

ENSAYO JURÍDICO DE DERECHO PÚBLICO

DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

EL SISTEMA DE TRATAMIENTO CARCELARIO Y PENITENCIARIO O.N.U. , COMO FUNDAMENTO DE LA RESOCIABILIZACION O RESOCIALIZACION DEL INTERNO, EN EL AMBITO COLOMBIANO

Por:

Libardo Orlando Riascos Gómez

Doctor en Derecho

lorgesp@yahoo.com

Copyright 2000

ABSTRACT

La presente investigación bibliográfica y de campo analiza el marco normativo del derecho comparado relativo a los sistemas penitenciarios y se profundiza en el derecho penitenciario colombiano. En el derecho colombiano, el sistema penitenciario se estudia a la luz de las normas constitucionales y las normas legales vigentes y fruto de esto se propone el que llamamos Sistema Penitenciario ONU, porque recoge los principios, guías y postulados emanados de la Organización de la Naciones Unidas sobre el tema penitenciario mundial.

Palabras Claves: Penas, Sistema penitenciario, Derechos Humanos, Constitución, Legislación.

ABSTRACT

The present bibliographical investigation and of field it analyzes the normative mark from the relative compared right to the penitentiary systems and it is deepened in the Colombian penitentiary right. In the Colombian right, the penitentiary system is studied by the light of the constitutional norms and the effective legal norms and fruit of this he intends the one that call System Penitentiary ONU, because it picks up the principles, guides and emanated postulates of the Organization of the United Nations on the world penitentiary topic.

Key words: Punisher, penitentiary System, human rights, Constitution, Legislation.

CONTENIDO

PRIMERA PARTE

CONSTITUCION DEL SISTEMA PENITENCIARIO ONU EN EL CONSTITUCIONALISMO Y LEGISLACIÓN COLOMBIANOS

1. EL SISTEMA ONU EN COLOMBIA. ANALISIS DE LAS FUENTES DEL DERECHO.
- 1.1. EL CONSTITUCIONALISMO DE VIDA Y DE TRANSFORMACION SOCIO-POLITICA. CONSTITUCION FRUTO DE UNA CRISIS HOLISTICA Y EN CASCADA.
- 1.1.1. CONSTITUCION DEL 91, PREAMBULO Y POLITICA ESTATAL PENITENCIARIA Y CARCELARIA.
- 1.1.2. Y DEBERES CONSTITUCIONALES Y LEGISLACION PENITENCIARIA Y CARCELARIA.
- 1.1.2.1. Derechos y libertades constitucionales.
- 1.1.2.2. Deberes u obligaciones constitucionales.
- 1.1.3. DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES PLASMADOS EN LAS NORMAS JURIDICAS DE DERECHO INTERNACIONAL.
- 1.1.3.1. Normas Universales. Más sobre las Fuentes del Derecho Directas e Indirectas. Resociabilización.
- 1.1.3.1.1.1. Declaración de Derechos de las Naciones Unidas
- 1.1.3.1.1.2. Derechos Económicos, Sociales y culturales
- 1.1.3.1.1.3. Derechos Civiles y Políticos
- 1.1.3.1.1.4. Convención Americana de Derechos Humanos. "Pacto de San José".
- 1.1.3.1.1.5. Convención sobre eliminación de formas discriminatorias de la Mujer.

DESARROLLO:

1. EL SISTEMA ONU EN COLOMBIA. ANALISIS DE LAS FUENTES DEL DERECHO.

En el documento electrónico, *La Naturaleza jurídica del derecho y tratamiento penitenciario y carcelario. Los jueces de ejecución de penas*, hemos analizado los diversos sistemas de tratamiento penitenciario, así como sus principales caracterizaciones, incidencias en las legislaciones penitenciarias mundiales y particularmente en la colombiana.

Aquí pretendemos plantear y sustentar a manera de ensayo dentro de ésta investigación el sistema que llamamos de "tratamiento carcelario y penitenciario ONU", por que hunde sus raíces en la Constitución Política de 1991, en los Convenios y tratados Internacionales, por remisión expresa del artículo 93 de la Carta Política, y por supuesto en el Ordenamiento Jurídico Colombiano, particularmente en la Ley 65 de 1993.

El Sistema Penitenciario Colombiano, según el artículo 12 de la Ley 65/93, es el "Progresivo". Sistema originario de Inglaterra e Irlanda a finales del siglo XIX, y posteriormente implantado en otros países europeos y angloamericanos, como antes se analizó. El sistema constituyó un avance con relación a otros sistemas, tales como el Comunitario, el Pensilvánico, el Auburniano, como lo denotaron PEREZ Y VALLEJO ⁽¹⁾, en sus obras penales pero hoy por hoy, debemos comenzar a potenciarlos, sin olvidar el cuestionamiento.

El Sistema de Tratamiento Carcelario y Penitenciario colombiano, a partir de la expedición de la Constitución de 1991 por parte de la Asamblea Nacional Constituyente, es el que ha ido transfiriendo La Organización de las Naciones Unidas O.N.U., a los Estados Miembros; entre ellos Colombia, por intermedio de sus fructíferas y puntuales Convenios, Tratados y Resoluciones sobre defensa, respeto y control de los derechos humanos, cívicos y políticos, proscripción de penas inhumanas, indignas o degradantes, trato igualitario a todo ser humano, humanización de las penas y sanciones y universalización de parámetros y mecanismos sobre sistemas o tratamiento penitenciario. Normas internacionales éstas que se han ido incorporado en las legislaciones internas de cada Estado previos los trámites administrativos o gubernamentales y la expedición de Leyes aprobatorias de Tratados, Convenios o protocolos Internacionales.

Estas leyes aprobatorias una vez han pasado por el tamiz y control constitucional por parte de la Corte Constitucional como autoridad suprema de la guarda e integridad de la Constitución pasan a formar parte del llamado Derecho Interno u Ordenamiento Jurídico. Por ello, aún cuando pareciera que los Tratados o Convenios Internacionales están por encima de la Constitución, al incorporarse al derecho interno a través de leyes (así se llamen aprobatorias de tratados internacionales, siguen siendo leyes) esos tratados quedan en la escala kelseniana mirando siempre a la Norma Suprema Cabeza de Grupo de todo el Ordenamiento Jurídico: La Constitución Política de cada Estado Miembro de la ONU. Nace así formal y normativamente el sistema de tratamiento penitenciario y carcelario ONU Legislativo o por vía de incorporación legal en Colombia.

La Constitución de 1991, cuando recoge en su texto los derechos humanos de las tres generaciones, pero principalmente los derechos considerados "fundamentales" dirigidos a la defensa, protección, control y potenciación de los mismos y a todo lo que tiene que ver con el sistema y tratamiento penitenciario, se esté dando origen al sistema penitenciario y carcelario ONU constitucional o por vía de implantación del constituyente en Colombia.

El sistema penitenciario ONU abarca a más de cien Estados Miembros. Estos una vez incorporan en su Ordenamiento Interno los cuerpos normativos de la ONU, mediante leyes, éstas pasan a constituirse en una de las fuentes formales principales: La Ley (en el caso de Colombia así lo estipula el artículo 230, constitucional). En cambio, en los Estados no miembros o quienes no han ratificado los Tratados, Convenios o Protocolos sobre estas materias y, por ende, no han incorporado dicha normativa al Ordenamiento Jurídico Interno en la calidad de fuente formal legislativa podrán hacerlo en la correcta hermenéutica de la Teoría General de las fuentes formales del derecho como fuente formal complementaria (o "criterios auxiliares de la actividad judicial", según el citado artículo constitucional).

En efecto, los pronunciamientos de organismos universales como la ONU, la Asamblea General de las Naciones Unidas, la OIT, etc., no ratificados e incorporados al derecho de los estados miembros constituyen "principios universales o generales del derecho", para Estados miembros o no, pues éstos son criterios, guías, parámetros o principios que sirven para la orientación, interpretación o integración del derecho interno.

En la teoría de las fuentes, éstos principios universales constituyen fuentes complementarias (o auxiliares) del derecho y así se debe interpretar en términos del artículo 93 y 230, constitucional. Pero aún más, estas

normas internacionales no ratificadas o incorporadas al derecho interno deben ser aplicadas por los funcionarios estatales jurisdiccionales, administrativos, legislativos u organismos de control (Procuraduría, Defensoría del Pueblo y Contraloría) y aún los particulares con función pública (tal como lo dispone, el artículo 1 Código Contencioso-Administrativo --C.C.A.--), como "principios generales del derecho" en toda decisión judicial o administrativa. No hacerlo así, es desconocer las fuentes formales principales y complementarias del derecho.

