March 1985. pr.
15. Cfr. Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs Paraguay. op. cit., pr. 104.; Caso López Álvarez vs. Honduras. op. cit., pr. 165.; Caso Palamara Iribarne vs. Chile. op. cit., pr. 85. TEDH. Case of The Sunday Times vs. United Kingdom. Judgment of 26 April 1979. Párr. 59. Case of Barthold vs. Germany. Judgment of 25 March 1985. Párr. 59. CLÉRICO, Laura. Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, pp. 26.
17. Cfr. Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiguez vs. Ecuador. op. cit., pr. 93; Caso Kimel vs. Argentina. op. cit., pr. 74.
18. Cfr. Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiguez vs. Ecuador. op. cit., pr. 93.; Caso Kimel vs. Argentina. op. cit., pr. 83.; Caso Yvon Neptune vs. Haití. op. cit., pr. 98.; Caso “Instituto de Reeduación del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. párr. 228.

el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa<sup>19</sup>.

Las normas internacionales reconocen que la familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad y que la misma es merecedora de la protección por parte de la sociedad y del Estado. No obstante no preceptúan que debe entenderse como “familia”. Sin perjuicio de lo anterior, el Comité de Derechos Humanos, arguye que “el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto<sup>20</sup>. En este sentido bien puede ocurrir que exista al interior del Estado divergencias entre el concepto legal de familia y la realidad sociológica<sup>21</sup>. En todo caso debemos advertir que la familia es un hecho reconocido y regulado por el derecho, más no creado por las normas positivas. De hecho esta cuestión ha tenido la oportunidad de ser analizada tangencialmente por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en el caso Aloeboetoe, en ocasión de la decisión acerca de quienes debían tenerse como beneficiarios de las reparaciones, donde la Corte utilizó un criterio de sociología jurídica: “se tomó en cuenta el derecho consuetudinario de la tribu Saramaka y no el régimen legal positivo del Estado; para ello se consideró que aquel era el orden legal con vigencia efectiva en materia de familia<sup>22</sup>.”

Respecto al *Test de Igualdad*, el Fin Legislativo (FI) es un principio constitucional que tiene el mandato de optimización como lo es la “Protección de la Familia” y la norma legal es la regulación de la “Unión de Hecho, entre parejas del mismo sexo” (N). El principio de

idoneidad se orienta a verificar que la medida legislativa constituye un medio idóneo para contribuir al logro del fin que con ella se persigue. De esta manera, la norma legal “Unión de Hecho, entre parejas del mismo sexo” (N) guarda una relación de causalidad positiva con el fin inmediato “Protección de la Familia” (FI) que persigue, si conduce a un estado de cosas en que la realización de dicho fin “Protección de la Familia” (FI) se ve aumentada, en relación con el estado de cosas que existía antes de la norma legal “Unión de Hecho, entre parejas del mismo sexo” (N). Por esta razón, si la “Unión de Hecho, entre parejas del mismo sexo” (N) no existiera, no se produciría un aumento en la realización de la “Protección de la Familia” (FI); dicho en sentido contrario, la expedición de la “Unión de Hecho, entre parejas del mismo sexo” (N) probablemente determine un aumento en la “Protección de la Familia” (FI). Por lo tanto la norma legal es idónea.

De contera, se puede decir que la actualidad política, económica y jurídica de los Estados interamericanos hace pensar en constantes situaciones de discriminación y desviación del Derecho a la Igualdad como Derecho fundante de la vida colectiva. Esta inequidad y falta de educación social sobre la evolución y cambiar de los tiempos ha relegado al ser humano, lo que exige el cumplimiento de los postulados consagrados en los instrumentos internacionales, en esta lucha es ineluctable ponderar el marco axiológico que subyace en la Convención americana sobre derechos Humanos, para que de esta manera se anteponga a las situaciones donde se presenten una categoría sospechosa de discriminación por la orientación sexual de un integrante de la sociedad<sup>23</sup>.

- 
19. *Cfr.* BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Segunda Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2005. Pág.759.
  20. *Cfr.* CDH, Observación General No.19, “Artículo 23, La Familia”, 39º Periodo de Sesiones, 1990, párr.2.
  21. *Cfr.* BELLUSCIO, Augusto César, “Manual de Derecho de Familia”, 6ta. Edición, Ed. Depalma, Bs. As, 1998, pag.3-15.
  22. *Cfr.* CORTE IDH, Caso Aloeboetoe y Otros, Sentencia del 10 de septiembre de 1993, Serie C, No.15, párr.58.
  23. Tomo II. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá 2012.

# Estándares internacionales de los centros de privación de la libertad

Daniel Fernando Montoya H.<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN

El siguiente artículo tiene como propósito analizar la situación de los privados de la libertad, todo ello desde una perspectiva del Derecho Internacional, con un enfoque especializado según criterios propios del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; de esta manera se consolidara de manera especial una reflexión al Sistema Penitenciario Colombiano, que ofrece unos puntos álgidos, que merecen un análisis especial según los criterios que ofrece el Derecho Internacional.

Para abordar el tema de manera correcta se realiza un breve recuento de la protección que brinda a la población carcelaria, instrumentos pertenecientes tanto al Sistema Universal (ONU), como al Sistema Regional (SIDH), esto con el fin de entablar el vigor una gran variedad de los actos internacionales que protegen a las personas privadas de la Libertad. Es así como la función crítica y orientadora se fundamentara según los estándares internacionales que deben servir como guía al sistema carcelario de cada ordenamiento jurídico, y en especial, del colombiano.

**PALABRAS CLAVE:** Sistema Penitenciario, Resocialización, Estándares Internacionales, Sistema Universal, Sistema Regional, *Ius Cogens*.

## DESARROLLO

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos siempre ha propugnado por brindar una verdadera garantía a los privados de la libertad, toda vez comprende que la crítica situación de estas personas, merece un tratamiento especial, para así cumplir con los derechos que demanda la población carcelaria en general.

En atención a lo argumentado la comunidad internacional, representada por ejemplo en el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente<sup>2</sup> (LANUD) o mediante la misma Comisión interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de la Libertad<sup>3</sup>, o el Informe de los Derechos de las Personas

- 
1. Estudiante de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta. Integrante del Semillero de Derecho Internacional de Derechos Humanos, bajo la Coordinación de la Dra. Luz Elena Mira O.
  2. LANUD. Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente. Informe, Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe.2009. págs.28 - 31
  3. Visitas relatoría en del 2004 al 2011 en quince diferentes países del continente americano. Temática: Supervisión de la situación de los privados de la libertad. <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/default.asp>.

Privadas de la libertad en la Américas<sup>4</sup> ha entendido que los problemas más frecuentes que se manifiestan en los centros penitenciarios son:

- a) El hacinamiento y la sobrepoblación;
- b) Las deficientes condiciones de reclusión, tanto físicas, como relativas a la falta de provisión de servicios básicos;
- c) Los altos índices de violencia carcelaria y la falta de control efectivo de las autoridades;
- d) el empleo de la tortura con fines de investigación criminal;
- e) El uso excesivo de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad en los centros penales;
- f) El uso excesivo de la detención preventiva;
- g) La ausencia de medidas efectivas para la protección de grupos vulnerables;
- h) La falta de programas laborales y educativos, y la ausencia de transparencia en los mecanismos de acceso a estos programas; y
- i) La corrupción y la falta de transparencia en la gestión penitenciaria.

Luego de la recopilación de los más graves problemas que afecta a todos los ciudadanos privados de la libertad, es procedente recordar las obligaciones internacionales a las que los Estados están sujetos toda vez que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos manifiesta que los tratados internacionales de derechos humanos se inspiran en valores comunes superiores, centrados en la protección del ser humano; se aplican con la noción de garantía colectiva; consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo; y cuentan con mecanismos de supervisión específicos<sup>5</sup>. Además al ratificar los tratados

de Derechos Humanos, los Estados se comprometen a interpretar y aplicar sus disposiciones de modo que las garantías que aquellos establecen sean verdaderamente prácticas eficaces<sup>6</sup>. Todo aquello acompañado de la ya reconocida interpretación evolutiva que demanda en la actualidad el Derecho.

Tal reseña sobre la interpretación y aplicación que se debe efectuar a los tratados internacionales es simplemente para sublevar la labor de diferentes tratados internacionales que los Estados deben respetar, y crear así una garantía para quienes se encuentran privados de su libertad bajo el yugo del Estado; así las cosas el “*corpus iuris internacional*” establece instrumentos que guían al Estado en lo concerniente al tratamiento que se debe dar a la población carcelaria; los más importantes de ellos son: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas.

Aunado a lo anterior y mencionando solo una mínima parte de un numeroso grupo de instrumentos que protege a la población carcelaria, en particular es pertinente reseñar “Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”<sup>7</sup>, Reglas que ya han sido analizadas en el marco del Derecho Internacional por la Honorable Corte. IDH que justifico en el Caso Raxcacó Reyes Vs Guatemala que Numerosas decisiones de organismos internacionales invocan las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos, a fin de interpretar el contenido del derecho de los presos a un trato digno y humano; aquéllas prescriben las normas básicas respecto al alojamiento, higiene, tratamiento médico y ejercicio de los reos privados de la libertad<sup>8</sup> Por lo que la

4 CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas. Pág. 1. Diciembre 31 de 2011.

5 Corte I.D.H., OC-19/2005, Control del legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41 y 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). 28 de Noviembre de 2005. Serie A No. 19, párr. 21

6 Corte I.D.H., Caso Baena Ricardo y otros Vs Panamá. Sentencia del 28 de Noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 66; Corte I.D.H., Caso Ivcher Bronstein Vs Perú. Sentencia del 24 de Septiembre de 1999. Serie C No 54, párr. 37. Caso Tribunal Constitucional Vs Perú. Sentencia del 24 de Septiembre de 1999. Serie C No 55, párr. 36

7 Cfr. Reglas Mínimas de las Naciones para el Tratamiento de Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXVII) de 13 de mayo de 197

8 Corte.I.D.H., Caso Raxcacó Reyes Vs Guatemala. Sentencia del 15 de Septiembre de 2005. Serie C No133, párr.99.

Corte Interamericana, al analizar tal mandato, dictaminó que es Estado Guatemalteco durante la detención del señor Raxcacó Reyes no cumplió con los Estándares Internacionales que emanan de dicho Instrumento.

Extrapolando esta situación al ordenamiento Jurídico interno colombiano se caracteriza un alejamiento a la dignidad penitenciaria que persigue el derecho internacional, puesto que según el INPEC: “Las cárceles del país tienen una sobrepoblación de 25.182 internos”. La magnitud de esta cifra no es más alarmante que la extensa cantidad de denuncias que llegan a la “Comisión Transitoria de Verificación para las denuncias sobre irregularidades”, denuncias que ha decir verdad no hacen mella en el aparato jurisdiccional, pues lo privados de la libertad no solo se condena a vivir aislados de la sociedad, sino también a vivir en condiciones indignas, donde la integridad personal pasa a un segundo plano. Situación que lógicamente ubica a Colombia en la mira de diferentes asociaciones protectoras de los Derechos Humanos Y todo el ordenamiento Internacional en general.

Es por lo anterior que de manera indubitable se puede afirmar que evidentemente, muchos de los Estados Latinoamericanos, y para el caso concreto Colombia, deben de manera detenida estudiar si se está cumpliendo con las Reglas Mínimas de las Naciones para el Tratamiento de Reclusos<sup>9</sup>, esto en lo relativo a los deberes que se instan en cuanto al registro que se debe hacer a cada uno de los detenidos; la separación de los mismos en categorías que permitan una buena convivencia dentro del penal; los locales destinados a los reclusos, que se refleja en celdas dignas, con los servicios públicos esenciales y en ausencia de hacinamiento; condiciones de Higiene personal aceptables; Ropas y cama que dignifiquen la vida del recluso; una alimentación que permita un desarrollo físico; ejercicios que contribuyan a la salud y esparcimiento de la persona; registros médicos, regulación disciplinaria y sancionatoria limitada y acorde con los Derechos Humanos; Información y derecho de queja de los reclusos, Contacto con el mundo exterior que facilite interacción familiar, acceso a una biblioteca, entre otras serie de garantías que se deben tener en cuenta para que la

persona detenida, cumpla su pena en un ambiente de dignidad, rehabilitación y reconciliación con la sociedad misma.

Lo establecido en líneas anteriores simplemente se debe aplicar según principios de humanidad, en los cuales el ser humano, sin importar el motivo de la privación de la libertad lleva inmersa una dignidad, que bajo ningún argumento debe ser confinada.

En la misma línea de lo planteado y más allá de la grave situación penitenciaria que se presenta en Latinoamérica y concretamente en Colombia, es imprescindible analizar como la mentada problemática, impide que se cumpla con el objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en lo relativo a toda la comunidad carcelaria, que es “la Reforma y readaptación social de los condenados”<sup>10</sup> presupuesto que también afirma el artículo 10,3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues las cárceles se han convertido en la cuna de la criminalización, la extensión del vandalismo y centro de operaciones delictivas, todo ello porque el Estado abandona su posición de garante y se desliga de las obligaciones internacionalmente contraídas, que se expresan mediante la Observación General No. 21, del Comité de Derechos Humanos, al explicar que “ningún sistema penitenciario debe estar orientado solamente al castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso” readaptación que se confunde en un mundo de crímenes y necesidades.

En el mismo sentido de lo anterior y recordando que las personas privadas de la libertad de acuerdo con el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que impone especiales deberes al Estado.<sup>11</sup> Es conveniente reflexionar sobre la ya mencionada posición de garante del Estado, que según la CIDH<sup>12</sup>, se manifiesta en:

- a) Asegurar un control judicial pronto y efectivo de la detención, como garantía fundamental de los derechos a la vida e integridad personal de los detenidos;
- b) El deber de mantener registros completos, organizados y confiables del ingreso de personas a los

9 Corte I.D.H., Caso Baena Ricardo y otros Vs Panamá. Supra nota 6.

10. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 5.3 Derecho a la Integridad Personal Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

11. Observación General N°21. Artículo 10 - Trato humano de las personas privadas de libertad. Numeral 5.

12. CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas. Pág. 6. Diciembre 31 de 2011.



centros de privación de libertad, y el deber de realizar un examen médico inicial de los detenidos en el que se determine la existencia de violencia, o enfermedades transferibles que ameriten un tratamiento específico.

- c) La necesidad de contar con personal penitenciario idóneo, capacitado y que ejerza sus funciones en condiciones adecuadas y se diferencie institucionalmente del ejército o la policía, para así evitar posibles vulneraciones a los derechos humanos.

Concomitante a lo anterior, se evidencia la posición de garante del Estado desde el artículo 1,1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde se visualizan las obligaciones generales de respeto y garantía, que sin discriminación se le deben brindar a todas las personas a las cuales el Estado priva de su libertad.

