

Razonar sobre las realidades contemporáneas de los derechos humanos se ha vuelto en una tarea de obligada meditación, dado que los actos violatorios de estos parecieran estar sumergidos en una pluralidad de escenarios que facilitan la atmosfera para el desconocimiento de tales bienes primarios.

Lamentablemente, la falta de entendimiento de los que son los derechos humanos y de la representación que tienen para el equilibrio de la relación individuo-Estado, fugen como detonantes para que los actos del poder público, sin distingo del ramo o de la función pública, atropellen a la persona humana. Es por ello, que la presente obra expone resultados de investigaciones científicas referidas a los derechos humanos y, que tiene por finalidad, mostrar a la academia y al público en general, los avances sobre las problemáticas que más inciden en la violación de los derechos humanos. Para tal efecto, se abordan temas como: el derecho penal y el garantismo, el abolicionismo y el derecho penal, el hacinamiento carcelario como limitante al fin resocializador de la pena desde la perspectiva de los derechos humanos, entre otras temáticas más.

Escanee el código QR para conocer más títulos publicados por Ediciones Universidad Simón Bolívar



EDICIONES  
UNIVERSIDAD  
SIMÓN BOLÍVAR



ISBN 978-958-53611-1-9



9 789585 361119

REALIDADES CONTEMPORÁNEAS DESDE EL ENFOQUE DE LOS DERECHOS HUMANOS

UNIVERSIDAD  
SIMÓN BOLÍVAR

BARRANQUILLA Y CÚCUTA - COLOMBIA | VIGILADA MINEDICACIÓN



Res. 23095 del MEN

# Realidades contemporáneas desde el enfoque de los **Derechos Humanos**

Compiladores  
*David de Jesús Aníbal Guerra*  
*Claudia del Carmen Llinás Torres*

**Realidades  
contemporáneas**

desde el enfoque de los

**Derechos  
Humanos**

## **REALIDADES CONTEMPORÁNEAS DESDE EL ENFOQUE DE LOS DERECHOS HUMANOS**

© David de Jesús Anibal Guerra - Claudia del Carmen Llinás Torres  
- Camilo Andrés Maiguel Donado - Sandra Judith Manjarrés - Emma  
López Rodríguez - Lisbeth García Terán - Alberto Arrieta Bobadilla -  
Elías Jacob Barrios Márquez - Luis Manuel De Jesús Sánchez Llinás  
- Saddy Michel Henríquez Jiménez - María José Castellar Alvis

**Compiladores:** David de Jesús Aníbal Guerra - Claudia del Carmen  
Llinás Torres

**Grupo de Investigación Derechos humanos, tendencias jurídicas y  
socio jurídicas contemporáneas**

**Líder:** PhD. Ines Emilia Rodriguez Lara

**Proceso de arbitraje doble ciego**

Recepción: Abril de 2020

Evaluación de propuesta de obra: Mayo de 2020

Evaluación de contenidos: Junio de 2020

Correcciones de autor: Julio de 2020

Aprobación: Agosto de 2020

# Realidades contemporáneas desde el enfoque de los **Derechos Humanos**

## Compiladores

*David de Jesús Aníbal Guerra*  
*Claudia del Carmen Llinás Torres*

David de Jesús Aníbal Guerra - Claudia del Carmen Llinás Torres  
Camilo Andrés Miguél Donado - Sandra Judith Manjarrés  
Emma López Rodríguez - Lisbeth García Terán  
Alberto Arrieta Bobadilla - Elías Jacob Barrios Márquez  
Luis Manuel de Jesús Sánchez Llinás - Sadday Michel Henríquez Jiménez  
María José Castellar Alvis

Realidades contemporáneas desde el enfoque de los derechos humanos / compiladores David de Jesús Anibal Guerra, Claudia del Carmen Llinás Torres; Camilo Andrés Maiguel Donado [y otros 10] -- Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2020.