En nuestro país este último planteamiento no tiene escuela doctrinal ni jurisprudencial, por cuanto nuestros estudiosos de las fuentes formales del derecho creen equivocadamente que éste comienza y termina en la ley, por errónea interpretación del inciso primero del artículo 230 en concordancia con el artículo 93 de la Constitución Política.

El Sistema penitenciario ONU, resume, mejora y potencia las características que los sistemas penitenciarios antecesores habían expuesto en sectores geográficos más pequeños y para ciertos Estados y que desde siglos atrás habían experimentado en sus cárceles regionales o provinciales, como la de Valencia (España), donde surgió el sistema Montesinos, o en Filadelfia (U.S.A.), el sistema que lleva su nombre, o en Auburn, para designar el sistema Auburniano, etc. Sistemas que los exportaron o acogieron total o parcialmente las diferentes legislaciones penitenciarias del mundo; entre ellas Colombia, pero aún así los bloques de países seguían siendo mas reducidos dependiendo si se adecuaba o no a las características y peculiaridades de los Estados que los acogiesen.

Hoy por hoy, las decisiones, resoluciones o cuerpos normativos de la ONU y la Asamblea de las Naciones Unidas aglutinan posturas, planteamientos y experiencias de un grupo bastante grande de Estados con disímiles connotaciones sociales, culturales, geográficas, políticas, de normas jurídicas procedimentales y leyes sustantivas penales (en todo lo atinente a la pena, su clasificación y aplicabilidad) y administrativas (ejecutividad y ejecutoriedad de la pena), así como también en el dirección, administración, vigilancia, aplicación de medidas resocializadoras, socio-terapéuticas o rehabilitadoras y aún pedagógicas de Centros penitenciarios y Carcelarios comunes y especiales.

En el Derecho Penitenciario Colombiano --como se vio en el capítulo primero-- se hace la diferencia de Centros o Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios, según se desprende de los artículos 21 y 22 de la Ley 65 de 1993. Los primeros, son aquellos donde se recluyen a los condenados. Estos centros de reclusión penitenciaria se subdividen en: Alta, Media y Mínima seguridad, según la complejidad de los hechos punibles, la persona recluida y los mecanismos de vigilancia, control y administración penitenciarios. Los segundos, es decir, las cárceles son establecimientos donde se cumplen las medidas de aseguramiento, especialmente la detención preventiva o la pena de arresto o detención administrativa prevista en el artículo 28 de la Constitución del 91. Como quiera que fuere, el sistema ONU, se aplica tanto a las personas que ingresan a los Centros Carcelarios o Penitenciarios y de allí la distinción del sistema que planteamos.

Una vez hecho la ubicación constitucional y legal del sistema estructurémoslo de la siguiente manera:

1.1. EL CONSTITUCIONALISMO DE VIDA Y DE TRANSFORMACION SOCIO-POLITICA. CONSTITUCION FRUTO DE UNA CRISIS HOLISTICA Y EN CASCADA.

El Estado Colombiano tiene un cuerpo normativo constitucional coherente que revela su naturaleza jurídica, sus fines, su filosofía jurídico-política y su quehacer diario. En 1886, La Constitución Política de aquélla configuraba un Estado de Derecho organizado como República Unitaria con centralización política y descentralización administrativa. En 1991, La Constitución Estatal estructura un Estado social de Derecho, organizado como República Unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

El principio de legalidad del Estado de Derecho, la tridivisión del poder e interrelación armónica de sus ramas y el reconocimiento, control y defensa de los derechos humanos, tanto en la Constitución Centenaria fenecida como la novísima Constitución constituyen la columna vertebral de su identidad socio-política, pero hoy estos postulados que vienen desde las revoluciones industriales europeas, principalmente inglesa y francesa, han tomado un nuevo rumbo al potenciarlos (instaurando nuevas generaciones de derechos humanos y estableciendo mecanismos de control nacional e internacional para mayor eficacia real y no simplemente escrita) y hacerlos descansar en el ser humano como sujeto social dignificado: el hombre, el niño, la mujer, el anciano en la familia, en la sociedad, en el trabajo, en la educación, en la política, en la reclusión, etc.

Estas premisas teórico-prácticas descansan en un complejo juego de postulados, conceptos, críticas,

vivencias y principios culturales, políticos, económicos, jurídicos, sociales y de profunda crisis moral, administrativa y de función estatal en todos sus ámbitos --de la que todavía hoy no salimos-- que nuestro Estado tuvo que vivir resumidamente en la reciente Asamblea Nacional Constituyente tras años de irse represando malquerencias, sinsabores, discriminación, desigualdades, intolerancias e incomprensiones. La amplia compuerta a ese avalancha turbulenta que amenazaba con explotar todo el sistema social y político colombiano lo constituyeron la amalgama de personajes (indios, intelectuales, profesionales, alfabetos primarios, etc) reunidos en la Asamblea Constituyente, pero como era lógico de esperarse la compuerta no fue lo suficientemente grande y perfecta para detener la turbulencia que fue disminuida, es cierto, pero no completamente eliminada --como era de esperarse de una acción humana, aún plural--. Por allí pasó y sigue pasando: corrupción estatal, debilidad del administrado o particular, falta de compromiso de todos nosotros con el Estado, ausencia de interiorización de los problemas personales, sociales, económicos, familiares y delictivos, abstracción de una cultura de la solidaridad, de la convivencia, de la ciudadanía, del "do ut des". En fin todo, esto, ires y venires, avances y retrocesos, puntos límites entre el ser y el deber ser, no son otra cosa que un constitucionalismo de vida y constante transformación.

La Constitución política de 1991, puesta en vigencia el 7 de Julio de ese año constituye en su formación estructural, social y jurídica la culminación de una fase del proceso socio-político colombiano en constante cambio, cuyos antecedentes no fueron muy alagadores ni menos pacíficos sino cargados de arrollamiento y aplanamiento del sistema vigente e incluso marcado por el nacimiento de nuevas formas de delincuencia más capacitada política, económica como tecnológicamente ⁽²⁾, la pérdida de credibilidad en los dirigentes políticos y sociales, las crisis en cascada de la economía y finanzas públicas en contravía de las privadas que pretendían arrasar a las primeras tras la privatización del servicio público colombiano; y en fin, factores y causas de crisis estatal devenidas del malestar de un pueblo como el nuestro en todos los ámbitos.

Al nacer a la vida jurídica colombiana la Constitución del 91, la colcha en la que se fundió fue la crisis para supuestamente combatir otras crisis estatales que han nacido tras la promulgación y que paradójicamente, y aunque no lo queramos continúan, pues las crisis son en cascada. En este estado de cosas, se enfrenta la constitución real y formal planteada por Ferdinand LASALLE en su conocida obra ¿Qué es la Constitución?, y que pesa a estar en un contexto histórico, geográfico y cronológico diferentes al nuestro (el alemán), dicha controversia pervive aún en el plano social y político y en todos los demás ámbitos. Las crisis sin manejar criterios maniqueístas no son buenas ni malas, son simplemente crisis y éstas hay que afrontarlas por quienes las vivimos, pero aquí ha sido inveterada la postura dualista de Estado y habitantes, cada parte interpreta el fenómeno de crisis como mejor lo entiende, pero jamás hemos tratado de entenderlo en doble vía, participando todos con fórmulas soluciónicas, interiorizando nuestras situaciones, vivencias, idiosincrasias, cultura, en una palabra nuestra identidad, sui generis de colombianos dentro y fuera del país.

El constitucionalismo de vida y de transformación inmerso en el texto constitucional del 91 no sólo debería reflejarse en el cambio normativo sino en el cambio de aptitudes, de mentalidad, de estructuras sociales, políticas, culturales y económicas, pues de lo contrario, la Constitución escrita seguirá siendo formal y el permanente cambio seguirá siendo real. Decir que una Constitución vive entre los colombianos no debe ser una simple retórica, un elemental catálogo de Derechos Humanos, ni una puesta a tono universal de estructuras, organismos y funciones estatales; sino una forma de sentir que los cambios obran en cada ser humano porque cada quien es su propio artífice; en cada familia porque los derechos y obligaciones de ésta son los de las demás; en cada sociedad porque ella refleja y resume al ser humano social y dignificado; en los Centros o Establecimientos Penitenciarios o Carcelarios, porque ellos hacen parte de un sociedad que se va descomponiendo o pretende salir de los cauces generales; en cada municipio porque sus integrantes funcionarios y pueblo se comprometen mutuamente; en cada departamento porque se estructuran planes y programas sociales y económicos comunitarios de compromiso estatal; en fin en la Nación porque hay verdaderas políticas sociales, económicas, planificadoras, tecnológicas, criminológicas, culturales que abarca a la sociedad toda.