Así mismo, el Tribunal Interamericano, de su par Europeo (Corte Europea de Derechos Humanos) ha tomado criterios fundamentales, para estudiar de mejor manera el tema *sub examine*, así en su jurisprudencia constante la Corte IDH ha sostenido que “toda persona privada de la libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su Dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos.”<sup>13</sup> De dicho presupuesto, claramente se vislumbra la obligación de Estado de proteger de la mejor manera posible a todos los ciudadanos que bajo su poder, estén privados de la libertad.

Prosiguiendo con la vertiente adoptada y más allá de los estándares que el Estado debe cumplir en lo que concierne al sistema penitenciario, es importante mencionar la obligación de los Estados de adoptar medidas que remedien la problemática penitenciaria, tal y como lo demanda la costumbre internacional, que se especifica, para los Estados parte de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos como Colombia en el artículo 2”<sup>14</sup> del mismo Instrumento.

Es de esta manera como cada Estado debe de manera concreta adoptar políticas públicas encaminadas a hacer efectivas todas las garantías que se deben ofrecer a los reclusos, *contrario sensu*, el Estado además de incumplir con las obligaciones que internacionalmente contrae, vulnera los derechos de personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad manifiesta, actuar, que es un agravio mismo a un Estado Social de Derecho moderno.

Es así como se refleja la inminente necesidad de una reestructuración jurídica y administrativa que lógicamente conlleve a la implementación de políticas para el mejoramiento del sistema penitenciario colombiano, pues sobra mencionar los graves problemas que este presenta y lo alejan fundamentalmente del criterio internacional; de no consolidarse este cambio, Colombia sería objeto de intervención por parte de organismo Internacionales, y su reconocimiento Internacional, se vería gravemente afectado. Puesto que claramente el Tribunal Interamericano exige a los Estados una actitud de respeto congruente con las obligaciones internacionalmente contraídas, así dicha Corte ha dictaminado que:

“El Estado debe Asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar”<sup>15</sup>(subrayado por fuera del texto)

Continuando con la argumentación del tema objeto de estudio, se hace completamente necesario analizar de manera concreta dos derechos que a la luz de la Doctrina Internacional se ven inconcusamente amenazados, por aquellos centros penitenciarios que se alejan de los estándares Internacionales; estos son el derecho a la vida

13 Corte.I.D.H., Caso Neira Alegría y otros Vs Perú. Sentencia del 19 de Enero de 1995. Serie C No. 20, párr.60. Corte.I.D.H., Asunto relativo a medidas provisionales de la cárcel Urso Branco, Brasil, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 18 de Junio de 2002, Considerando 8

14 Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno:  
Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

15 Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducación del Menos VS. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 1122, párr. 153.

y el derecho a la integridad personal. Teniendo en cuenta la pluriofensividad de tal acto que claramente puede desencadenar la violación a otros derechos, entendiéndose también que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se ha establecido, que ninguna actividad del Estado, debe ir en desprecio de la dignidad Humana.

## DERECHO A LA VIDA

En su reiterada jurisprudencia, la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que “el derecho a la vida juega un papel fundamental en la Convención Americana, por ser el presupuesto esencial para la realización de los demás derechos.”<sup>16</sup> Claramente este derecho es un prerrequisito para el goce de los demás derechos, razón por la cual se exige su imperativo cumplimiento y respeto por parte del Estado, de igual manera, es extensa la garantía en cuanto a la protección de este derecho que brinda el derecho Internacional.

Así las y como se estableció anteriormente la población carcelaria se encuentra inmersa en una situación de vulnerabilidad, lo que requiere que el aparato estatal en general sea más cuidadoso en su trato, máxime cuando las cifras reflejan una carencia total de garantías que protejan de manera certera la vida de los reclusos; la perfecta evidencia a esta situación es que por ejemplo en Colombia entre los años 2005 y 2009, hayan muerto por motivos de violencia interna 113 penados<sup>17</sup>, problemática, que no es más alarmante que los números extraoficiales que demuestran como los privados de la libertad viven en condiciones infrahumanas, que se convierten en una constante amenaza en contra de su vida.

Concordante con lo dicho, la posición especial de garante del Estado, lo obliga a prevenir todo tipo de acciones que signifiquen un riesgo para la persona que ha privado de la libertad, en igual medida, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que “en los casos de muerte ocurridas en custodia del Estado, incluso en los casos de muerte natural o suicidio, este tiene el deber de iniciar de oficio y sin dilación, una

investigación seria, imparcial y efectiva, que se desarrolle en un plazo razonable y que no sea emprendida como una simple formalidad”<sup>18</sup>. Este presupuesto, demuestra notablemente el alcance de las obligaciones del Estado en cuanto a las personas que custodia, pues sobre este recae una responsabilidad que se traduce en un actuar diligente y en línea con los Derechos Humanos.

Con lo dicho anteriormente, se tiene que el derecho a la vida para los penados por el Estado, más que cumplir con unos estándares fundamentales claramente establecidos, se debe fomentar como una constante lucha, para que la adversidad y el conflicto penitenciario, no acaben con la vida de los reclusos; tal situación solo podría ser remediada con políticas clara, encaminadas a efectivizar los Derechos Humanos, todo esto, teniendo en cuenta los principales conflictos que causan algún impedimento, como los son las muertes producto de violencia carcelaria, las muertes producto de la falta de prevención y reacción eficaz de las autoridades, las muertes perpetradas por agentes del Estado, los suicidios, o todas aquellas acciones que imposibiliten la materialización o planeación de un proyecto de vida, o hagan indigna la vida de una persona.

## DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

Históricamente se ha evidenciado como el derecho a la integridad personal, termina siendo la utopía de los privados de la libertad, esto porque la situación de indefensión misma fácilmente materializa daños en detrimento del recluso; frente a esta situación la Convención Americana, ofrece una guía clara, toda vez no solo establece su inderogabilidad en caso de guerra, de peligro público o de otras emergencias que amenacen la independencia o seguridad del Estado (artículo 27); si no que no se dispone excepción alguna a su aplicación, más concretamente, la Corte Interamericana ha justificado que “se prohíbe de manera absoluta todas las formas de tortura, tal prohibición se encuentra en el dominio de los *ius cogens*”<sup>19</sup>.

16 CorIDH. Caso Castillo González y otros Vs. Venezuela. Fondo. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Serie C No. 256, párr. 122Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144, y Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 48.

17 CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas. Pág. 6. Diciembre 31 de 2011.

18 CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, Cap. VI, párrs 907, 909, 912; CIDH, Informe

19 Corte I.D.H., Caso Cantoral Benavides Vs Perú. Sentencia del 18 de Septiembre de 2000. Serie C No.69, párrs. 102 y 103. Corte I.D.H., Caso Maritza Urrutia Vs Guatemala. Sentencia del 27 Noviembre de 2003. Serie C No.103, párr. 92. Corte I.D.H., Caso Bueno Alves Vs Argentina. Sentencia del 11 de Mayo de 2007. Serie C No.164, párr. 77

Prosiguiendo con el planteamiento bajo análisis, es menester del personal encargado de la custodia de los reclusos, tratar en condiciones propias a la integridad personal a cada penado, partiendo de tal premisa se deben tener en cuenta una serie de dificultades que se han revelado en el Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas<sup>20</sup>, realizado por la CIDH, entre los desafíos relativos a este derecho, la Comisión menciona:

- a) la práctica de la tortura con fines de investigación;
- b) el régimen disciplinario (límites);
- c) procedimiento de las requisas;
- d) Condiciones de reclusión, que a su vez enmarca hacinamiento, higiene y vestido, alimentación y agua potable; y
- e) Traslado y transporte de los reclusos.

Aunado a lo anterior, reviste magna importancia mencionar el cuidado por parte de la comunidad internacional y para el caso concreto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de las garantías que se debe tener en cuanto a la atención médica que se debe brindar a los reclusos y de la manera propicia en la que

se deben efectuar las relaciones familiares; ello desde la perspectiva de las condiciones de privacidad, higiene y seguridad; del trato que se debe dar a los familiares según el derecho de la dignidad y las condiciones que se deben tener en cuenta al momento de fomentar traslados a lugares distantes.<sup>21</sup>

En conclusión, la situación que atraviesan las personas que viven bajo la custodia del Estado es “*per se*” crítica, pero igualmente se encuentra en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, una guía que enmarca al Estado en una serie de estándares que se deben hacer efectivos para que toda esta población encuentre un medio de vida en medio de la privación de la libertad, esto según los presupuestos que emanan de la dignidad humana, en el mismo sentido, el extenso contenido de los instrumentos internacionales que protege a la población carcelaria, también supone la idónea incorporación del derecho subjetivo de cada recluso de exigir al Estado la protección que su realidad “especial” requiere. Todo lo anterior, análogamente debe ir acompañado por un Estado comprometido por brindar una eficaz garantía, para tal objeto se requiere la incorporación de políticas especiales de protección, esto según los criterios de interpretación evolutiva aplicables, que permitan la vivencia de un bienestar social y penitenciario.

---

20 CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas. Diciembre 31 de 2011. Pág. 136 - 180

21 CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas. Diciembre 31 de 2011. Pág. 198 – 223.

# Conceptos mecanizadores del derecho penal en el contexto de la prevención del delito en Colombia

Duvan Fernando Valencia García<sup>1</sup>

*“La finalidad del castigo es asegurar que el culpable no reincidirá en el delito y lograr que los demás se abstengan de cometerlo”.*  
Cesare Beccaria

## RESUMEN

El presente artículo pretende brindar una aproximación crítica a algunos conceptos jurídico-penales, que tienen implicación con la aplicación teórico-práctica de la prevención del delito, de modo muy particular, en el contexto colombiano. Se empezará por dar una definición de cada uno de estos conceptos, para luego entrar a analizar la forma como son abordados desde el derecho penal colombiano como política de Estado y su relación con la prevención del delito.

**PALABRAS CLAVE:** Política criminal, control social, conducta desviada, eficientismo penal, prevención del delito.

## DESARROLLO

Históricamente el sistema jurídico-penal colombiano ha estado influenciado por una política criminal en donde la prevención del delito se resume a la función sancionatoria de la pena. Es por esto, que pareciera que en nuestro Estado la única forma de control social que funciona es el aumento de las penas. Esto denota que en Colombia falta un estudio serio sobre lo que es la política criminal y por ende la prevención del delito.

Colombia presenta una contradicción en sus funciones, por lado es un Estado que desde su constitución se presenta como garantista de derechos, y por el otro toda su política criminal deja ver un modelo totalitario y cerrado, toda vez, que presenta una injerencia de los órganos del Estado en el pensamiento que tiene la sociedad sobre el delito y el delincuente.

---

1. Estudiante de derecho de la corporación universitaria de Sabaneta-Unisabaneta. Perteneciente al Semillero de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Bajo la dirección de la Dra. Luz Elena Mira Olano.

La política criminal hace parte, sin duda, del control social que el Estado debe ejercer sobre los comportamientos de sus habitantes y así determinar de cierta manera el grado de aceptación de dicho comportamiento. Esto pone de manifiesto la necesidad de analizar los conceptos de política criminal, control social, así mismo aquellas conductas que pueden ser catalogadas como desviadas y dignas de reacción social, de modo que nos lleve a concluir finalmente cual es el objeto de la prevención del delito en Colombia.

## 1. LA POLÍTICA CRIMINAL

Dentro del derecho penal, podríamos encontrar múltiples definiciones para lo que es la política criminal, sin embargo podríamos definirla como: *“el conjunto de medidas de las que se vale el Estado para enfrentar la criminalidad (delito-delincuente) y la criminalización (pena y función re-socializadora); especialmente en su prevención, represión y control; teniendo en cuenta que la política criminal puede ser vista como acto de control social y solución de conflictos, dirigida hacia las acciones humanas consideradas violentas o nocivas las cuales entorpecen el desarrollo armónico de una sociedad en un país determinado”*<sup>2</sup>.

En otras palabras la política criminal no es otra cosa que los mecanismos que utiliza el Estado para prevenir y sancionar el crimen. Es lógico entonces, que la aplicación de la política criminal vaya a estar determinada por las particularidades de cada Estado como la cultura, el nivel de pobreza, el nivel de educación, etc.

Es claro que Colombia tiene grandes problemas de descomposición social, que se hacen visibles a partir del alto número de reos en nuestras cárceles y la aceptación casi que tacita por parte de la sociedad del delito, toda vez, que se ven a los delincuentes en algunos casos como héroes o salvadores del pueblo.

Siguiendo los modelos de política criminal y en relación con lo anterior en Colombia debería predominar los modelos abiertos, relativos o democráticos, que permitan una verdadera lucha contra el crimen y la criminalidad, no solo por monopolio absoluto del Estado, sino contando un sistema jurídico-penal que permita al ciudadano una verdadera autodeterminación al estilo del imperativo categórico kantiano<sup>3</sup>.

## 2. EL CONTROL SOCIAL

El control social es el conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar el sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias; generalmente actúan de forma automática y el ciudadano las aprehende inconscientemente.

Podemos afirmar como lo hace el doctor Ramón de la Cruz<sup>4</sup> que: *“el objetivo del control social es defender ese Estado social que interesa a quienes controlan el poder, los que se encuentran obviamente interesados en preservar y defender el statu quo social”*

De este modo, para garantizar ese control de poder se recurre a dos formas de control social el formal y el informal:

Control social informal: hace referencia a las instituciones que tratan de condicionar el comportamiento de los individuos, es decir, de disciplinarle a partir de la interacción con otros hombres, entre estas instituciones tenemos la familia, la escuela y la sociedad. Analizaremos brevemente cada una de estas instituciones.

- **La familia:** la constitución política de Colombia consagra en su artículo 42: *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”*.

Encontramos acá un problema, esa definición constitucional de familia no se ajusta a la realidad, Colombia presenta no solo la típica familia nuclear heterosexual, independientemente de esto, Colombia vive una gran descomposición familiar, esto lleva a que los niños se críen en ambientes no aptos, en donde no aprehenden valores, sino antivalores, lo que sin lugar a dudas los hace más proclives a delinquir, de modo, que esta primera etapa del control social fracase.