184 páginas

ISBN: 978-958-53611-1-9 (Versión electrónica)

1. Derechos humanos 2. Justicia social 3. Derecho penal 4. Movimientos de derechos humanos 5. Reparación (Justicia penal) 6. Conflicto armado I. Anibal Guerra, David de Jesús, compilador-autor II. Llinás Torres, Claudia del Carmen, compilador-autor III. Maiguel Donado, Camilo Andrés IV. Manjarrés, Sandra Judith V. López Rodríguez, Emma VI. García Terán, Lisbeth VII. Arrieta Bobadilla, Alberto VIII. Barrios Márquez, Elías Jacob IX. Sánchez Llinás, Luis Manuel De Jesús X. Henríquez Jiménez, Sadday Michel XI. Castellar Alvis, María José XII. Título

323.4 R288 2020 Sistema de Clasificación Decimal Dewey 22ª. Edición

Universidad Simón Bolívar – Sistema de Bibliotecas

Producido en Barranquilla, Colombia. Depósito legal según el Decreto 460 de 1995. El Fondo Editorial Ediciones Universidad Simón Bolívar se adhiere a la filosofía del acceso abierto y permite libremente la consulta, descarga, reproducción o enlace para uso de sus contenidos, bajo una licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional. <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



©Ediciones Universidad Simón Bolívar

Carrera 54 No. 59-102

<http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/edicionesUSB/>

[dptpublicaciones@unisimonbolivar.edu.co](mailto:dptpublicaciones@unisimonbolivar.edu.co)

Barranquilla - Cúcuta

#### Producción Editorial

Editorial Mejoras

Calle 58 No. 70-30

[info@editorialmejoras.co](mailto:info@editorialmejoras.co)

[www.editorialmejoras.co](http://www.editorialmejoras.co)

Octubre de 2020

Barranquilla

*Made in Colombia*

#### Cómo citar este libro:

Anibal Guerra, D. de J. y Llinás Torres, C. del C. (Comp) (2020). *Realidades contemporáneas desde el enfoque de los derechos humanos*. Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

# Contenido

**PRÓLOGO** ..... 7

**INTRODUCCIÓN**..... 9

## **C A P Í T U L O I**

**DERECHO PENAL Y GARANTISMO** ..... 11

*David de Jesús Aníbal Guerra - Claudia Llinás Torres  
Camilo Andrés Maiguel Donado*

**5**

## **C A P Í T U L O II**

**REFLEXIONES FILOSÓFICAS SOBRE EL  
GARANTISMO PENAL: ABOLICIONISMO Y  
DERECHO PENAL LIBERAL**..... 51

*Camilo Andrés Maiguel Donado  
Elías Jacob Barrios Márquez*

## **C A P Í T U L O III**

**HACINAMIENTO CARCELARIO COMO  
LIMITANTE AL FIN RESOCIALIZADOR DE  
LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS  
DERECHOS HUMANOS**..... 87

*Luis Manuel de Jesús Sánchez Llinás  
Sadday Michel Henríquez Jiménez  
María José Castellar Alvis*

## C A P Í T U L O I V

---

<b>FLEXIBILIZACIÓN DEL PODER DECISORIO DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS PARA LAS INTERVENCIONES HUMANITARIAS.....</b>	<b>117</b>
--	------------

*David de Jesús Aníbal Guerra  
Claudia Linás Torres  
Alberto Arrieta Bobadilla*

## C A P Í T U L O V

---

<b>PATRONES CULTURALES Y MACRO CRIMINALES QUE PERMITIERON LAS VIOLENCIAS BASADAS EN GÉNERO PERPETRADAS POR LOS ACTORES DEL CONFLICTO CASO VILLAS DE SAN PABLO, BARRANQUILLA.....</b>	<b>151</b>
--	------------

*Sandra Judith Manjarrés  
Emma López Rodríguez  
Lisbeth García Terán*



# PRÓLOGO

Te detienes en una esquina y observas a las personas sufrir por situaciones que no alcanzan a dimensionar; sumidas en el dolor y las depresiones por los abusos, se preguntan si ¿Tuvieron la culpa por lo que les ocurrió? y, sin saber que puerta tocar meditan en: ¿A quién dirigirse?

Sin alcanzar a comprender el ¿Por qué?, no se atreven a denunciar. ¿Quizás porque les falta valentía? o acaso ¿Será el miedo a una represalia de sus victimarios?

Lo cierto es que la sociedad se ha convertido en un sistema permisivo tóxico, en donde las problemáticas no nos preocupan, ya nada nos sorprende: solo hasta el momento en que tocan nuestra puerta.