Así las cosas sería imposible analizar todos los aspectos relacionado, por ello y teniendo en cuenta el objetivo central de nuestra investigaciones detengámonos en una sola política estatal: la criminológica dirigida al tratamiento penitenciario y carcelario resocializador pero inmerso en el sistema ONU.

1.1.1. CONSTITUCION DEL 91, PREAMBULO Y POLITICA ESTATAL PENITENCIARIA Y CARCELARIA.

Las Constituciones no son textos acabados ni menos perfectos, pero tampoco pueden ser cuerpos normativos de un día, un mes, un año. Deben ser constituciones de vida en constante cambio y transformación que no necesariamente significa cambio del cuerpo normativo como creen nuestros Congresistas y el Ejecutivo Nacional Actualmente al tratar de Reformar la Constitución del 91, porque dizque no están funcionando las

nuevas y tradicionales instituciones constitucionales, cuando lo que no funciona en realidad de verdad, somos nosotros mismos. No hemos entendido el cambio que comienza en nosotros.

El constitucionalismo colombiano entre una de sus características más destacadas como lo ha sostenido el profesor SACHICA ⁽³⁾, es el binomio "Estado y Derecho" para significar con ello que el las normas (Ordenamiento Jurídico), las estructuras y organización jurídico-políticas como sus funciones, derechos y obligaciones dimanan del Estado como persona jurídica institucionalizada para procurar la convivencia pacífica de los asociados, sustituyendo los medios violentos por los procedimientos arbitrales regularizados, o diríamos nosotros de prótesis de soluciones ideales y civilizadas.

La Constitución en el preámbulo como ideal persigue la integridad de los habitantes en el territorio patrio en un plano de igualdad, libertad y justicia. Nuestra Corte Constitucional ha sostenido que el preámbulo no es una mera introducción de principios y postulados de fines estatales a conseguir sino parámetros de vida que guían, orientan y dan eficacia a la estructura y función estatal, pues gozan de "poder vinculante" con el contexto de la Constitución produciendo efectos jurídicos, a tal punto que "toda norma --sea de índole legislativa o de otro nivel-- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios" ⁽⁴⁾.

En éste preámbulo, el Estado Colombiano empieza a estructurar la política penitenciaria y carcelaria basada en la conducta e integridad del ser humano, el delito, el fenómeno de la delincuencia, la administración de justicia, la norma jurídica y el establecimiento.

Ninguna política estatal penitenciaria y carcelaria puede descontextuar los principios guías y rectores previstos en el preámbulo, so pena de nacer muerta y apartada de la realidad y vigencia del Ordenamiento Jurídico y socio-político. En el preámbulo está la esencia del llamado "Estado Social de Derecho" Colombiano que afina sus principios en la individualización extremada de consagración de los derechos humanos universales (Convenios y Pactos internacionales incorporados a la legislación mediante leyes y ahora constitucionalizados por la incorporación directa a la Constitución del 91); la socialización del ser humano y dignificación del mismo; la tridivisión del poder; la Institucionalización de las Autoridades y Organismos del Estado, la legitimación del poder estatal y la implantación de políticas económicas y financieras enmarcadas en las leyes de la libre oferta y demanda del mercado nacional e internacional (a través de macropolíticas económicas "neoliberales").

Como veremos El Código Penitenciario y Carcelario colombiano (Ley 65 de 1993) promulgada dos años después de la Constitución del 91, olvidó parcialmente estos parámetros de obligatoria observancia, no porque tengan que aparecer *ad pedem litterae* en las normas sino porque no se conectaron con la filosofía planteada en el preámbulo, parte dogmática y formal de la Constitución.

Preámbulo y contexto de la Constitución constituyen un mismo cuerpo normativo base del Ordenamiento Jurídico colombiano, sin embargo hemos hecho énfasis en su división para destacar la importancia del primero al considerarlo no sólo como un mero prólogo sino como parte integrante de efectos jurídicos guías, rectores de toda la legislación y mecanismos de convivencia pacífica entre los conciudadanos. Un planteamiento a priori de vida y transformación.

En consecuencia, comencemos a incorporar esos planteamientos a nuestra legislación penitenciaria y carcelaria colombiana.

1.1.2. DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES Y LEGISLACION PENITENCIARIA Y CARCELARIA.

1.1.2.1. Derechos y libertades constitucionales.

No pretendemos hacer una relación exhaustiva ni menos taxativa de los derechos y libertades constitucionales que tiene toda persona en Colombia, esté o no privada de la libertad. Queremos resaltar aquellos y aquéllas que nos sirven al propósito de estructurar el sistema penitenciario ONU, no sin hacer comentarios sobre ciertos supuestos que nuestra Corte Constitucional ha empezado sentar su criterio. v.gr. la limitación, la suspensión, la eliminación o el "recorte" del derecho de petición.

1. El Estado y el Bienestar Social.

El Estado tiene que proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, como uno de sus principales fines estatales (artículo 2, constitucional). Estos fines se consiguen

con mecanismos idóneos de preservación, conservación o restauración o resarcimiento si se pretenden vulnerar o ya se han conculcado o se ha transgredido la ley penal. El Ordenamiento Jurídico Administrativo, civil y penal principalmente, es el que arbitra el Estado por conducto de la rama legislativa del poder público al emitir leyes que prohíben, permiten o limitan una actividad, derecho o facultad y plasman en normas jurídicas los mentados fines para que posteriormente sean vigilados en su cumplimiento e integralidad por el ejecutivo (El Ministerio de Justicia-Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, para el caso que nos ocupa), obviamente previa a la aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales (jueces individuales o colegiados) mediante procedimientos que terminan con sentencia ejecutoriada que individualiza y determina una pena o medida de seguridad, según se trate de imputables o inimputables.

2. Jerarquía Normativa.

La Constitución es la cabeza del grupo normativo general colombiano (artículo 4 id.). La exégesis, interpretación y hermenéutica constitucional tiene como punto de partida y llegada la Constitución, y por tanto, ningún ordenamiento jurídico puede estar en contravía de su preámbulo como de su desarrollo. A nuestros propósitos la Ley 65 de 1993, Estatuto Penitenciario y Carcelario deberá guardar el celo normativo constitucional no sólo porque pudiera ser supuestamente demandada por inconstitucional sino porque la indebida, extralimitada y omitida ejecución y aplicación contraría las previsiones de la Constitución real o de vida y, en consecuencia los funcionarios y organismos estatales haciendo eco del hecho personal y social tendrán que ejecutar de una providencia judicial, un acto administrativo o ley en consideración a que es una norma jurídica respaldada por la Constitución y refleja los principios y dogmas del Estado en la materia específica.

3. Los Derechos in tuite personae o “personalísimos”.

Los derechos de la persona son inalienables y tienen primacía sobre los demás (artículo 5 id.). La prevalencia de estos derechos sólo es entendible cuando la persona humana es parte de una familia, de una sociedad, de una persona jurídica de derecho público, de un Centro o Establecimiento Carcelario o Penitenciario, llámese municipio, Institución, Departamento o Nación. Lo contrario es un absurdo que la misma Constitución plantee prevalencia de derechos privados o personalísimos sobre los comunitarios o de la sociedad. Para nuestro estudio, el ser humano que fractura la convivencia pacífica, comunitaria, la paz y el sosiego ciudadanos con un acto reprochable esta fracturando su propia inalienabilidad y primacía de derechos.

4. Responsabilidad de particulares y Funcionarios.

Los particulares a diferencia de los funcionarios del Estado son responsables del quebrantamiento de la Constitución y la Ley; en cambio, éstos además por la extralimitación y omisión en las funciones públicas (artículo 6 id). Para nuestros fines, el particular que quebranta la convivencia pacífica social o comunitaria se someterá a leyes de reproche social que se aplicarán por funcionarios jurisdiccionales y se encargarán de vigilar su ejecución y cumplimiento por funcionarios estatales administrativos (Autoridades penitenciarias y carcelarias). El Particular como el Funcionario Público se someten al Ordenamiento Jurídico colombiano; pero además el segundo responderá en grado mayor por su propia investidura de mando y poder (responsabilidad correctiva o disciplinante, de vigilancia, financiera y punitiva).