- **La escuela o la educación:** la escuela como institución de control social, presenta grandes problemas en nuestro país, el sistema educativo colombiano, está diseñado para el fracaso, el gobierno nacional se empeñó en cumplir los estándares

2. Boletín interno de política criminal. Dirección seccional de fiscalías. Pdf

3. Según el cual el hombre debe obrar de tal modo que la máxima de su conducta pueda valer siempre simultáneamente como principio de legislación universal

4. Doctor en derecho de la Universidad de La Habana, abogado del Bufete de Servicios Legales Especializados, profesor de la Facultad de Derecho de La Universidad de La Habana, miembro del Consejo Directivo de ILSA, miembro del Consejo de Dirección del Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento al Delincuente (Ilanud) de las Naciones Unidas.

internacionales que solo piden cobertura, dejando de lado algo sumamente importante la calidad, que debe de ir de la mano con la exigencia, el gobierno con políticas como “ningún alumno pierde el año”, ha creado un pensamiento facilista en la juventud actual, que se ve reflejado en los altos índices de menores infractores, cosa que llevo a modificar el código del menor, hoy ley 1098 de 2006 o código de la infancia y la adolescencia, los menores de edad, son manipulados por adultos para que delincan, y aquellos que logran terminan su educación secundaria, se enfrentan a un sistema de educación superior que le cierra las puertas, esto los deja sin oportunidades, y como presa fácil para el crimen, todo esto sopesado en su deseo de conseguir cosas sin ningún esfuerzo.

- **La sociedad:** en Colombia existe la nefasta idea de idolatrar al delincuente, la cultura popular colombiana, los ve como héroes, dignos de toda admiración, en algunas ocasiones con un aire mesiánico, los grandes delincuentes tienen las mejores mujeres, los mejores carros, las mejores casas y todo casi sin esfuerzo, este grado de aceptación por parte de la sociedad hace que sean un ejemplo a seguir, lo que sin dudas conlleva a una aproximación peligrosa de las personas al crimen.

Es claro hasta aquí, como en Colombia al menos estas formas de control social informal no logran consolidar el objetivo primordial de un verdadero control social, por lo tanto, el Estado tiene la tarea fundamental de crear medios para hacer efectivo el control social a través de estas instituciones.

Control social formal: esta aparece una vez ha fallado el control social informal, aquí actúa el Estado a través de sus instituciones de modo coercitivo, por medio de normas, leyes y sanciones.

Lo anterior sirve para entender mejor, por qué la prevención del delito en Colombia, se reduce al hecho del aumento de las penas, pretendiéndose con eso crear una cultura de miedo hacia el crimen, cosa que en Colombia ya está más que comprobado que no funciona, el problema en Colombia no es de la pena o sanciones a imponer, como si lo es el abandono social, que se ve reflejado en las altas tasas de desempleo, los índices de

pobreza y mendicidad, las deserciones escolares, el reducido acceso a la educación superior y el fascismo social de ver al delincuente como el salvador.

### 3. LA CONDUCTA DESVIADA

Una conducta desviada “*es toda aquella conducta que infringe reglas sociales, serán las reglas sociales las que crean las desviaciones como una contrapartida negativa. Esas reglas son elaboradas por grupos sociales que al imponerlas, originan por definición la desviación y las diferentes propensiones a la desviación en los diferentes grupos*”<sup>5</sup>.

De ahí que de la conducta desviada no tiene existencia propia, existe solo como negación de la conducta aprobada por el consenso social, así como del mal solo puede predicarse como negación del bien. Esto deja claro que la conducta desviada no nace, sino que se hace, es más, es mutable y lo hace de acuerdo a la sociedad, está íntimamente ligada a la cultura, ella es su base.

Se sabe que se está o al menos se puede estar frente una conducta desviada en la medida que la misma sociedad aprueba o imprueba esa conducta, a partir de sus instituciones, y que como consecuencia de la misma se imponga una sanción digna de temer, así podríamos decir que toda conducta que es sancionada por la sociedad es una conducta desviada y que su respectiva sanción es el control social. Sin embargo, el control social no solo es sancionatorio –aunque se utilice de este modo casi siempre-, sino preventivo, prevenir a partir del control social no es otra cosa que darle herramientas al hombre para cumplir con convicción ese sistema normativo que le fue impuesto de manera natural, acaso fundamentado en la teoría del contrato social.

La conducta desviada es asumida como contraria a la moral. Toda vez que la moral es considerada el pináculo del control social. Podríamos definir la moral como: “todas aquellas normas, creencias, y valores sociales, con las cuales se pueden dar un juicio de valor y de razón a todas las acciones humanas, considerando morales aquellas que estén acorde con las normas previamente establecidas e inmoral todo aquello que las contrarié”.

Es necesario desligar desde la criminología, la creencia nefasta, que existe que toda la moralidad se tiene que supeditar a la moral cristiana. La moral que debe ser fuente de una ciencia criminal es la creada por el mismo hombre, en la práctica del imperativo categórico kantiano,

5. <http://www.mailxmail.com/curso-sociologia-juridica-poder/conducta-desviada>. Consulta 20 de septiembre de 2011.

según el cual el hombre “debe obrar de tal modo que la máxima de su conducta pueda valer siempre simultáneamente como principio de legislación universal”, así las cosas quien con su actuación contrarié el imperativo categórico, debe ser objeto de estudio de la criminología.

#### 4. EFICIENTISMO PENAL

Colombia históricamente ha estado marcada por el hecho de que sus habitantes vivían cotidianamente rodeados de hechos violentos, esto crea un pensamiento de inseguridad y desprotección, es tarea entonces del Estado brindar esa seguridad que sus habitantes necesitan, esto lo hace, por medio del derecho penal, cuyo objetivo pareciese reducirse a la imposición de pena, de modo tal, que en nuestro país existe la creencia que se están cumpliendo los objetivos de la seguridad cuanto se captura al delincuente, y una vez capturado se cuenta con la garantía que será sancionado con prisión.

El eficientismo “*es una forma de encarar el derecho penal y la administración de justicia en términos de “managerismo”. Lo que importa son los resultados inmediatos, las estadísticas, los indicadores de gestión: a los operadores jurídicos se les exigen resultados inmediatos, visibles, reflejados en capturas, detenciones y condenas*”<sup>6</sup>.

Este eficientismo penal en Colombia resulta contraproducente, ya que exige del gobierno nacional aumentar la fuerza pública, lo que significa, destinar menos recursos para inversión social (educación, salud, empleo, necesidades básicas satisfechas), esto crea desigualdad social, lo que en ocasiones obliga a los más pobres a delinquir. Así, la eficiencia del derecho penal radica en que los jueces penales emitan sentencias condenatorias, que logren afectar de algún modo la libertad de las personas, mostrando así que el sistema si funciona, sirviendo de ejemplo para las demás personas como medio coercitivo, previniendo así la comisión del delito.

A partir de la constitución de 1991, Colombia trazó el camino para garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales sobre la autoridad estatal, de esta manera inserta una serie de mecanismos con los cuales se protege a las personas de la violación de dichos derechos.

En el ámbito jurídico-penal, adquiere gran prevalencia la presunción de inocencia, el debido proceso y el principio de la libertad, los cuales en el marco del Estado social de derecho son garantía para que el Estado no transgreda su poder coercitivo.

Con el nuevo sistema acusatorio se pretendió materializar las garantías constitucionales, por medio, de los principios de inmediación, concentración y contradicción, así mismo, por medio del principio *in dubio pro reo* y el principio de reserva judicial, los cuales en un proceso penal, ponen al indiciado y al Estado en igualdad de condiciones.

A pesar de esto, es claro como la política criminal colombiana es reducida al hecho de intimidar con la pena, es decir, la eficiencia del derecho penal colombiano como medio de prevención del delito se sustenta en la idea de que al actor de una conducta punible hay que aplicarle una pena ejemplarizante, de modo que las demás personas sientan temor y no delincan.

Esto devela la tendencia peligrosista del derecho penal en Colombia, que solo busca lograr la mayor temeridad a través de la imposición de penas altas, en el sentido de haberse convertido en *derecho penal del enemigo*<sup>7</sup>, de manera que se abandona el status de ciudadano para adquirir el status de posible transgresor de la ley penal.

El derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos según Jakobs<sup>8</sup>, (i) un amplio adelantamiento a la punibilidad, es decir, se abandona el hecho cometido, para poner la atención en el hecho futuro, (ii) las penas previstas son desproporcionalmente altas y (iii) determinadas garantías procesales son relativizadas e incluso suprimidas. Elementos aplicados en la política criminal colombiana como medio de prevención posterior.

#### 5. PREVENCIÓN DEL DELITO

Una de los fines del derecho penal como control social institucionalizado es que la acción punible no se llegue a concretar, esto lo hace en primera instancia a partir de la pena, la cual como mecanismos de prevención general, ya sea que lo haga de manera negativa o positiva, es decir, como intimidación o cumpliendo su carácter resocializador.

6. González, Julio. (2010, enero-junio). La criminalización de la crítica. Estudios políticos, 36, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, (pp. 95-109).

7. El concepto de Derecho penal del enemigo fue introducido por Günther Jakobs a partir de una primera fase en un congreso celebrado en Frankfurt en el año 1985, en el contexto de una reflexión sobre la tendencia en Alemania hacia la “criminalización en el estadio previo a una lesión” del bien jurídico.

8. Jakobs, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho Penal del Enemigo. Madrid: Civitas, 2003, p. 79-80

Dentro de la política criminal moderna podemos hablar de tres tipos de prevención del delito. La prevención social<sup>9</sup>, la prevención comunitaria<sup>10</sup> y la prevención situacional<sup>11</sup>. En el caso de la política criminal colombiana resulta relevante, los esfuerzos hechos por el Estado para tratar de reducir los índices de violencia y de delincuencia a través de la prevención situacional, la cual es resumible en la frase “*la ocasión hace al ladrón*”, para cumplir con esto, se ha incrementado considerablemente la fuerza pública, tratando de prestar mejor vigilancia y control, lo que ha provocado un falso tinte de seguridad.

## CONCLUSIONES

Ante los altos índices de delincuencia que presenta el país, se hace necesaria una eficaz política criminal encaminada a una prevención real del delito, esta debe estar cimentada en la inversión social, lo que implica no solo gratuidad sino también la calidad. En este orden de ideas es necesario fortalecer la familia como fundamento de la sociedad, para ello es necesario que desde el ICBF, se creen políticas que menguen realmente la violencia intrafamiliar, y pugnen por el fortaleciendo de valores. Otro punto esencial para que se dé una efectiva prevención del delito, pasa por estructurar un sistema educativo que proporcione verdaderas herramientas de formación y capacitación. La educación superior es fundamental, los jóvenes de escasos recursos que en su mayoría son los más propensos a delinquir, ven el acceso a estudiar un pregrado como algo lejano e incluso imposible, lo que los lleva a una desmotivación que se ve reflejada en la deserción estudiantil, convirtiéndose esto en un problema de Estado, toda vez, que estos jóvenes desertores se integran a los grupos delincuenciales, para tratar de dar solución a este problema las políticas educativas estatales se han dedicado al tema de la cobertura, ignorando el tema de la calidad.

Es urgente diseñar una política educativa que permita mejorar las condiciones de vida de las personas, elevando los indicadores de necesidades básicas satisfechas, este sería un primer paso para la prevención del delito.

En un Estado peligrosista como el nuestro el derecho penal actúa como *prima ratio*, se busca a toda costa la imposición de una sanción ejemplar y de manera inmediata, dinamizando fuertemente ese eficientismo penal.

La política criminal colombiana presenta básicamente dos problemas grandes, por un lado, las instituciones de control social informal o primario no ejercen tal control, toda vez, que se encuentran en descomposición o decadencia, y por otro el control social formal o secundario, ejercido por el Estado mediante las normas o leyes, tampoco logra su objetivo ni atemorizador, ni resocializador, esto lo demuestra claramente el hacinamiento carcelario y las estadísticas que muestran el índice de personas que luego de cumplir una pena vuelven a delinquir.

Si lo que se quiere, es una verdadera reducción del delito, hay que apostar por una prevención social, hay que apostar por invertir en serio en educación, en salud, en mejorar las condiciones laborales, que permitan mejorar a su vez las necesidades básicas insatisfechas. Está claro, que el aumento de las penas no es efectivo, no reduce la criminalidad, al contrario pareciera que fuese la causa de su aumento.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Boletín interno de política criminal. Dirección seccional de fiscalías. Pdf.
2. Constitución Política de Colombia de 1991.
3. De la Cruz Ochoa ramón. Control social y derecho penal. El otro derecho, número 29. Marzo de 2003. ILSA, Bogotá, D.C, Colombia
4. González Jorge, Política Social e Indicadores Sociales en Colombia. Investigación y Desarrollo, vol.8, No 3, Diciembre, pp. 244-257
5. González, Julio. (2010, enero-junio). La criminalización de la crítica. Estudios Políticos, 36, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, (pp. 95-109).
6. Guzmán González, Patricia; Rodríguez Serpa Ferney. La política criminal y la función preventiva de la sanción

9. Tiene la finalidad de acrecentar el bienestar del grupo objetivo. Al aumentar el acceso a bienes sociales como la salud, un entorno seguro y sano, el empleo y la educación, los objetivos de prevención social del delito reducen los factores que impelen a los ciudadanos marginados a recurrir al delito como oportunidad de carrera viable.

10. Se orienta a cambiar las condiciones de vida de los vecindarios que sufren privaciones y bajos niveles de cohesión social, en que son altos los riesgos de que se involucren en el delito o sean sus víctimas.

11. Tiende a reducir las oportunidades e incentivos para los transgresores, maximizando los riesgos de que sean atrapados.



- penal. Revista Justicia, No. 14 - pp. 61-70 - Diciembre 2008 - Universidad Simón Bolívar - Barranquilla, Colombia.
7. Jakobs, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho Penal del Enemigo. Madrid: Civitas, 2003, p. 79-80
  8. LARRANDART, Lucila E. Política Criminal y Estado de Derecho ¿Tolerancia Cero? Junio. 2006, Volumen 34, No 2, P.161-200. ISSN 0798-9598 .Maracaibo 2006
  9. Nuño Henao, José Enrique, sistema penal y control social en Colombia. Tesis de grado para optar al título de abogado. Facultad de ciencias jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana 2002
  10. Roxin, Claus .et Al. Problemas fundamentales de política criminal y Derecho Penal. Universidad Nacional Autónoma de México. México 2000.
  11. Uribe Sánchez, Pedro Luis. Derecho penal. Nociones preliminares. En: [http://www.alipso.com/monografias3/DERECO\\_PENAL\\_GENERAL\\_TEORIA\\_DEL\\_DELITO/index.php](http://www.alipso.com/monografias3/DERECO_PENAL_GENERAL_TEORIA_DEL_DELITO/index.php).
  12. Vanderschueren, Franz. modelos democráticos de prevención del delito análisis de experiencias exitosas Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, octubre de 2007
  13. Vélez Osorio, Luis Gonzaga. otra cara del sistema acusatorio colombiano: el menosprecio de la libertad y la consolidación del autoritarismo penal. Estudios de Derecho -Estud. Derecho- Vol. LXVII. N° 149, Junio 2010. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia
  14. Zuluaga varón, diana carolina tendencias actuales de los sistemas penales: consideraciones en torno a la criminalización de conductas relacionadas con el consumo de drogas. jurid. Manizales (Colombia), 157 - 173, enero-junio 2008

# ¿Esclavos en el siglo XXI?

Juan Mario González A.<sup>1</sup>

## RESUMEN

Increíble, casi que imposible pensar o imaginarse que en pleno siglo XXI, todavía se hable de esclavitud o que al menos haya esclavos. Esto es una realidad ajena a muchas personas que creen que la esclavitud se vivió en tiempos e incluso en siglos pasados y que a comienzos del siglo XIX quedó abolida, pero, según la ONU, más de doscientos cincuenta millones de personas viven en situación de esclavitud, y de ellas por lo menos, ciento cincuenta millones son niños.