La corrupción de nuestras entidades, el abuso de poder de nuestros dirigentes, la discriminación de género, el irrespeto a las garantías constitucionales, la indiferencia del Estado y la falta de estrategias restaurativas han marcado la vida de quienes, su aliento se apagó entre despachos judiciales, salas de espera, largos escritos y respuestas que nunca llegaron a tiempo.

En un mundo en donde los Derechos Humanos se violan a cada segundo y no existe una voz que evidencie los atropellos perpetrados, la investigación de estas realidades se convierte en una

importante herramienta que las exhibe, pero que además, desde la visión del investigador propicia nuevas miradas, variados enfoques y en especial posibles soluciones y aportes desde la perspectiva académica de quien se ha interesado por dejar de ser un espectador más.

**Claudia del Carmen Llinás Torres**



# INTRODUCCIÓN

El grupo de investigación en Derechos Humanos, Cultura de Paz y Género del Programa de Derecho adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Simón Bolívar, se complace en entregar a la comunidad académica y al público en general el presente libro titulado: *Realidades Contemporáneas desde el Enfoque de los Derechos Humanos*. La obra es producto del esfuerzo mancomunado de los investigadores así como de los estudiantes adscritos al semillero institucional de investigación y su ávido interés en profundizar sobre las problemáticas actuales en relación con los Derechos Humanos.

9

Su estructura se compone de cinco capítulos que son el resultado de trabajos de investigación y cuya articulación permite observar una línea temática sólida y actualizada de los temas abordados.

El primer capítulo aborda las posturas actuales del derecho penal y el garantismo desde una perspectiva histórico-jurídica en donde se expone que el garantismo conlleva a una revolución de lo formal a lo material en aras del sostenimiento de los derechos de la persona, la diversificación del acceso a la justicia y una fuerte demarcación en la teoría del derecho de los jueces.

El segundo capítulo hace una reflexión filosófica de las teorías referentes al garantismo penal y su aplicabilidad en el sistema

punitivo y para ello aborda las teorías abolicionistas, el derecho penal liberal y la necesidad de inclusión del garantismo como tutelante de los derechos en el proceso judicial

El tercer capítulo analiza la problemática del hacinamiento en las prisiones desde la perspectiva de los derechos humanos, como una situación que demuestra en los sistemas carcelarios una fuerte crisis en las garantías constitucionales a favor de la población reclusa y la sistemática violación de los derechos humanos.

El cuarto capítulo hace relación a una de las variables de los objetivos específicos de la investigación referido al poder decisorio que ostenta el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para decidir sobre la intervención humanitaria para la protección de los derechos humanos de la población civil. En este capítulo se puntualiza sobre algunos regímenes dictatoriales en los que fuertemente se han violado derechos humanos y se evidencia la inacción del Consejo de Seguridad por asuntos políticos para poner fin a las crisis humanitarias.

Finalmente, el quinto capítulo expone un análisis de los patrones culturales y macrocriminales que permitieron las violencias basadas en género perpetradas por los actores del conflicto armado en Villa San Pablo.

## Derecho penal y garantismo

### *Criminal law and warranty*

DAVID DE JESÚS ANÍBAL GUERRA<sup>1</sup> - CLAUDIA LLINÁS TORRES<sup>2</sup>  
CAMILO ANDRÉS MAIGUEL DONADO<sup>3</sup>

11

- 
- 1 Abogado, Egresado de la Universidad Simón Bolívar; Especialista en Derechos Humanos de la Escuela Superior de Administración Pública; Magíster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad de Alcalá de Henares; Doctor en Ciencias Políticas de la Universidad Rafael Belloso Chacín; Profesor Investigador Asociado de la Universidad Simón Bolívar y de la Universidad del Atlántico.  
danibal@unisimonbolivar.edu.co  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1671-8469>
  - 2 Abogada Conciliadora, Egresada de la Universidad del Atlántico; Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar; Candidata a Doctora en Ciencias de la Educación de la Universidad Simón Bolívar; Profesora Investigadora Asociado de la Universidad Simón Bolívar.  
cllinas5@unisimonbolivar.edu.co  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2710-4358>
  - 3 Estudiante activo del Programa de Derecho adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico.  
cmaiguel@mail.uniatlantico.edu.co  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8758-7403>