5. No a la pena de muerte.

La vida (artículo 11 id.) como derecho de derechos, como recipiente totalizador de los derechos humanos, siendo un derecho natural se ha positivizado por el Estado para proteger y garantizarlo con diversos mecanismos no sólo jurídicos. El Derecho Garantizador de la existencia de un estado es la vida de quienes lo integran: no existe Estado sino hay seres humanos y por ello ni siquiera cuando existe quebrantamiento del Ordenamiento Jurídico (obra humana que no divina) por hechos sociales que ameritan un juicio rituado de reproche institucional (hechos punibles se califican en el Derecho penal), se llega a imponer como sanción de última ratio la pena de muerte. Las sanciones como resultados de procedimientos penales humanos en Colombia jamás --al menos por hoy-- pueden terminar con la extinción de la vida del quebrantador del Orden jurídico y social.

6. Proscripción de Penas.

La culminación del juicio de reproche institucional mediante procedimiento legalmente instaurado en el Estado Colombiano no podrá terminar con penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 12 id). La desaparición forzada, torturas ni malos tratos no se consideran ni formas institucionalizadas de juicios de reproche social, ni penas ni sanciones administrativas o disciplinarias en el Ordenamiento Jurídico colombiano. Todos estos

mecanismos están proscritos.

En concordancia con lo anterior, se prohíben como mecanismos de sanción: la servidumbre, la esclavitud y la trata de seres humanos (artículo 17 id).

Proscritos también están las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación (artículo 34 id). Así mismo, la extradición de colombianos por nacimiento y de los extranjeros por delitos políticos o de opinión (artículo 35 id.). Veremos más adelante como el Nuevo Estatuto Penitenciario y Carcelario acogió estas proscripciones constitucionales sin beneficio de inventario.

7. La Libertad e Igualdad.

La libertad e igualdad de las personas desde su nacimiento preservan la existencia misma de la raza humana (artículo 13 id). Las libertades-derechos no sólo deben existir en el plano jurídico idealista sino en el real, aunque el primer plano haya sido criticado por una gran mayoría --que no ha interiorizado el texto constitucional-- como una simple retórica sin sustento vivencial. En el plano real el Estado debe promover con medios idóneos que las desigualdades humanas no se patenten en la realidad al punto que quebranten el orden y convivencia comunitarias y se estigmaticen, etiqueten sectores, grupos de personas o instituciones y que por el contrario se las tenga en su justo sentido y dentro del concepto de "iguales en la diferencia". Así por ejemplo no podemos discriminar a las instituciones para minusválidos, centros psiquiátricos, hospitalarios, de rehabilitación, penitenciarios, carcelarios, etc., *per se*, sino que debemos entender su rol, su entronque en la vida social y comunitaria, las características de su estructuración y tratamiento, y en fin, las circunstancias que los hacen iguales en la diferencia.

En concordancia, afirmamos que la libertad de conciencia (artículo 18 id) es extensión del género de libertad, con la especificidad de convicción y creencia propias, así como de expresar y difundir sus ideas, opiniones y pensamientos (artículo 20 id) [\(6\)](#).

8. La Intimidad y la Informática (la ius-informática y el habeas data).

La intimidad personal y familiar (artículo 15, constitucional) hunde sus raíces en la dignidad, el respeto a la persona humana y extensión: la familia y el propio desarrollo de la personalidad o del individuo (artículo 16, constitucional). El Estado tiene que garantizar estos predicamentos, derechos y valores constitucionales, sin importar que el ser humano haya o no quebrantado el Ordenamiento Jurídico o social. La honra (artículo 21) guarda íntima concordancia con éste derecho constitucional. Frente a este derecho constitucional existen otros que deben complementarse sin violentarse mutuamente. Tal es el caso del derecho a la información con su avance tecnológico: la informática [\(6\)](#), y que con el entronque con el derecho a la intimidad ha dado lugar a amplios ensayos jurídicos que ampliamente hemos analizado en esta página electrónica en los diversos ensayos jurídicos, en particular *La visión ius-informática del derecho, no es un nuevo derecho fundamental; Los datos personales informatizados en el derecho público foráneo y colombiano y la Visión ius-informática de la intimidad y los delitos relativos a los datos personales informatizados.*

9. Desarrollo de la personalidad.

El desarrollo de la personalidad sólo tiene como auto-límite los derechos de los demás y el Ordenamiento Jurídico (artículo 16 id). Por ello, la reciente interpretación de la Corte Constitucional del alcance de este derecho constitucional pone en evidencia que el desarrollo debe ser armónico en un contexto social, cultural, histórico, geográfico, jurídico como el colombiano. Teniendo en cuenta la realidad social que actualmente se vive y sus procesos de crisis societarios, institucionales y estatales v.gr. descriminalización de la dosis personal al declarar inexecutable algunos artículos de la Ley 30 de 1986, "Estatuto de Estupeficientes". En este mismo orden de ideas, por esta misma interpretación se pueden plantear otras formas de eliminación o degradación de hechos punibles mediante mecanismos universales sobre penitenciaría y cárcel, a saber: a) desprisonalización, b) desjudicialización; y, c) despenalización [\(7\)](#).

10. El Derecho de Petición.

El ser humano en el sitio donde se hallara, la condición de particular o funcionario público, la situación de procesado judicial o administrativamente, la de estar cumpliendo o no una sanción punitiva o administrativa; o en fin, en cualquier situación o estadio, puede hacer uso de su derecho de petición como fundamento y base de un cúmulo de libertades públicas: opinión, expresión, información; entre otras. El derecho de peticiones respetuosas a las autoridades (jurisdiccionales o administrativas como las penitenciarias y carcelarias) del

Estado colombiano está garantizado por el mismo Estado y así se reglamenta en el Código Contencioso-Administrativo y la Ley 57 de 1985. Ni siquiera a quienes están privados de la libertad se les debe suspender, limitar ni menos desconocer este derecho constitucional como lo sostiene la Corte Constitucional en reciente fallo (Sentencia T-218-94, Mayo 3. Actor: Jesús A. Taques Vs. Juzgado Unico Especializado de Pasto.), puesto que el derecho político de petición es un derecho fundamental que se garantiza a toda persona -- artículo 23, constitucional concordante con los artículos 20 y 73 ibidem-- (no a "todo ciudadano" en donde podría interpretarse que una vez se suspende la ciudadanía por ley o por orden judicial, podría suspenderse el derecho consecuencial: el de petición, pero esto jamás sucede) y ésta calidad jamás se suspende en vida del titular. El derecho de petición es un derecho universal que lo garantiza incluso el artículo 19 de la Declaración Universal de los derechos Humanos ⁽⁸⁾.

Este derecho constitucional no puede suspenderse, "recortar(se)", limitarse ni desconocerse en ninguna situación, condición o estadio por el que pase la persona, aún cuando estuviere privado de la libertad. Así lo reconoce el propio Código de Procedimiento Penal, en el artículo 408, cuanto manifiesta que "Todo sindicado privado de la libertad tendrá derecho a recibir en el lugar de su reclusión un tratamiento acorde con el respeto a los derechos humanos...". Obsérvese que los derechos se garantizan no sólo a los "detenidos", sino a toda persona privada de la libertad, lo cual no deja asomo de duda que esta norma interpreta fielmente el artículo 23 y concordantes de la Constitución del 91, y que por su puesto es constitucional.

Lo que contraría el verdadero sentido de hermenéutica constitucional, sobre el derecho de petición, paradójicamente es el mismo fallo citado de la Corte Constitucional, pues si bien reconoce que existen derechos y deberes constitucionales para todos los seres humanos, aún cuando se encuentren en circunstancias especiales, como suele suceder cuando una persona se halla privado de la libertad por cierto tiempo o temporalmente cuando sufre una retención preventiva; no desconoce también que los efectos temporales de la pena ocasionan diversos efectos para el limitado en el derecho a la libertad personal (detenido o retenido), lo cual ocasiona límites o suspensión de derechos fundamentales (tales como la libertad, locomoción, reunión, participación, etc), o "se recorta por la razón de la limitación o suspensión de esos derechos, el ejercicio de otros que los suponen (libertad de conciencia, de opinión, derecho de petición, etc) y estimula el ejercicio controlado de otros (especialmente, los de educación y el trabajo)".