Las víctimas de estos crímenes que componen las nuevas formas de esclavitud del siglo XXI, son las mismas que hace siglos. El Objeto que se persigue por parte de los criminales que someten a las personas a esta situación no ha variado, sigue siendo poder y dinero.

Este artículo busca exponer cuales son las nuevas formas de esclavitud y quienes son las personas que mueven los hilos de la esclavitud del siglo XXI.

**PALABRAS CLAVE:** Esclavitud, Estado, Víctimas, Libertad, Inversión, Género

## DESARROLLO

En la Isla de Goree–Senegal, año 1550, solo a tres kilómetros de la ciudad de Dakar, es un territorio pequeño, conocida como isla de los esclavos y considerada como un lugar clave en la historia del comercio de esclavos. Allí miles de senegaleses decían el último adiós a la tierra que les vio nacer, antes de navegar rumbo a América del Norte, al Caribe o Brasil. Así como en Senegal cerca de doscientos hechos idénticos ocurrían en el Golfo de Guinea.

Otro hecho relevante nos ubica a comienzos del siglo XVI hasta mediados del siglo XIX cuando se vivió y tuvo lugar el genocidio de 140 millones de esclavos africanos. *“Uno de los más crueles de toda la historia donde hombres, mujeres y niños fueron raptados de sus aldeas, encadenados y trasladados en barcos negreros rumbo al Nuevo Mundo. Faltó solo un instante para que la vida de estas personas cambiara para convertirse mercancía objeto de compraventa”*<sup>2</sup>

Regresando a Goree, en el año 2003 el señor George W. Bush, presidente de los Estados Unidos, inició una gira por una serie de países africanos, publicado en los medios de comunicación, donde en compañía de su esposa, anunció que en este mismo lugar, la vida y la libertad le fueron robadas a miles

---

1. Estudiante de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta. Integrante del Semillero de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Coordinado por la Doctora Luz Elena Mira Olano.

2 <http://www.revistafusion.com/2004/febrero/temac125.htm>

de personas. Señaló que en la historia de su país hay un gran número de negros ilustres, asunto del cual los norteamericanos se sienten orgullosos y anexo que desde su tierra muchos norteamericanos lucharon para abolir la esclavitud hasta lograrlo.

Pero las verdaderas razones de este viaje eran muy diferentes a las de recordar la historia y honrar la memoria de estos millones de africanos, víctimas de la esclavitud tanto en África como en su país. Las verdaderas razones del viaje tenían un trasfondo diferente, puede decirse no eran otras que encontrar la manera de repetir la historia y retornar al pueblo africano al sometimiento y la esclavitud en pleno siglo XXI. Los hechos que apoyan esta afirmación son:

- En primer lugar, Estados Unidos poseía gran interés y más que interés una gran necesidad de aumentar la extracción de Petróleo en la región Africana, esto debido a que en el Oriente medio se vivía una prolongada guerra de la cual también era participe y que afectaba en gran medida la obtención de este preciado material minero. En Segundo lugar se sitúa la importante ubicación geoestratégica que posee África y la necesidad de los estados Unidos de sacar provecho de ella teniéndola bajo control. Por último, se aproximaba la campaña por la presidencia de Estados Unidos y George Bush enfrentaría sus aspiraciones a la reelección, donde el voto de la comunidad Afro descendiente era muy importante demócrata por tradición.<sup>3</sup>

Los líderes de los países de Senegal, Sudáfrica, Botswana, Uganda y Nigeria recibían con buen agrado las promesas que este hombre les hacía y los cambios que seguramente se realizarían durante su nueva administración, sin darse cuenta ni entender que a cambio estarían entregando el ejercicio de su soberanía y la efectiva renuncia a su derecho de disponer libremente de sus recursos energéticos lo que solo puede traducirse en detrimento del pueblo africano.

Se advierte en este caso, como en muchos otros, la manera en que los estados más poderosos y sus grandes corporaciones, buscan acentuarse en los países más pobres, allí donde la calidad de vida de la gran mayoría de personas está en crisis buscando sacar provecho de esto, y así apropiarse de los recursos naturales de estos

territorios con el fin de explotarlos y conseguir una mano de obra más barata por medio de la explotación a sus ciudadanos ofreciéndoles salarios irrisorios, contratos precarios y condiciones laborales indignas. Es así como algunos gobiernos atraen la inversión extranjera, garantizando mano de obra barata con el fin de duplicar la entrada de estos capitales a sus regiones. Esto garantiza que el país cuenta por un lado con una importante entrada de capital extranjero y por otro con el empobrecimiento del pueblo el cual se ve obligado a entregar su vida y su dignidad a cambio de nada, debido a que su mayor garante, el estado, representado por el gobierno de turno, ya los venido.

*“Cuanto mayor es la ‘libertad’ de los mercados, mayor es la esclavitud de los pueblos y la pobreza de las naciones. Cuanto mayor es la ‘libertad’ financiera, mayor es el provecho de ladrones y zánganos y menor el bienestar de los trabajadores. Cuanto mayor es la ‘libertad’ del dinero, mayor es la humillación de los pobres y menor la probabilidad de ser respetados como personas”<sup>4</sup>.*

Hoy en día la mayoría de los estados hacen que prevalezcan los intereses económicos y de poder por encima de la dignidad de las personas, los pactos entre estos es más por dinero o poder, que por un bien social. “La esclavitud que vivimos en nuestro tiempo, no es un fenómeno individual, como señala Manos Unidas, sino que tiene un carácter social y colectivo. Esta afecta a determinados grupos de la población en determinados países, con determinadas políticas y que se genera y mantiene por determinados mecanismos de carácter económico, político y cultural”<sup>5</sup>.

La única manera de disminuir los índices de esclavitud en la sociedad y en los estados es dándole al pueblo la oportunidad y la capacidad de elegir y optar por lo que realmente le conviene, de esta manera crece su nivel de desarrollo y de educación y se puede actuar en contra de las políticas totalitarias interpuestas por los gobiernos a conveniencia de estados foráneos cuyo único fin es el atropello de la población local.

## 1. CAMUFLAJE: LA ESCLAVITUD DEL SIGLO XXI

Naciones Unidas ha señalado que no existe una evidente distinción entre las diversas formas de esclavitud que existen en pleno siglo XXI, debido a que las mismas

3. Parafraseado de: <http://www.revistafusion.com/2004/febrero/temac125.htm>

4. <http://www.revistafusion.com/2004/febrero/temac125.htm>

5. <http://www.revistafusion.com/2004/febrero/temac125.htm>

familias o grupos sociales son víctimas de varios tipos de esclavitud, esto hace que en su momento u operación no se puedan identificar ni evidenciar estas formas tan fácilmente, pero lo que si tienen en común la mayoría de las víctimas es el factor de la extrema pobreza.

La trata de personas se puede considerar como la manera más común y atroz de cómo se camufla la esclavitud en el siglo XXI, pero que es y cómo se da esta trata de personas:

La trata de personas es una violación de los derechos humanos, es el comercio de personas y se da contra mujeres, niños, adolescentes y hombres. Es la captación, el transporte, traslado y recepción de personas por medio de amenazas, la fuerza o por otras formas como el fraude, el rapto, el engaño o a la concesión de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otras con fines de explotación.

La trata de personas tiene como fines la explotación sexual (prostitución, pornografía, turismo sexual), trabajos forzados (mendicidad ajena, esclavitud), el matrimonio servil, entre otras.

Otra manera como se camufla las nuevas formas de esclavitud es por medio del tráfico de migrantes, el cual es diferente a la trata de personas. Este tráfico de migrantes es un delito que sucede cuando se facilitan los medios para la entrega ilegal de personas en estados en los cuales estas no son nacionales o residen permanentemente con el fin de obtener un beneficio económico.

En el tráfico de personas, quienes se someten a esto lo hacen de manera voluntaria, con el fin de buscar mejores oportunidades de trabajo, tener una calidad de vida digna, no de quien decide emprender un camino y un futuro en otro lugar, territorio, país, si no para las familias de estas personas, esto esta conllevando a grandes migraciones. Estas migraciones se dan al interior de los estados, de las zonas rurales a las urbanas, como al exterior de estos, de un país a otro. Hoy en día la gran mayoría de países del mundo son origen, puente o destino de migrantes, pero hay países que son los tres al tiempo.

Para poder ingresar a otro país de manera ilegal, se necesita la conexión con organizaciones criminales que cuentan con tentáculos a todo nivel nacional e internacional, para lograr el objetivo anhelado, estas organizaciones se dedican al tráfico de migrantes de un país a otro o en muchos casos a la venta de las personas que por medio

del engaño hacen creer que les están ayudando a conseguir mejores oportunidades en el exterior.

Las diferencias entre la trata de personas y tráfico de migrantes tiene las siguientes características:

- El tráfico de migrantes es un delito contra el estado, la trata de personas es un delito contra la persona.
- El tráfico de migrantes es la entrada irregular de una persona a otro estado, la trata de persona es la explotación del ser humano.
- El tráfico de migrantes se da hacia el Exterior de los estados. De un estado a otro, la trata de personas se en el interior como en el exterior de los estados.
- En el tráfico de migrantes hay una voluntad de la persona que se somete a esto, en la Trata de personas hay engaño o se obliga por medio de la fuerza.

Hay ciertos factores que conllevan a que se dé la trata de personas, estos factores son:

1. Factores Económicos: Falta de empleo, falta de alternativas laborales, pobreza.
2. Factores Sociales: Desplazamiento, madre solterísimo, mujeres cabeza de hogar, violencia intrafamiliar, violencia sociopolítica.
3. Factores Culturales: Bajo Nivel Educativo, valores sociales, desconocimiento de los reales alcances de la trata.
4. Factores Psicológicos: Baja autoestima, antecedentes de maltrato, antecedentes de abuso sexual, antecedentes de prostitución, antecedentes delincuenciales.

### 1.1 Trata de Mujeres, Cuestión de Género.

“Según datos y estudios de instituciones nacionales e internacionales, las víctimas más comunes de la trata de personas son especialmente mujeres, en un porcentaje que va del 80 al 95%. Los casos más conocidos son de explotación sexual de mujeres adultas, jóvenes y niñas; se reportan también otros tipos de explotación como el trabajo domestico y matrimonio servil, aunque no son los únicos.”<sup>6</sup>

6. LA TRATA DE PERSONAS EN COLOMBIA: LA ESCLAVITUD MODERNA. Documento realizado por el equipo técnico de la Corporación Espacios de Mujer

## ¿Por qué especialmente las mujeres?

En el caso de las mujeres, solo por el hecho de haber nacido mujeres sufren una doble vulneración y atropello ante sus derechos. Así en algunas comunidades y regiones millones de mujeres son consideradas sin derecho a vivir. Llegando a ser asesinadas, violadas, agredidas, insultadas, excluidas de la libertad de ejercer sus derechos fundamentales por el simple hecho de ser mujer. Y si a esto se le suma la esclavitud quedan doblemente discriminadas, (Por ser mujer y estar sometida a la voluntad de otro), según define la ONU, “son tratadas de una u otra manera como una propiedad.”

Las cifras son impresionantes y cada vez se disparan más a pesar de las diferentes campañas y programas en medios de comunicación que advierten y ayudan a detectar las posibles maneras como las mujeres pueden ser engañadas y sometidas a estos crímenes. Más en estos momentos, donde muchas mujeres cabeza de familia acarrear las malas políticas económicas y sociales tomadas por los gobernantes, fruto de la pobreza y desamparo toman la decisión de abandonar el país para buscar un futuro para los suyos y acaban inmersas en redes de prostitución o similar.

## ¿Y qué pasa con este fenómeno en Colombia?

“En Colombia, según los datos disponibles, unas 70 mil personas son comercializadas anualmente, lo que la sitúa en el tercer lugar de América Latina, detrás de República Dominicana y Brasil.”<sup>7</sup>

Colombia en los últimos años se ha convertido en un receptor de víctimas de la trata de personas, que vienen procedentes en la mayoría de casos de los países vecinos de Ecuador y Perú.

Colombia históricamente ha sido un país machista, desarrollado en un contexto en donde las mujeres que buscan mejores oportunidades son limitadas por muchas situaciones, como la violencia hacia ellas, bajos ingresos, altos porcentajes de desempleo y madre solterísimo entre otros, lo cual ha generado a que muchas mujeres busquen nuevas y mejores condiciones laborales y de ingresos a través de procesos de migración forzados o voluntarios, en el interior y exterior del país y ven en

esto la posibilidad de huir de la violencia y el desempleo. Colombia se convierte entonces en un país que produce víctimas de trata de personas, especialmente mujeres.

También una de las principales razones para que en Colombia exista la trata de personas es tal vez el fenómeno del desplazamiento forzado, según los registros de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional (Acción Social), durante el periodo 2000–2009, 3.303.979 personas se vieron forzadas a desplazarse. Este es el mismo dato reportado por el Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC, 2010).<sup>8</sup>

En nuestro país, mujeres, niños, niñas, adolescentes e incluso hasta hombres adultos son reclutados, comprados, vendidos y obligados de manera forzada a dejar sus hogares para entrar a ser esclavos. Los oficios más frecuentes a los que son sometidos son la explotación Sexual: prostitución, turismo sexual, pornografía y otras actividades, trabajos o servicios forzados: minería, agricultura, barcos pesqueros, servicio domésticos, mendicidad ajena, en donde la víctima es obligada a pedir limosna para el lucro de otros. Conflicto armado, donde entran a ser parte de guerrillas y grupos al margen de la ley y una de las más antiguas formas de esclavitud que perdura aun en el siglo XXI, el Matrimonio Servil en donde se da la explotación laboral y/o sexual de la pareja con en situaciones de aislamiento, control, violencia física, sexual y reproductiva.

Familias enteras son obligadas a trabajar por generaciones a favor de unos pocos con el fin de pagar deudas previamente contraídas. Deudas que son casi que imposibles de cancelar debido a que los intereses cobrados cada vez ascienden más e incluso sobrepasan el valor adeudado, lo que no permite que la persona cancele su deuda y termine por convertirse y aun peor convertir a su familia en siervos al servicio de su acreedor.