## Resumen

La presente obra se derivó del proyecto de investigación científica denominado: Efectividad del DIH en el Conflicto Armado No Internacional en Colombia durante el periodo 2013 a 2019 en el departamento del Cauca. El objetivo general perseguido con la investigación fue el de analizar la efectividad de la aplicación de las normas del DIH en el conflicto armado no internacional en el departamento del Cauca, con el fin de documentar el cumplimiento de las obligaciones internacionales a cargo del Estado Colombiano en referencia con los estándares internacionales para la protección de la persona humana en tiempos de guerra. Metodológicamente, la investigación se desarrolló a través del empleo del paradigma hermenéutico, el enfoque cualitativo y el método inductivo. Las técnicas de recolección de la data empleadas fueron la observación, el análisis documental y la entrevista. El presente capítulo hace relación a una de las variables de los objetivos específicos de la investigación relacionados con el tema del derecho penal y el garantismo desde una perspectiva histórico-jurídica en los ordenamientos procesales. El resultado que arrojó el presente estudio es que el garantismo penal de hoy en día exige la observancia del respeto de los derechos humanos como parámetro de legitimidad de las normas penales, de conformidad con las normas que integran el bloque de constitucionalidad. Las conclusiones a las que se llegaron es que el componente humanista del derecho penal lo permea de vicisitudes en torno a la necesidad de protección individual y colectiva que se da por medio de la represión criminal, y que el ciudadano se conjuga dentro de la oración del uso de la vida política propia con un rol vulnerable lo que exige la protección de sus bienes jurídicos más preciados. La institución que avaló y financió el proyecto de investigación fue la Universidad Simón Bolívar.

**Palabras clave:** derechos humanos, derecho penal, garantismo, *ius puniendi*, política criminal.

## Abstract

The present work was derived from the scientific research project called: Effectiveness of IHL in the Non-International Armed Conflict in Colombia during the period 2013 to 2019 in the department of Cauca. The general objective pursued with the investigation was to analyze the effectiveness of the application of the rules of IHL in the non-international armed conflict in the department of Cauca, in order to document compliance with international obligations in charge of the Colombian State in Reference to international standards for the protection of the human person in times of war. Methodologically, the research was developed through the use of the hermeneutical paradigm, the qualitative approach and the inductive method. The data collection techniques used were observation, documentary analysis and interview. This chapter deals with one of the variables of the specific objectives of the investigation related to the topic of criminal law and guarantees from a historical-legal perspective in procedural systems. The result of the present study is that the criminal guarantee of today requires the observance

of respect for human rights as a parameter of legitimacy of the penal norms, in accordance with the norms that make up the constitutional block. The conclusions that were reached is that the humanistic component of criminal law permeates it with vicissitudes regarding the need for individual and collective protection that occurs through criminal repression, and that the citizen is conjugated within the sentence of the use of their own political life with a vulnerable role, which requires the protection of their most precious legal assets. The institution that endorsed and financed the research project was the Simón Bolívar University

**Keywords:** human rights, criminal law, guarantee, *ius puniendi*, criminal policy.

## INTRODUCCIÓN

A partir de los estudios sobre la filosofía del derecho, del derecho constitucional, los derechos humanos, el derecho penal y las teorías sobre la política criminal, se han desarrollado diversas propuestas que sugieren la necesidad de dotar a los sistemas jurídicos de garantías con el fin de desechar las normas que, por su irracionalidad jurídica, atentan contra las garantías básicas de la persona y facilitan el ambiente propicio para la aplicación de nocivas prácticas judiciales que ponen en tela de juicio la independencia judicial y, con ello, la razón de ser de la justicia. Dentro de esta gama de propuestas se resaltan aquellas que sugieren mayores garantías dentro de las instituciones del derecho penal tanto a nivel doméstico como a nivel internacional, de ahí que resulta obligado un estudio sistémico entre la naturaleza de las instituciones jurídicas en general, la política criminal y el derecho internacional de los derechos humanos para entender la razón de ser de la teoría del garantismo penal en un estadio más avanzado.