En particular el derecho de petición no podría verse limitado, recortado o menos aún extinguido por el hecho de hallarse privado de la libertad una persona, pues el derecho de petición es un derecho político previsto en todos el ordenamiento jurídico universal y nativo colombiano que no termina ni se limita por el status que adquiere la persona por sus actos reprochables ante la sociedad, pues no es efecto directo o indirecto de esa causa: la actividad ilícita, sino que esta incito en la condición de ser humano y de su posibilidad de ejercitar una actividad política de elevar peticiones respetuosas y exigir pronta resolución de las autoridades en cualquier condición que se encuentre, máxime si es para elevar solicitudes sobre su libertad personal, sobre la comunicación con sus familiares y autoridades, en fin, para solicitar pedimentos puntuales (verbales o escritos, según el artículo 5 y siguientes del C.C.A., la Ley 57 de 1985) que no pueden limitarse por hallarse privado de su libertad de locomoción.

11. Principios Constitucionales y su vigencia en materia penal y penitenciaria.

La justicia por propia mano, la privada desinstitucionalizada en Colombia esta proscrita. Toda persona tiene derecho a un proceso jurisdiccional o administrativo (artículo 29 id.), según fuere el caso y circunstancias, que respete las normas mínimas procesales y derechos humanos dirigidos a la conformación de procedimiento con plenas garantías constitucionales, legales y reglamentarias; y por supuesto, con miramiento de los principios universales del derecho, como el de inocencia, favorabilidad, *in dubio pro reo*, *in dubio pro actione*, prevalencia de normas sustantivas, *nom bis in idem*, doble instancia, Juez Natural, contradicción y evaluación de la prueba, de representación o *ius-postulandi*, legalidad de la sanción o pena, impugnabilidad de las providencias judiciales, y la finalidad de la pena.

Otros principios y derechos constitucionales hacen relación con el derecho que les asiste a quienes se hallen privados de la libertad sin justa causa ni orden judicial y haya pasado más de treinta y seis (36) horas sin pronunciamiento expreso de autoridad competente ("Habeas Corpus". Artículo 30 id.)

Igualmente, el que toda sentencia pueda ser impugnada, ni que el superior pueda agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único (artículo 31 id). También se hace extensible, los estados de flagrancia y derecho a presentarlo al sorprendido en tal estado ante Juez por la persona o funcionario o agente de policía que lo ha aprehendido (artículo 32 id). La proscripción de no estar obligado a declarar contra si mismo, ni contra su cónyuge, ni compañero o compañera permanente, ni parientes hasta los primos hermanos, suegros o adoptantes o adoptivos (artículo 34 id), es otra extensión de éste derecho constitucional.

La extraterritorialidad de la ley penal colombiana prevista en el artículo 35 in fine de la Constitución del 91, es una extensión del derecho constitucional del "debido proceso".

12. La Resocialización o Resociabilización de la Pena.

El profesor PEREZ PINZON ⁽⁹⁾, con base en los argumentos respetables pero no compartidos del Maestro Alfonso Reyes E., Jorge Enrique Gutiérrez A., y Luis Carlos Pérez sostiene que en Colombia no existe "Tratamiento ni resocialización", porque entre muchas otras razones, si la resocialización consiste en "situar al infractor en condiciones de vivir nuevamente en comunidad", las cárceles o penitenciarias jamás consiguen estos logros, incluso --dicen-- "Está demostrado por la práctica penitenciaria y los estudios criminológicos que la cárcel no reeduca a nadie y que por el contrario, sus celdas y ocupaciones empeoran su salud mental y física". Además, "No alcanzar jamás la resocialización del condenado un sistema que pretende enseñarle a convivir en sociedad con un buen ciudadano mediante el mecanismo de separarlo de su familia, de su trabajo, de sus amigos y de sus conciudadanos para aislarlo de ese ambiente 'normal' y obligarlo a vivir en uno 'anormal'". De otro lado, no existen "sitios adecuados para la reclusión, con verdaderas condiciones de seguridad, higiene, estudio, trabajo, clasificación, etc., así tampoco existe personal apto y preparado para "realizar la obra humanitaria y científica de la represión penal".

Una visión de la resocialización desde el punto de vista del ius puniendi y la poena como la hacen los ilustres penalistas resulta convincente.

Sin embargo, la Socialización o sociabilización --en un concepto simple-- es la manifestación elaborada de un grupo de seres humanos que buscan la convivencia pacífica en el seno de una comunidad que se reconocen y dejan reconocer, que poseen un nivel de educación aceptable y con unos propósitos y metas personales, familiares, culturales, políticas, económicas y sociales. Jurídicamente el fenómeno de la socialización constituye un cúmulo de derechos-deberes que detentan todas personas sin discriminación alguna para convivir en un Estado. En el sentido lato y jurídico es un patrimonio de toda persona (libre o privada de ella, por cualquier motivo), a nadie se le niega, limita, restringe o suprime la sociabilización porque es inherente a todo ser humano.

Quienes trasgreden el Ordenamiento Jurídico Vigente de un Estado no es que hayan perdido el derecho-deber de sociabilizarse, sino que han quebrantado un aspecto o elemento constitutivo de aquél, en tanto que los demás siguen vigentes, aunque fuere de manera limitada o suspendidos temporalmente. v.gr. derechos políticos o civiles para alguna clase de hechos punibles.

Cuando el Código Penal (artículo 12), como la Ley 65 de 1993 (artículo 10), se refieren a uno de los fines de la pena como la "resocialización", no significa en manera alguna que el Estado y los particulares estamos obligados darle una sociabilización al infractor de la ley penal que posiblemente jamás la alcanzó en su estadio de vida libre, ni mucho menos que se reconstruya como si fuera un molde o trozo de madera a una persona de 18, 30, 40 o más años, aplicando cualquier tipo de medidas preventivas o curativas, como si quisiera sacarse en una máquina maravillosa un "hombre nuevo" (New man). No, lo que implica la resocialización es la complementación de aquellos elementos de sociabilización que no se tuvieron ni siquiera en su vida libre o la potenciación de otros que ya tiene v.gr. una educación elemental por educación secundaria o universitaria. O teniendo éstas últimas, por una revitalización de la pedagogía o la enseñanza de la Constitución e Instrucción Cívica en un ambiente público o privado controlado por el Estado.

En este sentido la "resocialización" como finalidad de la pena es más comprensible que la simple y aparentemente fuerte objeción de que no se puede incluir a un excluido de la sociedad en términos de A., BARATTA, recogidos en otros términos por el Maestro Alfonso Reyes E., con mecanismos, procedimientos y personales inidóneos. Si persistiéramos en este aspecto, no debieran ni podrían existir legislaciones universales penales (en cualquier sistema o clases de Estado), Códigos sustantivos y procesales penales, penitenciarios, ni autoridades jurisdiccionales o administrativas que apliquen, ejecuten y controles las penas, ni centros o establecimientos que persiguen se cumplan las fases de todo proceso criminológico: legislativo (tipificación de hechos punibles), jurisdiccionales (determinación y aplicación de la pena) y administrativos (ejecución y control de las penas).

Cosa diferente es que el procedimiento de la resociabilización en las diversas legislaciones incluya la nuestra no haya sido el propicio ni menos el óptimo. En este aspecto habría que revisar no la finalidad de la pena sino los mecanismos, las autoridades que los aplican o la inadecuación de los centros o establecimientos que están fallando v.g.r. Los programas de educación, de trabajo, actividades alternativas, o la consideración de

esos programas como verdaderos mecanismos alternativos de la pena en una fase ulterior o como "redención" de la pena en una fase anterior, como es finalmente nuestra propuesta que defendemos y planteamos a lo largo de esta investigación.

Los Establecimientos Públicos o Privados, bien pueden estar localizados en las llamadas "ciudadelas" penitenciarias, propuestas o SINNING O'MEARA, como veremos, o sin crear nuevos establecimientos dar aplicación a los mecanismos de sociabilización, por ejemplo, en educación en las diferentes locaciones existentes (Establecimientos de Educación para mayores: alfabetización, secundaria e incluso universitaria) tal como lo veremos en el próximo capítulo.

En cuanto al personal siguiendo los postulados de establecimientos del Estado o particulares por crear o existentes, siguiendo el mismo tema de la educación, tendríamos que concluir que sobre éstos últimos no habría necesidad de crear estructuras subjetivas adicionales pues con las existentes serían suficientes. En cuanto a los primeros, habría que prepararlos como docentes para que cumplan esta labor específica.