## 1.2 Los Niños...unas víctimas más

Estos crímenes no atacan solamente a familias, colectivos o adultos. La esclavitud es un problema que también atenta contra los niños, quienes son las víctimas más vulnerables y con mayores atropellos en este factor. Según la UNICEF, las cifras de explotación infantil a nivel mundial cada vez aumentan más, se calcula que

7. LA TRATA DE PERSONAS EN COLOMBIA: LA ESCLAVITUD MODERNA. Documento realizado por el equipo técnico de la Corporación Espacios de Mujer

8. Parafraseado de: LA TRATA DE PERSONAS EN COLOMBIA: LA ESCLAVITUD MODERNA. Documento realizado por el equipo técnico de la Corporación Espacios de Mujer

existen por lo menos doscientos millones de niños entre cinco y diecisiete años trabajando en las calles, ventas ambulantes, como guías turísticos, repartidores, limpia-botas; en lugares peligrosos como minas, hornos, picando piedra, en prostitución y en condiciones especialmente denigrantes.

## ¿Cómo llegan los niños a hacer parte de este problema social?

En muchas ocasiones son raptados o incluso vendidos como esclavos por sus propios padres, con el fin de pagar deudas contraídas o por cantidades irrisorias a usureros y delincuentes que los ponen a trabajar en jornadas laborales de hasta quince horas a cambio de cama, comida y de dejar a su familia en paz.

Estos niños viven en constante amenaza, sus derechos, los cuales deberían prevalecer por encima de los de cualquier otra persona, son desconocidos por completo y a la sociedad en general parece no percatarse de esto. Seamos claros, si nos damos cuenta, nos hacemos lo de la vista gorda. Pongámonos a pensar cuantas veces con nuestros actos hemos patrocinado la esclavitud infantil: cuando vemos un niño parado en un semáforo y le damos dinero, cuando vemos que un niño presta un servicio y lo contratamos - como en el caso de un limpiador de botas o quien nos lava el carro -, vemos niños trabajando en puestos ambulantes y compramos en estos sin percatarnos de la explotación laboral a la que esta persona puede estar siendo sometida en vez de estar estudiando o jugando como es debido.

Es aquí cuando el problema de la esclavitud y del abuso infantil tiene un carácter social, debido a que es la misma sociedad quien demanda la necesidad de que se presenten estas situaciones.

Los delincuentes y las personas que abusan de los menores, recurren a ellos debido a que los niños son mano de obra más barata, no dan problemas, son fáciles de adoctrinar y tienen miedo, razón por la cual son más dóciles y vulnerables.

*“Un 61% de los menores trabajan, en torno 153 millones son niños, según un informe de la Organización Mundial del Trabajo (OIT), se encuentra en Asia. Un 32%, 80 millones en África y un 7%, 17,5 millones en América Latina”*

Una de las razones según la OIT, por las cuales los estados y la sociedad de estos países no emprenden con mayor actividad la lucha contra la explotación y las formas más perjudiciales de trabajo infantil, es que los niños trabajadores no suelen ser fácilmente visibles.

Otro método de esclavitud infantil, es el reclutamiento de menores contra su voluntad para participar de forma activa en conflictos armados. Un gran número pierde la vida, es torturado, golpeado, interrogado o hecho prisionero de guerra.

“Según Amnistía Internacional, al menos 300.000 niños y niñas combaten en algún conflicto bélico. Una parte del futuro del planeta está siendo minada. Estos millones de niños han sido privados de su derecho sagrado a una vida digna, a una formación y una cultura. Pero no sólo eso, sino que han sido privados de experiencias profundas, sensaciones, en los años más sensibles de su vida, básicos para su desarrollo como personas. Y eso, no se puede devolver.”<sup>10</sup>

## ¿Qué pasa entonces con la Dignidad y nuestros Derechos fundamentales?

La mayor parte de la riqueza del planeta se encuentra en manos de un reducido grupo de personas que con sus decisiones e intereses han puesto en marcha un sistema político, económico y social donde el hombre se ve como una mercancía más con la cual comerciar.

Lo mismo está ocurriendo con los recursos naturales, elementos que siempre han estado a la mano del hombre para su existencia y supervivencia y que ahora forman parte de intereses privados. Recursos a los cuales solo se puede tener acceso si se cuenta con dinero suficiente para esto. Se debe pagar para adquirir un poco de agua o comida, muchas veces el trabajo realizado no es proporcional al sustento retribuido, he aquí la forma como cada vez se esclaviza mas a la sociedad, se deben trabajar horas extremadamente extendidas al día para tener al menos una comida. Colombia no es la excepción en nuestro país se viven diariamente estas formas de esclavitud por el ánimo de lucro de unos cuantos.

Toda persona por naturaleza, principio y origen es única, irremplazable digna de sí, libre de elegir como vivir, de elegir su proyecto y plan de vida según sus convicciones, ser autónomo en su voluntad, pero cuando

9. “El trabajo infantil: Lo intolerable en el punto de mira”, de la Oficina Internacional del Trabajo.

10. <http://www.revistafusion.com/2004/febrero/temac125.htm>

estas decisiones son tomadas por unos pocos que deciden como las sociedades deben y bajo que convicciones, situaciones y limites desarrollar sus planes de vida, no hay autonomía ni voluntad, no hay dignidad, por lo tanto toda la sociedad se ve esclavizada.

El flagelo de la esclavitud aun en el siglo XXI es un fenómeno que nos afecta a todos, podemos permanecer erróneamente al margen y pensar que nunca

llegará a nuestros hogares ni tocará a nuestras familias o podemos hacernos partícipes y aportar cuanto nos sea posible para que se den los cambios necesarios y construir una sociedad mejor, todos contamos con los mecanismos de protección de nuestros Derechos Fundamentales, todos podemos contribuir para que el ejercicio de los mismos no sea un privilegio de unos pocos.

# Estándares internacionales y la situación de los privados de la libertad en Colombia

Daniela Tabares Atehortúa y  
Maria Eugenia Osorio Présiga<sup>1</sup>

*“En este mundo tendréis aflicción, pero confiad en mí que yo he vencido al mundo” 2 corintios 4:7*

## RESUMEN

Los estándares Internacionales vislumbran una violación sistemática de los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad en Colombia, cuyas características se consagran en la indivisibilidad, interrelación e interdependencia de los mismos. La ignorancia y la indiferencia del Estado por asegurar y garantizar estos Derechos, nos ha sumido en una crisis carcelaria que refleja la maleabilidad normativa de nuestro contexto. Sumado al desprecio constante de una sociedad, que ha olvidado la esencia de cada ser humano, con el único fin de omitir la deficiencia y corrupción de los garantes que continuamente vulneran a través de confusiones el castigo de la ley, llevando entonces al hombre a despojarse de la titularidad del derecho, para ponerlo en manos del Estado, que en su posición de garante, es supuestamente es el responsable de su bienestar.

El siguiente artículo dilucida el papel del estado, de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos y su papel coadyuvante para el logro de un orden social justo, así como la correlación de deberes y derechos de los seres humanos en su totalidad establecida en el artículo 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, este concepto aplicado al papel de Colombia como Estado parte de la misma, la situación y despliegue normativo internacional referente a los privados de la libertad en Colombia .

**PALABRAS CLAVES:** Estándares Internacionales, Libertad, Privados de la Libertad, la vida, la Integridad Personal, Estado, Posición de Garante, Protección, Seguridad personal, Límites, Principios Bíblicos.

## DESARROLLO

Si nos detenemos a analizar el presente de nuestra institucionalidad en el contexto colombiano, podemos concluir que todo está regido, en principio, por límites al poder absoluto, es decir, todo lo que se dice o se hace, tiene una renuncia voluntaria o forzada a otras cosas posibles o deseadas. La ciencia

---

1. Estudiantes de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta-Unisabaneta, integrantes del Semillero de Investigación en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Coordinado por la Doctora: Luz Elena Mira Olano.



misma nos muestra a través de la naturaleza, como las olas del mar conocen hasta donde pueden llegar, no razonan, pero tienen un lugar en su ocaso; algunas veces sucede que las olas crecen debido a los fuertes vientos, alterando su estado normal y se desplazan con gran fuerza, aumentando su volumen de agua, convirtiéndose así en un evento complejo como lo es un maremoto, o lo actualmente se denomina como tsunami. Esta situación nos deja ver como ese límite está sobrepasando una prohibición intrínseca del mismo hecho, está violando una ley de la naturaleza, que nos conduce a una consecuencia que motiva a tomar ciertas prevenciones.

De igual manera en la Biblia<sup>2</sup>, en el libro del Génesis, leemos como el hombre fue creado y se le dio el libre albedrío, para que disfrutara del paraíso y aunque se habla de libertad, tenían una prohibición, que no era tan lógica, pues qué razón tenía prohibir comer de un árbol, cuando existían muchos otros iguales; pero es ahí, donde se deja ver la necesidad que conlleva a analizar y valorar determinada situación que conduce a la creación de un patrón o referencia, que nivela la situación sin sobrepasar la autoridad; si bien es cierto, que tienen derecho a disfrutar de todo lo existente, también se debe asumir las responsabilidades que darán un bienestar mutuo, pero sin perder el hilo conductor.

Nuestra Constitución Política<sup>3</sup>, consagra en su preámbulo una serie de valores constitucionales que nos aseguran la libertad; además de los fines del Estado, ejemplo de ello, el art. 2, el cual reza: “es un fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” y “que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia de sus derechos y sus libertades”.

Siguiendo el entramado de nuestra carta magna, el art. 28 se refiere a la “libertad personal”, y de igual manera en otros artículos nos hace referencia de una diversidad de libertades que complementan los estándares nacionales a los derechos de toda persona.

La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano<sup>4</sup>, en su artículo 2: “Que la finalidad de toda asociación política es la conservación de todos los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”, en su artículo 4: “La libertad

consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás” y en el artículo 5: “La ley solo puede prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad”; definiendo entonces desde nuestro punto de vista que el Estado debe conservar, proteger el derecho natural de la libertad del hombre, el cual es inherente a su condición de miembro de la raza humana, además de un Derecho imprescriptible. De igual manera subyacen prohibiciones, haciendo claridad de la importancia de la convivencia de esa persona su interrelación con los otros. Es ahí donde el rol de la Ley se torna necesario para limitar el comportamiento desmesurado y a veces desordenado de algunos individuos, especialmente cuando se asocia para perturbar la convivencia de otros. La desviación del propósito causa consecuencias, la desviación del pensamiento, las motivaciones y la negación de sí mismo como un ser que pueda desarrollarse efectiva y positivamente en la sociedad también las tiene.

No obstante, el art. 5 hace una salvedad que posiblemente muchos Estados no están acatando o peor aún se han mostrado indiferentes, es la referencia que se hace a la limitación de acciones que recaigan sobre el hombre que perjudiquen a la sociedad, sin duda, se ha quedado en el olvido la titularidad de algunos derechos, que si bien están interrelacionados con la Libertad, permanecen incólumes aun habiendo sido restringida ésta.

Sin embargo, en reiteradas ocasiones se evidencia el abuso del poder de las autoridades, las decisiones arbitrarias e ilegítimas en cabeza del Estado, control y represión excesivos; a pesar de la existencia de instancias y órganos internacionales con fuerza de cambio, establecidas para la defensa efectiva de los Derechos Humanos, es evidente la renuencia de muchas autoridades e instituciones que instan por abolir el *corpus juris* internacional. Por lo que se denota el choque de importancia y permanencia del poder, frente a los intereses particulares y el respeto y garantía de la Dignidad Humana debidamente efectivizada, prevaleciendo sobre toda actuación administrativa y judicial.

Ejemplo de ello son las vulneraciones a Derechos Humanos generadas por movimientos exclusivos y nacionalistas como el nazismo, en la década de los 30’s y los 40’s; surgidas por la gran depresión de la que fueron víctimas numerosos países, pero la gran Depresión económica, no sería el meollo del asunto, sino de hasta qué

2. Biblia de Referencia Thompson, versión Reina Valera, Revisión de 1960, libro Génesis 2; 4-25.

3. Preámbulo de la Constitución Política de Colombia.

4. Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano.

punto la ideología y las convicciones pueden generar tanto odio y resentimiento, para hacer del otro nada, tener capacidad para desplegar tales acciones que lleven a un Estado a revestirse de maldad, intereses e ilegitimidad, de injusticia en su accionar y por consiguiente, llevar a una población a ser desprendida de sus Derechos que por encima de ser positivizados, son naturales e inherentes a su condición de ser humano y al ente protector que en principio fue dispuesto por ellos mismos<sup>5</sup>.

En este punto, es factible desarrollar la siguiente premisa, la sociedad en conjunto crea un ente denominado “Estado” que protege sus intereses, controla, promueve mediante políticas públicas un desarrollo sostenible, asumiendo como carga mantener la estabilidad social, el orden democrático y social justo; a la vez el Estado ha cedido parte de su soberanía al Derecho internacional, el cual a través de órganos, organismos y Tribunales salvaguarda la indemnidad personal de sus asociados, aun de las acciones desplegadas por el Estado mismo.

Dadas las obligaciones de los Estados, consagradas en los instrumentos internacionales, donde se exhorta a los sujetos del Derecho Internacional a respetar, promover y garantizar los Derechos Humanos; normas incorporadas en cada ordenamiento jurídico interno que obliga a ser acatada por cada uno de los integrantes de la población. Así mismo de dichas obligaciones, se insta a cada operador judicial y demás autoridades, llevar a cabo acciones idóneas y efectivas, en aras de lograr un efecto útil en la aplicación de los contenidos convencionales que han ratificado, figura que ha denominado la Corte Interamericana de Derechos Humanos como: “Control de Convencionalidad”, a través del cual, los jueces y agentes estatales deben velar no sólo por el respeto de la Constitución Política, sino que están obligados a verificar el cumplimiento de los postulados de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en cada una de sus actuaciones u omisiones. De igual forma, debe vigilar la idoneidad del ordenamiento jurídico interno, de acuerdo a las disposiciones internacionales según el artículo 2 del mismo Instrumento.

Bien lo proclaman los Romanos: “*Libertas est protestas facienda id quod jure licet*”, entendida como “la libertad es la facultad de hacer lo que el derecho permite”.