Y es que, de las teorías del derecho penal se ha hablado mucho; innumerables trabajos han sido promulgados alrededor de este tema pero pocos han sido asertivos en cuanto a la concordancia

de la dinámica jurídico-social e iusfundamental. La teoría garantista, cuyo máximo exponente es el jurista ítalo-francés Luigi Ferrajoli, asevera con firmeza una búsqueda racional a modo de *desiderátum*, de lo que es una propuesta más que ambiciosa en materia de tutela de derechos. Esta teoría aterrizada al derecho penal recobra un papel primordial dentro de lo que representa su desarrollo material, dado que reconoce el carácter humanista del derecho penal habida cuenta que protege los bienes jurídicos más preciados para los sujetos de derechos, a la par que, interviene en los derechos fundamentales del sujeto infractor. De allí que se puede entretejer una malla teórica historiológica acerca del garantismo penal, desde sus prolegómenos hasta desarrollar propuestas para la realidad perfectible, o a lo que Juan Fernández Carrasquilla (2007) llama: “el derecho penal liberal de hoy” (p.23).

El derecho penal tiene en su estructura sustancial, un aspecto dogmático-jurídico para lo que fuere el advenimiento de toda su teoría y desarrollo legal, pero también posee un atisbo político-criminal, enmarcado dentro de la sociología misma y el análisis de los delitos y de las penas que han de promulgarse para regir en una sociedad en particular. De ahí que, la regulación de una sociedad desde una dimensión normativa sin dimensión filosófica de orientación ideal, sencillamente se ciñe a imperativos establecidos como supuesto de hecho de una utopía social equiparable al Estado totalitario en su máxima expresión del despotismo; el derecho positivo requiere de ideologías, está permeado de ellas tanto en su estructura básica como en lo más profundo de su sustancialidad; esto hace loable la realización creciente de los principios legales, constitucionales e internacionales, máxime,

cuando el derecho penal es el más violento dado el alto grado de coacción Estatal.

Mientras que el derecho penal lucha contra la criminalidad, el sujeto lucha por la defensa de sus derechos frente a una relación claramente desbalanceada de poderes, pues el derecho penal es la manifestación máxima de la soberanía del Estado, aun cuando este emana del fervor del pueblo. En ese orden de ideas, meditar sobre garantías en el ámbito penal contribuye al desarrollo de los principios que colocan a la persona como el epicentro del actuar estatal en el marco del estado constitucional de derecho y de la democracia constitucional (Ferrajoli, 2010a).

Así las cosas, el garantismo penal es una teoría en constante evolución que requiere estar atenta para adaptarse a los cambios y a las necesidades sociales en un mundo sujeto a las diversas reestructuraciones sociales, políticas, económicas, tecnológicas, *inter alia*, con el fin de lograr una auténtica “filosofía crítica y no una mera recreación justificadora de los sistemas punitivos” (Prieto, 2011, p. 11).

En este orden de ideas, el garantismo penal conlleva a una revolución de lo formal a lo material en aras del sostenimiento de los derechos de la persona en el contexto del principio *pro personae*, la diversificación del acceso a la justicia y una fuerte demarcación en la teoría del derecho de los jueces.

## **ESTADO DEL ARTE**

### **Aproximación conceptual al término garantía**

A lo largo de la tesis del garantismo se ha venido empleando el término de defensión, de tutela y de protección para hacer

referencia a la estricta observancia con fines de preservación que recae sobre algo o de alguien. Paralelamente, también se ha venido empleando el término de garantía como sinónimo de seguridad, de salvaguardia y de preservación para asegurar la inmutabilidad de algo. Y es que, el término garantía abarca un imaginario tan amplio que resulta aplicable a cualquier disciplina sin importar el campo científico en el que se pretenda aplicar, razón por la cual, su vinculación en el Derecho es de forzosa aceptación. En términos generales la Real Academia Española (RAE, 2019) define la palabra garantía como: El efecto de afianzar lo estipulado; fianza; prenda; cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad; seguridad o certeza que se tiene sobre algo; compromiso temporal del fabricante o vendedor; por el que se obliga a reparar gratuitamente algo vendido en caso de avería.