13. Derecho Constitucional resocializador.

El Derecho al trabajo, el de asociación sindical, de huelga, de celebración de convenciones colectivas y de seguridad social previstos en los artículos 38, 39, 44, 55, 56, constituyen una garantía que brinda el Estado a toda persona sin discriminación de ninguna naturaleza. Veremos más adelante el trabajo no sólo como rehabilitación y resocialización del interno penitenciario y carcelario sino como un verdadero derecho humano del que emanan beneficios y obligaciones garantizables por el Estado.

12. Derecho coadyuvante de la resocialización.

El Derecho de la salud y el saneamiento ambiental para todo ser humano y con mayor razón para quienes se hallen privados de la libertad como imputables e inimputables constituyen el otro ángulo de la resocialización. De igual manera la previsión, rehabilitación e integración social para los "disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos", previstos en los artículos 47, 48 y 49 de la Constitución y desarrollada ampliamente en la legislación de menores como el C.P. colombiano.

13. Derecho y Deber constitucional resocializador.

La Pedagogía de la Constitución y la Instrucción Cívica, La Educación básica primaria, secundaria e incluso universitaria; La recreación; acceso a la cultura en todas sus formas: artísticas, teatrales, pictóricas, esculturales y el Derecho a proteger la Propiedad Intelectual. Todos ellos previstos en los artículos 41, 61, 67, 68, 69, 70, 71 de la Constitución del 91, respectivamente como derechos y deberes, constituyen el lado más claro y seguro camino de la socialización de la persona en libertad en sus diferentes etapas del proceso de vida y desarrollo personal, familiar e intelectual.

Con igual o mayor razón --pero en una fase de la que no están de acuerdo muchos: la de la "resocialización"-- la del "interno penitenciario o carcelario" por parte del Estado y los particulares y con conciencia obviamente del beneficiario de la formación intelectual, personal, familiar y social, y siempre y cuando éstos derechos-deberes constitucionales se tomen en su exacta dimensión y no como paleativos imponibles sólo para rebajar la pena, ni para aligerar la salida del interno "matando el tiempo en algo", ni para llenar el hueco de la rehabilitación numérica y no integral y humanizante que debería ser.

1.1.2.2. Deberes u obligaciones constitucionales.

El ejercicio de un derecho o libertad reconocidos por la Constitución Política, las leyes y demás normas jurídicas nacionales, regionales y locales (Actos Administrativos objetivos y subjetivos), componentes todos del Ordenamiento Jurídico Colombiano, genera responsabilidades o deberes que cumplir. El derecho y el deber son las dos caras de la moneda indiscutiblemente presentes en todo tiempo, modo y lugar. No puede existir en consecuencia, derechos sin responsabilidades u obligaciones, o viceversa. Así mismo, no se puede validamente exigir el respeto y cumplimiento de un derecho si antes su titular o persona legitimada no ha cumplido con las obligaciones o deberes inherentes al mismo. Se puede sostener que un derecho o libertad prevista en el Ordenamiento Jurídico Vigente se legitima en la medida que su titular asuma las responsabilidades u obligaciones inherentes a su propio ejercicio y en tanto esto no suceda puede ser validamente cuestionado por el objetor o contra quien se dirige dicha facultad, derecho o libertad.

El Estado Social de Derecho pregonado por nuestra constitución se basa en un catálogo de derechos pero también de deberes. La columna vertebral de los deberes u obligaciones es la solidaridad social (Preámbulo y

artículos 1, 2 y 95, constitucionales) con miras a la educación en general, pedagogía de la Constitución e Instrucción Cívica; la salud, vivienda y la cultura.

La Constitución de 1991, a diferencia de la Constitución Centenaria fenecida normativamente, pero no en su esencia y espíritu que aún siguen vivos, establece expresamente una relación de deberes que a pesar de numeración tienen que ser enunciativos y no taxativos por lo que hemos sostenido anteriormente. Es decir, si cada derecho o libertad aparece un deber u obligación, existirán entonces, tantos deberes como derechos y libertades existen en el Ordenamiento Jurídico Vigente.

"La Doctrina moderna clasifica los deberes según los valores superiores en que se asientan: la igualdad, la justicia y la solidaridad. En su orden, corresponden éstos a deberes en un estado democrático, en un estado de derecho y en un estado social de derecho, respectivamente" ⁽¹⁰⁾.

Dentro de esas clasificaciones grupales de deberes constitucionales se pueden enunciar a título de ejemplo, incluidos los nueve grupos relacionados en el artículo 95 de la Constitución Estatal del 91, los siguientes:

- a) En base al principio de solidaridad social, responder a acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.
- b) Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica.
- c) Obligación de educar a las personas entre cinco y los quince años (artículo 97, constitucional).
- d) El deber de estudiar por toda persona (libre o privada de ella) la Constitución Política de Colombia. (artículo 41 id.).
- e) Deber de ceñirse en todas las actuaciones (judiciales, administrativas e incluso personales) a los parámetros de la buena fe (artículo 83 id).
- f) Velar por el medio ambiente sano. (artículo 80 y 95-8 ibídem).
- g) La erradicación del analfabetismo. La educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales. (artículo 68 in fine id.).
- h) Promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de educación permanente y enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional. (artículo 70)

El Estado como los particulares sin discriminación alguna son entonces titulares de derechos, libertades y por su puesto de deberes y obligaciones. Existe una complementareidad de unos y otros.

La Corte Constitucional en Sentencia T-532 de septiembre 23 de 1992 ⁽¹¹⁾, al fenómeno por el cual una persona que detenta un derecho y a la vez éste genera una responsabilidad o deber, lo ha denominado "Reciprocidad". Es por ello que:

"Los beneficios que representa para el individuo las relaciones conmutativas de la vida en sociedad deben ser compensados por éste a fin de mejorar las condiciones materiales y espirituales de convivencia social y ampliar permanentemente el número de miembros de la comunidad capaces de gozar de una existencia digna (Preámbulo, artículos 1, 95, 58 y 333, constitucionales). En una sociedad pobre, la justicia distributiva no puede ser solamente cometido del Estado, sino actitud y praxis de todos, mayormente de los mejores dotados".

Por estas razones, debemos tener presente que así como somos titulares de derechos y libertades públicas y en un momento dado exigimos a las "autoridades" del Estado (en los términos del artículo 1 del C.C.A., y artículo 2 Inc. 2 y 113, constitucionales) ordene su cumplimiento o sanción a quien pretende o lo ha transgredido, debemos autocuestionarnos inmediatamente si esos derechos y libertades estaban cumpliendo efectivamente sus razones de ser y de nuestra parte si cumplíamos los deberes u obligaciones que de ellos dimanaba. v.gr. Cuando una persona privada de libertad ejercita el derecho de "habeas Corpus", porque se dan los presupuestos de tiempo y forma previstos en el artículo 30 de la Constitución, es porque el solicitante está convencido y puede demostrar que no ha transgredido la ley, que está ilegalmente retenido y ha "respetado los derechos ajenos" e incluso no ha abusado de los propios (artículo 95-1 id.).

1.1.3. DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES PLASMADOS EN LAS NORMAS JURIDICAS DE DERECHO INTERNACIONAL.

1.1.3.1. Normas Universales. Más sobre las Fuentes del Derecho Directas e Indirectas. Resocialización.

Los Tratados Internacionales como actos jurídicos complejos universales que reconocen Derechos Humanos del Hombre, la Mujer, los niños, los adolescentes, la "tercera edad" en los ámbitos social, cultural, religioso, político, antropológico y criminológico, han ingresado a las legislaciones del mundo a través de la incorporación mediante leyes en el Ordenamiento Jurídico Interno, pero se ha olvidado por completo la forma de ingreso a través del mecanismo de fuentes del derecho en la forma de principios universales o generales del derecho cuando no son ratificados o incorporados al derecho estatal mediante ley, pero que bien pueden ingresar como fuentes formales complementarias o indirectas del derecho en las pronunciamientos jurisdiccionales (auto y sentencias) de nuestros jueces personales y plurales o en las decisiones y actuaciones administrativas de nuestros funcionarios estatales (actos administrativos objetivos y sobre todo subjetivos), incluidos los funcionarios y autoridades penitenciarias (Ministerio de Justicia, INPEC, Directores de Cárceles y Penitenciarías Regionales y locales) e incluso tras las decisiones de los particulares con función pública en los términos del artículo 1 del C.C.A. v.gr. las Academias de Jurisprudencia, de la lengua, etc.