Esta afirmación se puede interpretar de dos maneras:

1. **El derecho a la libertad del individuo consigo mismo:** definida como el libre albedrío al momento de controlar su interior, lo que le satisface, lo que le lleve al disfrute, pues del interior del corazón habla la boca, paradójicamente quien alimenta ese interior es la sociedad, que de acuerdo a la necesidad del ser humano y temor a quedarse solo, viene a conectarse con la convivencia intersubjetiva y poder proyectarse a los demás, que conforman una comunidad. De acuerdo a lo estipulado en la Biblia dijo Dios: “No es bueno que el hombre esté solo<sup>6</sup>”; hasta ese momento Adán gozaba el ejercicio de esa libertad, pero era tanto para disfrutar, que ansiaba tener a su lado a alguien de su misma especie que además de ser su compañía, lograra regocijarse ante tanta belleza, sin embargo, al existir dos libertades interiores diferentes, se creaba otra necesidad más, que era la de poner límites a través de la prohibición, en otras palabras, leyes no para cada uno, sino para la convivencia de ambos, tratando de equiparar los interiores, aunado a la designación de responsabilidades. Lo mismo sucede en nuestra vida cotidiana, cuando vivimos solos, hacemos lo que nos parece, pero cuando llega otra persona, comenzamos a actuar diferente, porque ya estamos pensando en el disfrute del otro o en nuestro único goce.
2. **El derecho de libertad del individuo ante una sociedad,** es entonces el ser, reflejado en un exterior, de modo que su alrededor es el que aporta a que el individuo refleje un buen interior, comúnmente llamada: sociedad, que se encuentra protegida, controlada por la Ley. Es entonces en donde ésta libertad del individuo comienza a tomar fuerza, creando una cantidad de necesidades en la libertad individual, que buscan ser alimentadas por los garantes de los Derechos de la convivencia, o sea el que tiene el poder, el Estado y que son de vital importancia para reflejar una libertad consigo mismo que aporte a una democracia participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana<sup>7</sup>, como bien lo expresa nuestra Constitución Política de Colombia.

Concomitante con lo anterior, al analizar el Preámbulo de nuestra Carta Magna, cuya fuerza es vinculante, encontramos una serie de valores, clasificados de la siguiente forma:

---

5. Cfr. <http://www.elboyardia.cl/node/23402> ¿Cómo imaginaron en la Alemania Nazi sus ciudades en el futuro?  
6. Biblia de Referencia Thompson, versión Reina Valera, Revisión de 1960, libro génesis 2; 18ª.  
7. Constitución Política de Colombia, art. 1

<b>Derechos Inherentes al Individuo para consigo mismo (internos)</b>	<b>Derechos adheridos por el Estado que alimentan el Interior del Individuo (externos)</b>
La vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la Igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz.	Orden político, económico y social justo, comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana.

De igual forma, se utilizan dos verbos rectores “asegurar” cuyo significado radica en dejar algo firme, seguro. Y “garantizar” como el efecto de afianzar lo estipulado. En conclusión para dejar algo firme, es porque ya está dado por naturaleza, de tal manera que está unido ese algo y que no se puede separar de ello porque alimentan los Derechos internos del individuo para lograr una efectiva y pacífica convivencia.

Coherente con lo expresado, Cuando una persona vulnera esa convivencia en sociedad, es necesaria la intervención del Estado, en su dimensión mínima, para enderezar el comportamiento desviado, con el propósito de lograr la resocialización y reinserción en la sociedad. Para tal fin el Estado asume la posición de garante frente a la persona procesada y privada de la libertad, es decir, pasa a ser el responsable del buen bienestar de la integridad del individuo.

En este sentido, cuando el Estado acciona su aparato punitivo para privar de la libertad a la persona que violentó un precepto normativo, ya está haciendo efectivo la garantía de los derechos de la otra persona, es decir de la sociedad, pero eso no quiere decir, que el individuo privado de la libertad, pierda los derechos que le pertenecen como persona, eso no da lugar a que la responsabilidad del Estado sobrepase los límites, ejerciendo una violencia de tratos crueles inhumanos o degradantes, pues más que castigarlos por el acto mismo de una mala convivencia, se les condena y castiga por el hecho mismo de ser persona.

Es responsabilidad del Estado llevar diferentes controles que alimenten al individuo como tal, pues se habla de impulsar estrategias que conduzcan a una resocialización a fin de integrarlos de nuevo a la sociedad, y efectivamente esa responsabilidad es totalmente deficiente, pues las atrocidades que se denuncian en contra de los centros penitenciarios, son realmente desastrosas, hasta pensar que es preferible morir en el acto mismo.

En nuestro Estado colombiano, se prohíbe la pena de muerte, no obstante existe algo peor, “la muerte en vida” como castigo por adecuar un comportamiento a una conducta prohibida por el legislador. Haciendo una analogía con lo que reza Pablo en filipenses<sup>8</sup>: “el morir es ganancia”. Porque si bien es cierto, las personas son titulares de Derechos absolutos, pareciera que el desconocimiento de esta premisa, conmine al maltrato a una persona proclive a delinquir. Pablo tenía razón respecto de la ganancia, toda vez, el cúmulo de vejámenes que se cometen con las personas que están privadas de la libertad, quienes están sometidas en la ejecución de la pena a una muerte lenta, que conlleva al privado a un extenso y mayor dolor, a una doble condenación.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en las visitas in loco que ha realizado, producto de la preocupación existente, por la situación de estas personas en Colombia, sino en otros países latinoamericanos, ha observado que los problemas más graves y extendidos en la región son<sup>9</sup>:

- a) El hacinamiento y la población;
- b) las deficientes condiciones de reclusión, tanto físicas, como relativas a la falta de provisión de servicios básicos;
- c) los altos índices de violencia carcelaria y la falta de control efectivo de las autoridades;
- d) el empleo de la tortura con fines de investigación criminal;
- e) el uso excesivo de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad en los centros penales;
- f) el uso excesivo de la detención preventiva, lo cual repercute directamente en la población carcelaria;

8. Biblia de Referencia Thompson, versión Reina Valera, Revisión de 1960, filipenses 1; 21b.

9. Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas.

- g) la ausencia de medidas efectivas para la protección de grupos vulnerables;
  - h) la falta de programas laborales y educativos, y la ausencia de transparencia en los mecanismos de acceso a estos programas;
  - i) la corrupción y falta de transparencia en la gestión penitenciaria.
- a) La ausencia de políticas integrales (criminológicas, de derechos humanos, penitenciarias, de rehabilitación, de género, de justicia penal).
  - b) El hacinamiento carcelario, originado en reducidos presupuestos y en la falta de adecuada infraestructura.
  - c) La deficiente calidad de vida en las prisiones.
  - d) La insuficiencia de personal penitenciario y su falta de capacitación adecuada.
  - e) La falta de programas de capacitación y de trabajo para las personas presas.

Nuestro Estado, sumido en una superpoblación carcelaria, donde se limita el goce de Derechos que permanece incólumes, en cabeza de sus titulares, ha llevado a una realidad nacional calificada como crítica, donde no es el Sistema el que falla, sino quienes ejecutan los procedimientos del mismo. Lo anterior lleva a concluir que el Estado no está en condiciones garantizar los fines de la pena, por el contrario, lo que se hace es destruir el fuero interno de la persona, convirtiéndolo en un ser inerte para la sociedad, un resentido que ha sido formado en la mejor escuela criminal que emerge en la sociedad: “la cárcel”, máxime cuando en la mayoría de estos lugares, se han estructurado organizaciones criminales.

Esta notoria deficiencia del Estado, ha causado que se pierda la credibilidad de disciplina sancionatoria, la confianza legítima para resarcir las conductas delictivas de los privados de libertad, pues algunos de los internos prefieren estar adentro delinquiendo, puesto que se sienten legitimados y protegidos, al fin y al cabo están bajo la protección del Estado. Esta espantosa situación, nos lleva a observar la doble condenación que algunos reclusos sino la mayoría, está padeciendo dentro de estos centros penitenciarios, pues estas bandas delincuenciales de poder, actúan de forma aún más violenta que la misma autoridad por parte del Estado, el cual no está solo para vigilar que la condena se cumpla; sino también para proteger y asegurar los Derechos de la población interna.

El Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) en una de sus publicaciones, plantea que los cinco problemas o necesidades principales en los sistemas penitenciarios de América Latina son<sup>10</sup>:

Estos informes internacionales permiten evaluar el comportamiento de nuestras autoridades, el desgaste que se presenta al desempeñar un cúmulo de tareas que no cumplen los mismos fines del Estado, pues el fin de que las personas sean privadas de la libertad cuando cometen un delito es el de garantizar a la comunidad un bienestar de convivencia y en el privado de la libertad es llevarlo a reparar el daño que causó a la comunidad, pero en esa reparación está incluida la reinserción de la persona a la sociedad, la resocialización del mismo, además la satisfacción mutua y la garantía a la no repetición de la falta cometida. Esto es todo lo contrario a la actuación del Estado, pues en vez de rehabilitar para resarcir un daño, está alimentando la delincuencia, camino a la reincidencia de las faltas cometidas y lo que es peor aún, preparándolos para multiplicar la maldad, es de anotar que es el Estado garante de éstas personas, es el único responsable de tales actuaciones. Lo paradójico es que, además de ser el garante, también es el que contribuye a la vulneración misma de los derechos humanos.

La Corte Interamericana siguiendo criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos, estableció, a partir del caso Neira Alegria y otros, que “toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos”<sup>11</sup>.

Posteriormente, en el caso del “Instituto de Reeducación del menor vs. Paraguay”, el mismo Tribunal,

10. Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas. (ILANUD) Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención y el Delito y el Tratamiento del Delincuente (publicación cárcel y justicia Penal en América Latina y el Caribe).

11. Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas.

desarrolló aún más este concepto, y agregó *inter alia* que: “Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar”.

Lo anteriormente descrito por la Corte Interamericana, deja claro la diferencia que existe entre la titularidad del derecho que es inherente al hombre y el derecho que pierde el privado de libertad por el incumplimiento de la ley, cuando ha afectado a la sociedad.

## 1. ESTANDARES INTERNACIONALES

### El derecho a la vida

El derecho a la vida, es pues uno de los estándares a nivel internacional, como bien lo declaran todas las Constituciones y demás normas nacionales y preceptos internacionales, pues sin el titular de la vida, no hay a quien legislar. Esta importancia se denota cuando se arguye que aunque no existe una jerarquía en la importancia de los Derechos, no se puede desconocer que el Derecho a la vida es el presupuesto para el goce de las demás garantías fundamentales.

A continuación se enunciarán los instrumentos internacionales que consagran el Derechos a la vida:

1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: art. 1 “Derecho a la vida... Todo ser humano tiene derecho a la vida”.
2. Convención Americana sobre Derechos Humanos. “Pacto de San José de Costa Rica” en el capítulo II, Derechos civiles y Políticos, art. 4 “Derecho a la vida” y en su numeral 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

En el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos.

1. Declaración Universal de Derechos Humanos art. 3 “Todo individuo tiene derecho a la vida...”.
2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Parte III, art. 6, n° 1. “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Título I Derechos y Libertades. Art. 2. Derecho a la vida. N°1. “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionalmente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

En la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos. (Carta de Banjul) Parte 1. Derechos y Deberes. Capítulo 1. Derechos Humanos y de los Pueblos. Art. 4 “Los seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona. Nadie puede ser privado de este derecho arbitrariamente”.

Retomando el tema de los privados de la libertad en Colombia, nuestro Estado está condenado, pues la cantidad de muertes en estos lugares, bien sea por enfermedad o por violencia son muchos. Y como ya hemos dicho que, el Estado es el garante, es el que debe responder por cada uno de estos privados de la libertad, desde el momento mismo que ingresan al penitenciario y debe garantizar que saldrán de allí resocializados, de lo contrario ¿qué sentido tiene privar de la libertad a estas personas?. Lo que no se sabe es hasta donde pueda el Estado tener una justificación por las muertes de estas personas, analicemos un poco la carga del Estado al respecto:

1. **Muertes por enfermedad**, en ocasiones escuchamos que la muerte es un estado natural del ser humano, lastimosamente, la gran mayoría de los sucesos de muerte en las cárceles, obedece a la omisión o aquiescencia del Estado, quien como responsable o garante, debe además de darles una atención médica, que es obligatoria, deben adecuar estos lugares de acuerdo a los estándares internacionales. Es crítica la forma como viven estas personas, privación de agua potable, el hacinamiento existente, impide que estas personas tengan un espacio para dormir, mala alimentación, limitación para realizar

sus necesidades fisiológicas, coacción permanente por parte de los guardias, incomunicación, no hay cupo, ni espacio para la recreación, no hay educación, en definitiva cuesta escribir esa realidad absurda en la que se encuentran miles de colombianos que a lo mejor no contaron con la suerte, ni la fortuna de tener una buena asesoría jurídica y peor aún, el silencio sepulcral en el que están sumergidas estas actuaciones.

2. **Muerte por Violencia**, es increíble pensar que una persona privada de la libertad que está al amparo y protección del Estado, constantemente sufra atropellos por parte de las autoridades estatales y aun por las bandas de delincuencia que esas autoridades apoyan internamente, conformados por los mismos internos, quienes ostentan el poder suficiente para manipular las autoridades estatales, es un burla a la Justicia.

Constantemente son sometidos a maltrato físico y en algunas ocasiones en una extralimitación o exceso mueren, situación que se disfraza en un accidente o riña entre los mismos peligrosos internos.

En este sentido, la CIDH observa que el encierro de una persona en condiciones de aislamiento que no se ajusten a los estándares internacionales aplicables constituye un factor de riesgo para la Comisión de suicidios. Así, la salud física y mental del recluso debe estar supeditada a una estricta supervisión médica durante el tiempo que dure la aplicación de esta medida. El aislamiento o confinamiento solitario de una persona privada de la libertad solo se permitirá como una medida estrictamente limitada en el tiempo, como último recurso y de acuerdo con una serie de salvaguardas y garantías establecidas por los instrumentos internacionales aplicables<sup>12</sup>.

3. **Derecho a la Integridad Personal:** En el derecho de la integridad personal, comprendida en su triple dimensión: física, psíquica y moral, representa un gran reto para las autoridades carcelarias, máxime cuando se trata de un Derecho que debe permanecer indemne mientras perdure la limitación de la libertad. Lo que exige al Estado desarrollar acciones tendientes a garantizar y materializar su protección.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos en su Art. 5 consagra el Derecho a la integridad Personal, entendida como:

- Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
- Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
- Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias.
- Excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
- Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevarlos ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
- Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Analizando un poco estos artículos, se puede decir que integración personal constituye un todo de la vida del hombre, pues no se concibe a una persona privada de la libertad con el solo derecho a la existencia misma.

Tal y como se ha expresado supra, la situación devastadora de las cárceles, manifiestan que el Estado es deficiente, además de que es corrupto al permitir que por omisión se cometan todos estos hechos de atrocidad. No se tiene en cuenta el “control de convencionalidad”, la detención preventiva pasó a ser la regla general, no se tiene en cuenta la sustitución de penas, el principio de oportunidad existe sólo en el código, la justicia restaurativa ha quedado sumida en el olvido

## BIBLIOGRAFÍA

1. Derechos de las personas privadas de la libertad, organización de estados americanos, <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/default.asp>
2. Convención Americana Sobre Derechos Humanos.
3. Declaración Universal de los Derechos Humanos.
4. Colectivo de abogados, José Alvear Restrepo, Afiliado a la Federación Internacional de Derechos Humanos y la Organización Mundial contra la Tortura Estatus Consultivo

---

12. Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas.

- en la OEA. <http://www.colectivodeabogados.org/Aumentan-casos-de-privacion>.
5. CRÍTICA SITUACIÓN DE HACINAMIENTO EN LAS CARCES COLOMBIANAS, Jueves, 21 de Marzo de 2013 16:47, ELEMENTOS DE JUICIO, TEMAS CONSTITUCIONALES.
  6. Biblia Plenitud, Versión Reina Valera 1960.
  7. TALLER DE DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, UNISABANETA. Patricia Madrigal, Daniela Tabares Atehortúa. Docente: Luz Elena Mira Olano.
  8. Como imaginaron en la Alemania Nazi sus ciudades en el futuro, <http://www.elboyardia.cl/node/23402>.
  9. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Integridad personal y Privación de la libertad, artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26393.pdf> .
  10. Declaración Universal de Derechos Humanos
  11. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
  12. Informe Sobre los Derechos Humanos de las Persona Privadas de la Libertad en las Américas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

# La transformación de la cárcel

Integrantes Semillero\*

*“el derecho penal se justifica cuando logra ser un instrumento de defensa  
y garantías de todos: de la mayoría no desviada, pero también de la minoría desviada”*  
Luigi Ferrajoli

## RESUMEN

La visión utópica de una futura sociedad capaz de resolver sus conflictos sin la necesidad del derecho penal es una constante histórica. Muchos autores y escuelas vaticinan sobre la desaparición del derecho penal. Anuncian que morirá de muerte natural y pacífica cuando se superen las formas de producción y estructuras criminógenas de determinados modelos de sociedad<sup>1</sup>. El *derecho penal represor* morirá a efecto de que se imponga un nuevo *derecho penal preventivo correccional*<sup>2</sup> construido sobre bases positivistas; o por una sociología criminal integrada por la psicología positiva, la antropología criminal y la estadística social<sup>3</sup>. Se espera el momento en que la humanidad no disponga de un mejor derecho penal sino de algo mejor que el derecho penal. Sin embargo la evolución histórica del control social no parece dar la razón a premoniciones tan optimistas.

Analizando el fenómeno del control social podemos mejor pensar que el derecho penal pasa por un momento robusto y feliz y que su fatal caída esta aun muy lejos de darse. Además porque es un sistema perfecto para las exigencias de los actuales momentos del capital y consumo. Podemos decir, sí, que el derecho penal se transforma y se racionaliza, pero en el sentido en que el sistema económico lo necesite. En ocasiones parece que se alejara de todo sistema humanizador en razón de su racionalización.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho Penal, Última Ratio, orden social, conducta, Función de la Pena, Penología.

---

\* Estudiantes del programa de Derecho, integrantes del semillero de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Corporación Universitaria de Sabaneta-Unisabaneta. Bajo la asesoría del Doctor Pedro Luis Uribe y la coordinación de la Doctora Luz Elena Mira Olano.

1. Pensamiento marxista ortodoxo, ver Tratado de Criminología, autor García Pablos, editorial Tirant lo Blanch. 1999.
2. Sobre un artículo “Del derecho penal represivo al preventivo”. Derecho penal protector de los criminales. DORADO Montero. 1951. Madrid.
3. Al respecto leer a FERRI, E. los nuevos horizontes del derecho penal y el procedimiento penal. Madrid, 1987. en el mismo sentido se pronuncian RADBRUCH, G. LUDERSSEN, entre otros.



## DESARROLLO

Mientras la sociedad primitiva resolvía sus conflictos mediante la autodefensa y la composición privada, la sociedad posterior, mas evolucionada, lo hacia refiriendo aquellos a la figura del soberano, primero, y a una moral convencional, después, lo que represento el transito de la venganza y la respuesta domestica al delito, a la pena publica, estatal, a la pena retributiva. La sociedad moderna, finalmente, intervendrá en el problema criminal, según el citado autor, partiendo de una drástica distinción entre moral y derecho, a través, siempre de “*una valoración racional de sus objetivos*”.

Una valoración *racional de sus objetivos*” constituye, en efecto, una de las notas distintivas del moderno derecho penal, que, revisa su rol y función en la sociedad de nuestro tiempo. Redefine, en consecuencia, sus metas y objetivos, los criterios de intervención del mismo, y los medios e instrumentos idóneos, evaluando, desde luego, aquella en función de su efectividad y coste social. Subrayar se naturaleza instrumental, trazar limites ciertos y seguros a su intervención y evaluar científicamente el impacto real de esta son tres de las principales manifestaciones del proceso de racionalización del derecho penal.

El moderno derecho penal tiene un rol instrumental preordenado en la exclusiva tutela de los bienes jurídicos más valiosos del orden social. No es un fin en si mismo sino un medio o instrumento al servicio de la convivencia humana. Castigar por castigar, prohibir por prohibir carece de sentido y legitimación si las conminaciones legales no persiguen asegurar aquella, protegiendo los valores fundamentales del hombre y la sociedad.

De todas maneras el derecho penal es un instrumento necesario para la protección de bienes jurídicos, pero no es el único. El estado moderno dispone un rico arsenal de medios para abordar el problema criminal y prevenir el delito. Las ciencias empíricas disponen de una valiosa información que demuestra la selectividad del crimen<sup>4</sup> y la posibilidad técnica de neutralizar eficazmente las variables que concentran mayores índices de delincuencia.

La efectividad real del derecho penal suscita una cuestión muy debatida en la doctrina. Que sea el instrumento más drástico del sistema de control social, no significa que sea el más eficaz y resolutivo de todos. Es obvio que la capacidad preventiva de una determinada

estrategia no depende de su naturaleza (penal o no penal) sino de sus efectos. Está demostrado que la pena no convence, disuade o atemoriza. Ninguna política criminal realista puede prescindir del castigo, pero tampoco puede una política criminal ser limitada a la mera política penal pues esta situación es un factor que genera factores criminógenos.

El problema central está en que las medidas de política criminal no preventivas llegan tarde al conflicto social. El daño ya esta hecho cuando se da la intervención. La intervención penal debe darse durante la manifestación y no luego de la producción del mal. Una genuina y eficaz intervención por prevención debe darse en una programación a medio y largo plazo y no puede entenderse en su estricta y negativa acepción intimidatoria, cuasi policial, sino positivamente, como prevención social y comunitaria.

Innegable es que la comunidad paga por la intervención por prevención paga un alto precio. La ejecución de la pena implica elevados costos además de lo gravosa que es. La pena es inmensamente invasiva y destructora y no redime a la sociedad o la víctima, ni a quien se le aplica, ni al estado y lo peor, el delito persiste.

Todo indica que la pena no resocializa, por el contrario, estigmatiza; no limpia, en vez, mancha. El control penal no resuelve el problema de la desviación, antes bien, la potencia (desviación secundaria) y perpetúa al infractor en nuevo rol de desviado sugiriéndole un comportamiento de acuerdo a su nuevo status. A menudo el obstáculo para la reinserción social no es el haber cometido un delito, sino haber sufrido una pena.

De lo dicho se desprende que la intervención social debe ser mínima, y sometida a límites eficaces: una intervención selectiva, subsidiaria, porque el derecho penal es “ultimo recurso”, no respuesta natural y primaria al delito. El principio de intervención minima representa un límite coherente con la lógica del estado contemporáneo, que busca el mayor bienestar con el menor coste social de acuerdo con un postulado utilitarista.

El derecho penal debe hacer presencia en los conflictos sociales solo cuando sea estrictamente necesario e imprescindible. Nada más. No se trata de proteger todos los bienes jurídicos de cualquier clase de peligro que les amenace, ni de hacerlo utilizando los mecanismos mas poderosos y devastadores del Estado, sino de programar un control razonable a la criminalidad, seleccionando los

4. Selectividad del crimen, GRACIA PABLOS, A. tratado de criminología. Ob. Cit.

objetos, medios e instrumentos. El derecho penal no es la solución al problema del crimen, es el último recurso de que dispone la sociedad moderna, no el único, y acudimos a él solo en caso de extrema necesidad para defender los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves y solo cuando no ofrezcan garantías de éxito las restantes estrategias de naturaleza no penal.

Las ciencias criminológicas han comprobado que se puede prevenir eficazmente el delito no solo contra motivando al infractor potencial con la amenaza del castigo (prevención penal) sino con programas y estrategias “no penales” que incidan de forma selectiva en los factores, datos y elementos que convergen o integran el escenario criminal. El crimen no es un fenómeno casual o fortuito, sino un seceso selectivo que sabe escoger un momento oportuno, el espacio adecuado, la víctima propicia. Una completa información científica sobre tales variables del delito (personales, espaciales, temporales, estructurales...) permitirá la neutralización de las mismas con alta eficacia y bajo coste social.

El problema del derecho penal esta en la aplicación eficaz, eficiente y útil de la pena y su efecto sobre el penado, para que se revierta favorablemente sobre la sociedad a la que pertenece.

## 1. Penologia

LA PENA<sup>5</sup>, como conclusión del sistema represor.

El criminal avezado, el de profesión, el habitual, aun el potencial, sabe que no será fácilmente apresado, también lo sabe el ciudadano común y corriente; Confía en que no será descubierto y conoce que las probabilidades de que lo descubran son mínimas. Es conciente de que el sistema es en extremo falible y que la constante del estado frente al delito es la impunidad. El calculo del riesgo esta presente en el plan criminoso, la valoración de las posibilidades de que algo salga mal en la comisión de un hecho punible esta calculada en la mente del infractor. El análisis del grado de dificultad que entraña la ejecución del delito, pericia y capacidad propia para llevarlo a cabo exitosamente, efectividad real de

intervención del sistema penal, esta valorado previamente a la comisión del hecho criminoso. La policía judicial no tiene los recursos tecnológicos y científicos en la forma como dirige la investigación y resolver un hecho en concreto es un azar dentro del inmenso mundo de los actos delictivos. El estado frente al delito, antes que aplicar tecnología y técnica investigativa de avanzada, prefiere aumentar considerablemente las penas<sup>6</sup> pero esto no garantiza una reducción en la actividad criminal, solo garantiza, que si el sujeto es apresado estará más tiempo por cuenta del estado. Porque el homicidio pueda llegar a tener una pena de hasta sesenta años, según la ley 890 de 2004, modificatoria de la ley 599 de 2000, no tendremos menos muertos, lo que si garantiza tal situación, es que el homicida estará mas tiempo viviendo del erario estatal, sin posibilidades de recuperación como miembro del grupo social, de una comunidad.

Hoy, esta demostrado que la severidad del castigo es solo una de las variables que intervienen en el mecanismo disuasorio, pero no es única ni principal, sí, la mas fácil para el legislador frente al estímulo aversivo.

Mantener en la cárcel al criminal, no resuelve el problema del delito frente a la sociedad, ni frente al estado, y mucho menos del criminal mismo y su familia cercana o su vecindad, aun menos con respecto a la víctima-sujeto y la víctima-comunidad.

La víctima-sujeto es aleatoria, accidental, marginal, no cuenta en el proceso penal<sup>7</sup>. Es sí, importante sujeto civil frente a los actos indemnizatorios, pero eso es otro asunto. Y, la víctima- comunidad es un sofisma de distracción, irreal, una mera abstracción doctrinal con fundamento constitucional para legitimar un actuar represivo del estado.

La pena entonces, no redime, no resocializa y menos reeduca. Estos fines teleológicos de la sanción son irreales y apenas si sirven para ilustrar la cátedra de derecho penal ideal en las universidades. La realidad esta lejos de estos paradigmas. Una pena será reeducadora y resocializadora cuando ella, en si misma, permita al condenado recuperar la dignidad, le otorgue oportunidades dentro del medio, lo haga socialmente útil y le de preponderancia

- 
5. Apartes del libro Derecho Penal General, escrito por PEDRO LUÍS URIBE SÁNCHEZ. Publicado en Internet, para uso gratuito de consulta por estudiantes de derecho penal.
  6. La ley 890 de 2004, no hizo otra cosa que imponer penas mas severas en aras – según se justifica por los legisladores – de garantizar el respeto por la normatividad que impone el sistema procesal acusatorio, ley 906 de 2004.
  7. La ley 906 de 2004 incluye a la víctima como parte esencial del proceso, pero jueces y fiscales aun no lo asumen como esa parte vital que necesita redención y protección. La ley de víctimas es mas un sofisma de distracción que una verdadera posibilidad de rehabilitación del derecho birlado. Debería ser el estado quien indemnice a la víctima frente al delito, pues es el mismo estado quien fallo en su función protectora de los asociados.

como ser humano. Imaginemos un criminal, que no es condenado a pagar con su libertad y el consecuente encierro por décadas su delito, imaginemos una política estatal de sanción donde concurren la libertad vigilada, el trabajo dirigido, la academia y la capacitación, incluidos espacios para diversión y la lúdica. Que en vez de cárcel tengamos un gran sistema de producción<sup>8</sup> en donde los condenados “como sanción” trabajen para mantenerse ellos y a sus familias de un lado, para cancelar la deuda adquirida con la víctima, el ofendido y el perjudicado, de otro y, para pagar su manutención (deuda) frente al estado. Un sujeto que sabe que tiene la oportunidad de mantenerse dignamente y pagar su afrenta no será un delincuente recaído y menos si en el pago de su sanción (Sanción-producción) se le brinda la oportunidad de la capacitación: estudios técnicos, tecnológicos o profesionales, o, adquirir un oficio que le garantice oportunidades de sobrevivencia una vez cancelada la deuda que como condena estará pagando en la “fabrica de trabajo vigilado y dirigido”. Pero conociendo todos de antemano la capacidad corruptiva de los empleados del estado y su desmesurada ambición y deseos de enriquecimiento rápido, la sanción - Producción deberá estar en manos de directores empresarios privados que gozaran de la garantía de administración no solo del establecimiento sino de los penados. No se entiende como en un sistema de derecho penal constitucional capitalista se desperdicie tanta mano de obra y medios productivos solo porque el estado en su incapacidad aun no recobra la deuda que el criminal tiene.