PEREZ PINZON ⁽¹²⁾, al negar la "resocialización", retoma un argumento del derecho internacional público para concluir que Colombia ante el cúmulo de normas internacionales (Convenios, Tratados, Protocolos, Resoluciones de la ONU, etc.) que establecen una serie de derechos para los procesados y condenados, nuestro país no ha hecho nada por materializarlos y darles plena aplicación en nuestro Ordenamiento Jurídico y los pocos que han ingresado mediante leyes no se han cumplido. Significa esto, que se ha violado "el contenido de los Pactos...por cuanto ha omitido sus compromisos, aun cuando en el artículo 12 del C.P., estipule la finalidad de la resocializante de la pena". Quizá estos planteamientos podrían sostenerse pero bajo la vigencia de la Constitución de 1886 y dentro del régimen jurídico de la escuela positiva del derecho penal en sus etapas iniciales. Hoy por hoy, resultan altamente controvertibles, como enseguida veremos.

El ius-penalista desconoce el tratamiento de fuentes formales del derecho: Directas o principales (Constitución, ley y Decretos-leyes) e Indirectas o Complementarias (Principios Generales del Derecho, Jurisprudencia, Doctrina, Costumbre *petit legem y la* equidad, entre otros).

En efecto, se cree la única forma de como ingresa el derecho internacional al derecho de los Estados o Interno, es a través de la consideración de que los Tratados, Protocolos, Convenios, Pactos o Resoluciones de organismos internacionales tendrán vigencia interna sólo mediante la incorporación de leyes aprobatorias de esa normatividad foránea al Ordenamiento Jurídico Interno. Sin embargo, se desconoce que también tiene ingreso en la calidad de fuentes formales indirectas, tal como lo explicamos anteriormente, cuando se trata de normas internacionales no ratificadas, aprobadas o recogidas por las fuentes formales directas. Igualmente parece desconocerse que el acervo normativo internacional sólo puede incorporarlo al derecho interno el órgano legislativo (Congreso), cuando lo cierto es que puede hacerlo validamente el órgano jurisdiccional (Los Jueces Ordinarios Individuales y Colegiados y la Jurisdicción Constitucional) en su proveídos judiciales (autos y sentencias) o los organismos administrativos en sus decisiones (actos administrativos objetivos o subjetivos), mediante el mecanismo de fuentes formales indirectas del derecho (artículo 230, constitucionales).

La Constitución del 91, en el artículo 93 expuso el tema de las fuentes del derecho para que seamos los juristas quienes interpretemos su verdadero alcance. La Constitución como norma superior (artículo 4) y fuente principal del derecho, reconoce los derechos humanos (de las tres generaciones: fundamentales, sociales, políticos y cívicos y culturales, económicos y del medio ambiente) bien estén plasmados en su propio texto, como los que hayan sido incorporados al derecho interno mediante ley; pero ni unos ni otros "valen más" en sí mismos, pues lo contrario sería establecer un cláusula de "mejor valer o valía" que sería un absurdo constitucional. Lo que se quiere decir es que los que ingresen del derecho internacional al derecho interno por ley se aplicarán de preferencia a los casos específicos jurisdiccionales o administrativos, obviamente sin desconocer los existentes, pero sí evaluar la posible contradicción entre las vigentes mediante leyes ordinarias o estatutarias (principalmente estas últimas por disposición del artículo 152, literal a,) y las que ingresan por leyes aprobatorias de normas internacionales por parte de la Corte Constitucional como organismo encargado de la guarda, integridad y supremacía de la Constitución (artículo 241 id), mediante los controles constitucionales de las leyes. Jamás podrá controvertirse la contradicción de entre normas constitucionales, pues no existe el control jurisdiccional de inconstitucionalidad de la propia Constitución.

Un convenio, un tratado o Pacto una vez se incorpora al Ordenamiento Jurídico interno mediante ley deja de tener ese carácter primigenio, aunque obviamente se diga, por ejemplo, La Ley aprobatoria de Derechos Civiles y Políticos: La Ley 74 de 1978, Diciembre 28, que incorporó al Derecho colombiano la Resolución 220a (XXI), de 16 de diciembre de 1966, de las Naciones Unidas. Pero al fin y al cabo se convierte en ley con privilegio en la aplicación, no que esté por encima de la Constitución ni que se aplique de preferencia o con desconocimiento parcial o total de ésta.

Por otra parte en Colombia, a partir de la Constitución Estatal de 1991, se insistió en la Asamblea Constituyente y así quedó plasmado en la Carta Política que las normas internacionales que ingresen al Ordenamiento Jurídico Interno, que consagren Derechos Humanos no podrán ser limitados aún los estados de excepción (Comoción Interna o Guerra Exterior, artículos 213, 214 y 215, constitucionales), y en todo caso éstos prevalecerán sobre otros, pero agregamos nosotros, en las condiciones y circunstancias aclaradas en los párrafos anteriores. La interpretación de los derechos consagrados en la Constitución se hará de conformidad con las previsiones que sobre derechos humanos se plasma en los Tratados Internacionales, pues éstos siempre presuponen como acto bilateral o multilateral que los Estados participantes del Tratado se acogerán a los parámetros de interpretación previamente acordadas por éstos o en las fuentes universales del derecho a falta de fuente taxativa.

Citemos los principales Convenios Internacionales que hacen referencia a los derechos humanos a los que se puede acoger el delincuente, la víctima, las autoridades judiciales, las administrativas penitenciarias o carcelarias; y por su puesto los criminólogos.

Como veremos en seguida la relación de derechos previstos en los Tratados Internacionales es tan amplia y compleja que bastaba al Constituyente del 91, tan sólo enfatizar el texto normativo del artículo 93 de la Constitución, en el sentido de acoger los Derechos Humanos Universalmente reconocidos con una sola frase parecida a ésta: " La Constitución Estatal reconoce los Derechos Humanos previstos en la Declaración Universal de las Naciones Unidas y los Tratados, Pactos o Convenios Internacionales incorporados o no al derecho Interno". Así pudo evitarse la transcripción innecesaria de los Derechos previstos en los catálogos universales. Pero estamos seguros que a cambio se hubiese ganado el que los doctrinantes del derecho colombiano hubiesen regado bastante tinta para expresar que ésta norma era de aquéllas llamadas "en blanco o vacías" y que resultaban un tanto confusas, incompletas o incluso contradictorias. Tal vez el constituyente del 90-91, reparó sobre ese argumento y prefirió que le llamen exagerado al transcribir la mayoría de normas de derecho público internacional y pecar por defecto antes que por exceso.

Veamos los estatutos normativos internacionales incorporados al Derecho Interno Colombiano:

1.1.3.1.1. Declaración de Derechos de las Naciones Unidas.

Es verdad sabida buena fe guardada, que la "Declaración Universal de Derechos Humanos", realizada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de Diciembre de 1948, constituye un catálogo viviente de derechos para todos los países miembros de la ONU, sin necesidad de ratificación posterior por cada País. La pertenencia a esta organización internacional por parte del Estado Colombiano *ipso iure* nos posiciona en la asimilación, respeto, obligatoriedad e incorporación de los Derechos Humanos previstos en la Declaración Universal, con las aclaraciones anteriormente hechas en este ensayo.

Una relación sintética de estos principios y derechos Universales que han servido de inspiración a nuestras constituciones y ordenamientos jurídicos nativos, son:

- a) El Derecho a la vida, como derecho de derechos.
- b) El Derecho de Igualdad y libertad de todo ser humano ante el Ordenamiento Jurídico, sin razón o motivo de diferenciación humana alguna.
- c) La esclavitud como negación de la libertad. Se prohíbe la esclavitud en todas sus formas.
- d) La tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes como penas o métodos de investigación están proscritos.
- e) El Recurso de amparo como mecanismo para defender los derechos fundamentales o primigenios constitucionales. En nuestro país se incorporó parcialmente como "Acción de Tutela". Con la diferencia que el recurso de amparo en las legislaciones foráneas como España y México procede como última instancia de defensa del particular cuando se han agotado todas las acciones y recursos jurisdiccionales; en cambio, la acción de tutela procede aún cuando haya recursos jurisdiccionales pendientes o no pero en el primer caso sólo con carácter de preventivo, subsidiario e inmediato.
- f) Se prohíbe las detenciones, privaciones de la libertad o sanciones de destierro arbitrarias.
- g) El Derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial e independiente provisto de todas las garantías

procesales y personales.