Contra la justicia arbitraria e, impositiva y contra las penas inhumanas y bárbaras se pronuncio en su momento César De Beccaria. En aquel entonces no estaba el acompañamiento del abogado en juicio. Supongo que también habría sido amenazado si hubiere obrado a favor del reo. Basándose en actuaciones secretas en donde los hombres se acostumbraban ha enmascarar sus sentimientos y a fuerza de ocultárselos a los demás llegan finalmente a ocultárselos así mismos. Elocuente Beccaria al decir: “*desdichados los hombres que llegan a este extremo sin principios claros e inmóviles que los guíen, vagan descarriados y fluctuantes en el vasto mar de las opiniones*”. Según Jhon Locke la libertad de un hombre sometido a un poder civil consiste en disponer de una regla fija para acomodar a ella su vida. La ley no es opresión sino garantía, de ella, según beccaria, la

muerte de un ciudadano se debe dar por dos motivos: *el primero: cuando estando este en cautiverio y se sirve todavía aun de medios externos para dañar a la sociedad y; segundo, cuando este causa la desestabilización y pone en peligro la seguridad del estado*. Ahora bien actualmente la pena tiene como fin la prevención general y especial para que con este no se destruya el tejido social y la seguridad del estado. Frente al reo la pena tiene una finalidad reeducadora, resocializadora y rehabilitadora con el fin de que en el futuro este pueda reintegrarse a la sociedad. La pena debe estar en grado con el delito, de ahí que tal pena cual delito, la pena es la restricción que se hace por el órgano jurisdiccional competente a la persona que a realizado un hecho punible, pero la tarea básica de ésta es la protección del bien jurídico tutelado a fin de asegurar la existencia humana en sociedad.

El Estado Social de Derecho fue incorporado en Colombia a partir de la constitución de 1991 y su característica mas importante es la prevalencia del individuo; los derechos humanos. Cuando hablamos que la pena es la privación o restricción de bienes jurídicos pues se supone que se coarten derechos personales: el recorte de la libertad, el patrimonio. Durante la época monárquica se daban penas inhumanas y rudimentarias puesto que el poder absoluto del monarca constituía la única y última palabra. En el derecho moderno, fundamentado en el estado social de derecho, predomina el individuo y el bienestar social, el derecho a la vida, el debido proceso, la legalidad, la dignidad humana, la igualdad y la justicia soportados todos en los derechos humanos como base central. En la época monárquica de Beccaria no se tenía un fundamento jurídico proporcional con la pena por cuanto ella sobrepasaba los límites de la legalidad y a los principios que se derivan de esta. El estado está frente a la limitación constitucional para ejercer el *ius puniendi* o derecho a castigar limitado por sus principios.

La pena consiste en reprimir al infractor de gozar y disfrutar de derechos básicos para el desarrollo de su personalidad como lo son fundamentalmente la libertad, el honor, la vida y su patrimonio. El derecho penal en su artículo 1 ley 599 de 2000 nos habla sobre la dignidad humana, priorizando protección al individuo en sus derechos fundamentales de los cuales se deduce que el fin es la justicia<sup>9</sup> cuando a este se le haya violado un bien

8. Deberá ser una gran empresa constituida como tal, no como existen hoy, al interior de las cárceles, pequeños talleres de producción de cosas de hojalata.

9. Cuando un Sistema de Derecho no conduzca invariablemente a la obtención del valor Justicia, este sistema no sirve para nada y no se merece ningún respeto, deberá sin duda ser derrotado y cambiado por uno que si logre el objetivo social perseguido.

jurídico. El juez para imputar la pena debe basarse en la norma constitucional y en el derecho penal utilizando medios o instrumentos de interpretación como lo son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. La pena en nuestro ordenamiento jurídico tiene una función preventiva general y especial frente a la prevención general busca una actitud disuasiva para que el que no a delinquiero no delinca y para que el que delinquiero no delinca mas, por tanto, la prevención especial esta basada en la criminalización del sujeto activo, la función de la pena lleva ha que este se reeduce, se resocialice y rehabilite.

El principio de legalidad es pieza fundamental en el desarrollo histórico del proceso punitivo del estado contra el sujeto, es este principio el que marca la diferencia entre la época monárquica y la democracia por que conforma la garantía procesal del reo. Su origen histórico revolucionario esta en la revolución francesa a partir del cual se ha incluido en casi todas las leyes fundamentales de todos los países. la conquista de la burguesía liberal contra el absolutismo del antiguo régimen están ligadas, sin embargo no solo a la reserva de ley ,sino también a la claridad y precisión de las leyes penales, a la institucionalización de jueces independientes (frente al gobierno) e imparciales, a Principios como el de el debido proceso, la legalidad de la prueba y al respeto de la lógica y el lenguaje en el contexto de unas reglas generales de carácter metodológico en torno a las tareas de la interpretación jurídica, reglas que son suministradas por la dogmática jurídica y jurídico-penal (sistematización de las normas penales). Desde el punto político criminal es la exigencia constitucional e internacional dirigida al legislador para que no autorice la imposición de procesos, pruebas y sanciones criminales sin la existencia previa de una ley debidamente promulgada en que se defina con claridad y precisión el hecho amenazado y determine igualmente la clase y medida de la pena criminal que le corresponde. Es una atribución jurídica constitucional del legislador bajo la forma de la ley. Solo la ley en sentido formal puede definir delitos y estatuir penas.

### **¿Pero es útil la pena que se cumple en internamiento penitenciario?**

LA CÁRCEL. Como mecanismo de control posterior de las manifestaciones desviadas de conducta y voluntad. El filósofo Jeremy Bentham (1748-1832), se encuentra ligado a la cárcel de un modo diferente, sus aportes son la concreción de sus ideas utilitaristas.

El panóptico (toda visión) se muestra con dos rostros: el castigo y la educación. Ya que nuestro autor se pregunta por lo que es una prisión, contestándose que “...es una mansión en que se priva a ciertos individuos de la libertad de que han abusado, con el fin de prevenir nuevos delitos, y contener a los otros con el terror del ejemplo; y es además una casa de corrección en que se debe tratar de reformar las costumbres de las personas reclusas, para que cuando vuelvan a la libertad no sea esto una desgracia para la sociedad ni para ellas mismas”.

Los problemas que busca resolver son: crear una cárcel barata, donde un número pequeño de personas, cuide de una comunidad grande. Se reforme la conducta de los hombres y se les liquide su inclinación delictiva. El trato humano a los presos no implique un gasto excesivo. Los prisioneros sirvan de ejemplo a los hombres libres, y les alejen del delito. La inspección sirve a Bentham para configurar una mirada universal y constante sobre el preso, así, “...es el principio único para establecer el orden y para conservarle; pero una inspección de un nuevo género, que obra más sobre la imaginación que sobre los sentidos y que pone a centenares de hombres en la dependencia de uno solo, dando a este hombre solo una especie de presencia universal en el recinto de su dominio”.

Unida a la idea de una presencia universal que inspecciona y domina, está la articulación de otras miradas; menos importantes pero que ayudan a la conservación del orden. En el Panóptico, cada uno, según su puesto, está vigilado por todos los demás, o al menos por alguno de ellos; se está en presencia de un aparato de desconfianza total y circulante porque carece de un punto absoluto. Otro de los puntos importantes en el panóptico es la aritmética de los placeres, tan característica del utilitarismo, y que podemos hallarla en las tres reglas para el funcionamiento del lugar, la “Regla de Dulzura”, la “Regla de Severidad”, y “Regla de Economía”. La primera se refiere a una eliminación de daños corporales, la segunda a una condición de vida inferior a la de los hombres libres, y la última regla que prescribe un rechazo a todo gasto extra en castigos o indulgencias.

### **De manera esquemática, el panóptico se representa con la figura siguiente:**

Donde el círculo más pequeño, puede representar la torre de vigilancia y el círculo mayor, el conjunto de celdas, donde habitan los presos. A este sencillo esquema

se puede agregar un cuadrado que rodee el panóptico y lo separe de otros edificios civiles, pero deberá conservar el carácter de economía en la vigilancia, es decir, sólo puede agregarse a ese cuadro, un vigilante por esquina.

La descripción de Bentham es la siguiente:

“Una casa de penitenciaría...debería ser un edificio circular, o por mejor decir, dos edificios encajados uno en otro. Los cuartos de los presos formarían el edificio de la circunferencia con seis altos [seis pisos o niveles], y podemos figurarnos estos cuartos como unas celdillas abiertas por la parte interior...Una torre ocupa el centro, y esta es la habitación de los inspectores...la torre de inspección está también rodeada de una galería cubierta con una celosía transparente que permite al inspector registrar todas las celdillas sin que le vean, de manera que con una mirada ve la tercera parte de sus presos... pero aunque esté ausente, la opinión de su presencia es tan eficaz como su presencia misma...Entre la torre y las celdillas debe haber un espacio vacío, o un pozo circular, que quita a los presos todo medio de intentar algo contra los inspectores...El todo de este edificio es como una colmena, cuyas celdillas todas pueden verse desde un punto central...”

En el mismo panóptico, se proyecta su edificación con respecto a la salida y puesta del sol, para que se iluminen las celdas y se facilite la mirada del inspector.

También se pone cuidado en el aspecto higiénico, pues hay obligatoriedad en la limpieza personal y en la limpieza de las celdas, la luz del ocaso o el levante, consideró Bentham, contribuiría en la buena salud de los internos.

Para su buen régimen y funcionamiento, deben seguirse tres criterios: (a) ausencia de sufrimiento corporal; (b) severidad, pues el recluso no puede encontrarse mejor que en libertad; y (c) economía, es decir, evitando gastos innecesarios.

En cuanto a la pena, Bentham formuló la **teoría utilitaria del castigo**: el delincuente debe comprobar como de su delito derivan consecuencias más negativas que positivas para el mismo.

Con respecto de los aportes de otros campos empíricos, cabe señalar que antes de Lombroso ya se habían llevado a cabo las más diversas investigaciones sobre el delito y el hombre delincuente. Así, existen campos del saber que, por su método y algunas hipótesis, deben ser considerados como antecedentes del positivismo criminológico.

Uno de ellos, es la **Fisonomía**, que versa sobre la apariencia externa del individuo y la interdependencia de

lo somático y lo psíquico; el cuerpo y la personalidad; lo interno y lo externo.

Se trata de una vieja idea: alma y cuerpo se hallan en íntima relación, de modo que las deformidades somáticas se corresponden con vicios y defectos anímicos. Se asocia la belleza física con la bondad y la maldad, con la fealdad corporal.

El origen de la palabra “malhechor” puede significar no sólo a una persona que hace el mal, sino también, a persona mal hecha. Algunos elaboraron toda una técnica de la observación, señalándose algunos caracteres como de índole criminal: anomalías en la cabeza, frente, orejas, nariz, dientes, etc.

La fisonomía permitió en el siglo XVIII decir: “cuando tengas dudas entre dos presuntos culpables, condena al más feo”; o decir a un juez napolitano, “Oídos los testigos de cargo y de descargo, y vista tu cara y tu cabeza, te condeno a...”

## NUESTRA PROPUESTA

Imaginemos dos clases de criminales, uno, aquel avezado, que vive del delito como su modo de subsistencia cotidiano. Conoce todos los intrínsecos de la acción criminal. Sabe planear y ejecutar la hipótesis delictiva y obtener al fin un resultado querido. Pero imaginemos un segundo actor, aquel que ha delinquido por primera vez, o que lo hizo por casualidad, por error, por presión, por necesidad, por razones de eventualidad, el caso del principiante, del que aun puede ser rescatado por la sociedad. En ambos casos, el delito cometido, según su gravedad y su quantum, pondría al sujeto actor en la cárcel, en la prisión intramural por un espacio de tiempo, que en nuestro caso según lo normado procesalmente, estaríamos contando, por lo general, a partir de cuatro años.

Pero, ¿si será necesario que este segundo actor delictual vaya a la cárcel? ¿En que se beneficia el estado la sociedad y el derecho, con la inclusión carcelaria de este sujeto?

Imaginemos un lugar propicio para este segundo delincuente. Sería una cárcel que serviría de dormitorio mas que de reclusorio, donde el penado, libre durante el día, presente sus informes de gestión de libertad vigilada, por ejemplo. El penado podría, trabajar en una empresa particular o pública o para el mismo estado, para entidades de cualquier orden y allí estaría cumpliendo parte de su condena mediante la realización de actividades

legítimas que serían demarcadas con anterioridad por una autoridad competente, “un juez para la vigilancia de la libertad”, por ejemplo. El penado tendría derecho, como todo empleado a un salario justo y que le permitiría dignificar su vida su familia y pagar a la víctima lo que se le haya fijado por indemnización de perjuicios o su equivalencia. Tres funciones cumpliría el penado forzosamente: trabajar, estudiar y cumplir una función social, siempre en libertad vigilada.

El penado estaría en manos de un equipo interdisciplinario que haría observaciones sobre las fortalezas del sujeto para destacarlas y sobre sus falencias para tratarlas. El proceso de reinserción social estaría a todo momento vigilado, controlado y valorado.

Se hace necesario que haya una normatividad que ajuste tal situación a la realidad. No debe ser el quantum de la pena el que determine la libertad o la calidad del delito, sería la valoración del perfil social del sujeto, hecho por personal experto lo que lo determinaría. La cárcel como prisión solo tendría a sujetos a los que verdaderamente probada su peligrosidad así lo ameriten.

Situaciones jurídicas como la detención preventiva deberán ser revisadas y ajustadas a la nueva propuesta carcelaria. La detección domiciliaria nocturna tendría una importancia grande. Los subrogados penales, los beneficios por compromisos adquiridos y por colaboración serían vitales, el principio de oportunidad debería ser simplificado y ampliado en tiempo y en número de

delitos amparados. Las situaciones administrativas como solución en remplazo de tramites penales sería formidable, la indemnización de perjuicios por el daño causado tendría un valor innegable. La negociación, la conciliación, la transacción y en general todo aquello que pudiera darle contenido civil al daño causado sin tramite penal sería bienvenido. Ampliar la gama de delitos querellables es importante.

El beneficio es multidireccional, de un lado los costos que genera para el estado y la sociedad contributiva se verían por mucho muy bajos respecto de lo que hoy se tiene en hacinamiento y manutención de improductivos presos. De otro lado la sociedad ganaría en el reintegro de hombres que alguna vez presentaron una conducta desviada, asocial, párasocial o antisocial, que por demás serían hombre que vendrían Con comportamientos ajustados y revitalizados con disciplina, responsabilidad social y personal y con una nueva mirada hacia sus congeneres. En principio creemos que serían hombres y mujeres sociales. Ganarían las familias en unidad y fortaleza fraternal y de apoyo por uno de sus elementos que se desvió pero que ahora se reincorpora como fuerza viva del grupo, ganaría el sujeto mismo en oportunidades, reinención de su propio yo en razón de la nueva oportunidad, ganaríamos todos en derechos humanos y dignidad social. Pero la mayor ganancia sería para el Estado como entidad supra que mantiene el orden, el derecho y la seguridad ciudadana.

Cuadernillo de Semillero de Derecho Internacional  
de Derechos Humanos

se terminó de imprimir en la  
Editorial Artes y Letras S.A.S.,  
en septiembre de 2013