- h) Consagración de la "presunción de inocencia" como punto de partida de la culpabilidad.
- i) Derecho a la intimidad personal, familiar, en su domicilio y correspondencia ("*The right to privacy*"). Y su complementario la informática.
- j) Derecho de Asilo.
- k) Derecho a la nacionalidad.
- l) Derechos de la familia.
- m) Derecho a la propiedad individual y colectiva.
- n) Derecho de opinión, expresión e información.
- o) Derecho de Reunión y asociación política.
- p) Derechos Políticos: elegir y ser elegidos.
- r) Derecho a la Seguridad Social con ocasión de una relación laboral directa o indirecta, o aún fuera de ella.
- s) Derecho al trabajo.
- t) Derecho a la vida digna, la maternidad e infancia.
- u) Derecho a la Educación como pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos, se garantiza por el Estado a todos sus miembros en igualdad de oportunidades, garantías y privilegios desde la enseñanza básica o fundamental hasta la tecnológica o profesional.

1.1.3.1.2. Derechos Económicos, Sociales y culturales.

Mediante la Ley 74 de 1968, Colombia ratificó la Resolución 220a (XXI) de 6 de diciembre de 1966 de las Naciones Unidas, incorporándola al Derecho Interno. En dicha declaración se confirman derechos humanos previstos en la Declaración Universal, y además se hace énfasis en los siguientes:

- a) Derecho al trabajo en las condiciones equitativas y derechos que de éste emanan: salario, seguridad social, prestaciones sociales y económicas, derecho a la huelga, y a fundar sindicatos.
- b) Derechos de la Familia.
- c) Derecho a un nivel adecuado de la vida.
- d) Derecho a la Salud física y mental, garantizadas por el Estado en cualquier ambiente o establecimiento con medidas preventivas o profilácticas, curativas y regeneradoras.
- e) Derecho a la Educación en todos los niveles con libertad en el proceso enseñanza-aprendizaje y el compromiso de padres, hijos, tutores, docentes y dicentes y como pleno garante del proceso el Estado.
- f) Derecho a la vida cultural y al progreso científico a través de la creatividad, la realización efectiva de las formas de cultura humana y de la investigación.

1.1.3.1.3. Derechos Civiles y Políticos.

La Ley 74 de 1978, Diciembre 28, se incorporó al Derecho colombiano la Resolución 220a (XXI), de 16 de diciembre de 1966, de las Naciones Unidas. En esta declaración se plantean los siguientes derechos:

- a) Garantía integradora de los derechos y procedimientos constitucionales de cada Estado Miembro tiene con relación al ser humano sin distinción alguna.
- b) No existirá derechos humanos que puedan ser suspendidos por ninguna causa, salvo que esté en peligro la "vida de la nación", siempre y cuando se informe a los demás Estados miembros de las Naciones Unidas; que no se trate de aquellos que protegen la vida, que prohíban la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, esclavitud, servidumbre, trabajo forzado; previos los trámites de rigor previstos en la Constitución y las leyes de cada Estado.

c) Todo Individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. En tal virtud, nadie puede ser detenido y sometido a penas contra la libertad arbitrarias o que no llenen los requisitos de forma y fondo (debido proceso, notificación, contradicción, impugnabilidad o recurribilidad y doble instancia).

d) Toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

"Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas, y Los memores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los memores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica" (artículo 10, citada Ley).

e) Expulsión de extranjeros que desatiendan el Ordenamiento Jurídico Interno de cada país, previo un debido proceso judicial y administrativo y siempre que éstos no se opongan a las razones o motivos nacionales.

f) Toda persona tiene derecho a un debido proceso pleno de garantías procesales y sustantivas de defensa personales, patrimoniales y sociales. En tal virtud, tendrá derecho a todos los principios y garantías jurídicas que los Estados de los países miembros garantizan a éstos, ya como víctimas, victimarios o terceros intervinientes.

g) Esta proscrita la apología a la guerra.

h) Toda ciudadano tiene derechos políticos de elegir y ser elegido y de acceder en igualdad de oportunidades al poder estatal.

1.1.3.1.4. Convención Americana de Derechos Humanos. "Pacto de San José".

La Ley 16 de 1972, Diciembre 30, aprobó el acto normativo universal suscrito en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Se volvió a incidir sobre los Derechos Universales reconocidos en otros textos de la ONU; pero para nuestros fines podemos destacar los siguientes:

a) Los Estados Miembros de la ONU deberán garantizar, proteger y efectivizar los derechos civiles y políticos de sus integrantes. La vida, la integridad física, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, el derecho a la libertad personal, las garantías judiciales, el principio de legalidad y de retroactividad de los hechos calificados de punibles, el Derecho a la indemnización que tiene toda persona que ha sido lesionada con una acción delictiva, la protección de la honra, la dignidad, la conciencia, la religión, pensamiento, expresión, rectificación o respuesta son potenciados en esta declaratoria de derechos humanos.

b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, como organismo protector de los derechos de los Estados Miembros, establece la conformación, procedimientos, quórum para decisiones, sede, Miembros (Jueces y Secretaria), formas de consulta, impugnabilidad de los fallos, inmunidades de los Jueces, emolumentos, incompatibilidades e incompatibilidades.

1.1.3.1.5. Convención sobre eliminación de formas discriminatorias de la Mujer.

La Asamblea General de la ONU, por Resolución 34/180 de; 18 de Diciembre de 1979, ingresó al Derecho colombiano mediante la Ley 51 de 1981 de Junio 2. Este documento universal persigue proteger los derechos de la mujer a partir de la premisa fundamental que ellas no pueden ser discriminadas por razón de su sexo ni por ninguna otra causa. En consecuencia, se propenderá por la igualdad política, a la nacionalidad, la educación, laboral, económica, jurídica y en asuntos familiares.

-
- (1) PEREZ, Luis C. Ob.cit.,ut supra. pág. 99 a 120 VALLEJO, Harold. **CONTRIBUCION A LA PENOLOGIA COLOMBIANA**. Tesis de Grado, UDENAR, Pasto, 1986, págs. 70 a 88. [Regresar](#)
 - (2) SALAZAR, Alonso. **CRIMINALIDAD URBANA: ACTORES VISIBLES E INVISIBLES**. Revista FORO, 1992, p. 42. [Regresar](#)
 - (3) SACHICA, Luis Carlos. **NUEVO CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO**.10a.,ed. Ed. Temis, Bogotá, 1992, págs. 48-49. [Regresar](#)
 - (4) Sentencia de Agosto 6 de 1992. Corte Constitucional. Magistrado: José Gregorio Hernández G. et al. AA.VV. CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Ed. legis, Santafé de Bogotá, 1994, pág. 1. [Regresar](#)
 - (5)(6) RIASCOS GOMEZ, Libardo O. **LA CONSTITUCION DE 1991 Y LA INFORMATICA JURIDICA**, Digitocomputarizada, Concurso Nacional "Escuela Lara Bonilla", Bogotá, 1995, p. 10 y ss. [Regresar](#).
 - (7) Uno de las formas de descongestionar la administración de justicia para reformarla, según el penalista GIRALDO ANGEL es la despenalización de algunas conductas y no simplemente la desjudicialización, es decir, pasar de la órbita jurisdiccional al ámbito de competencia administrativa. Cita con objeto de despenalización las siguientes conductas especiales: a) Giro de cheque sin fondos, b) Abuso de confianza y otras defraudaciones, c) Delitos contra la asistencia Familiar, d) Calumnia, d) Injuria, e) Violación de Domicilio. Véase, GIRALDO ANGEL, Jaime. **REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA**. Ed. Librería El Profesional, Bogotá, 1992, págs. 140-147. [Regresar](#)
 - (8) RIASCOS GOMEZ, L. Ob.cit., p. 36. [Regresar](#)

- (9) PEREZ PINZON, Alvaro. O. **TRATAMIENTO Y RESOCIALIZACION DEL "DESVIADO" EN COLOMBIA.** Revista. Bogotá, 1987, p. 132 ss. [Regresar](#)
- (10) **CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.** Sentencia T-125, mar. 14/94. Mag. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [Regresar](#)
- (11) **CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.** M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [Regresar](#)
-

Actualización: Pasto, Abril 1 de 2008

[INICIO](#)