Más exactamente en cuanto al Derecho se refiere, Machicado (como se citó en Jaramillo 2018, p.11) señala que una garantía es:

Una institución de Derecho Público de seguridad y de protección a favor del individuo, la sociedad o el Estado que dispone de medios que hacen efectivo el goce de los derechos subjetivos frente al peligro o riesgo de que sean desconocidos. Es una protección frente a un peligro o riesgo.

Una garantía ejerce una función de protección en la persona o en la sociedad frente a la intromisión del Estado o de los particulares (Machicado, 2013). Desde esa perspectiva y, atendiendo a los sujetos perceptores de la garantía, esta puede ser: 1) una

garantía individual –personal o real–, de la persona, que se encuentra amparada bajo una norma constitucional, una ley, un reglamento, en un contrato o en un convenio; 2) una garantía colectiva o social, que puede ser fruto de la ley, el reglamento o la costumbre. Por otra parte, desde un carácter más disciplinar la garantía puede ser político administrativa, constitucional, civil, comercial, financiera, entre otras.

Ferrajoli (2004b) la define como: “cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo” (p.29).

Como corolario de lo anterior, se puede concebir a la garantía como un instrumento mediante el cual se otorga la protección a un derecho subjetivo en el marco de un suceso jurídicamente relevante que desde la lógica reclama su reconocimiento como parte integral de dicho derecho y, por tanto exigible axiológica y jurídicamente (Fuentes, 2012).

Ahora bien, frente a una relación de poder desigual, los derechos de las personas infortunadamente están en riesgo perenne, por lo cual, la conceptualización de la garantía o más bien de las garantías en sentido de colectivización de derecho, se enarbola como bandera vigía dentro de la dinámica jurídico-social. La alta peligrosidad de que estos derechos sean desconocidos, están protegidos por las garantías que deben gozar de: 1) reconocimiento legal, 2) recursos jurisdiccionales para su reclamo y, 3) programación estatal para su especial protección en casos de desigualdad extrema.

### **Tipología según Ferrajoli**

Ferrajoli se ocupó especialmente de hacer una delimitación tipológica de las garantías en torno a su expectativa jurídica,

ampliando la necesidad de entender el concepto en todas sus vicisitudes dentro de un marco teórico-legal de protección Estatal.

Inicialmente, distingue entre garantías positivas y negativas. Las primeras, hacen referencia a que el derecho subjetivo tutelado se convierte en una obligación de hacer que conlleva a que se genere una obligación a un sujeto para que este manifieste externamente su voluntad, bien sea, por respeto a la ley, por aceptación o por coacción en cumplimiento de dicho deber. Las segundas, hacen referencia a prerrogativas en forma de imperativos de prohibiciones impuestas por la norma positiva para la garantía de los derechos subjetivos. En otras palabras, lo positivo es deber de garantizar y lo negativo deber de respetar.

Ferrajoli (2004b) se ocupa de establecer la distinción de garantías primarias y secundarias. Las primeras se equiparan a la conducta humana, en forma de obligaciones de externalización voluntaria o de prohibición de un supuesto de hecho; las segundas, centran su punto básico en los deberes impuestos al órgano jurisdiccional de imponer castigos en caso de la presencia de casos de una tipología específica cuando afecten los derechos subjetivos de las personas.

Mientras que las garantías secundarias funcionan como una reacción a una conducta que violenta un derecho, es decir, son de carácter subsidiario y netamente coaccionante; las garantías primarias son de obligatorio cumplimiento *ipso facto*, subsistiendo aun así en ausencia de todo un sistema jurídico que judicialice estas conductas que las lesionen.

Para muchos autores, la garantía es un principio positivizado, pues solo así se convierten en obligatorias para el judicante y el legislativo, no es tampoco de extrañar esta postura paradigmática cuando en las entrañas del derecho penal liberal moderno se encuentra un principio de legalidad arraigado a un *civil law* que a la postre deja entrever la escuela exegética de la cual deviene.

No obstante, para la observancia del presente texto, queda la posición positiva crítica del jurista Luigi Ferrajoli, quien a consideración del mismo Ricardo Guastini (2005a), este se aleja mucho de dicho principio de legalidad al decir que el derecho siempre debe estar fundamentado por principios axiológicos, lo cual a la par es discutible en cuanto a la universalización e indisponibilidad de los principios y/o valores axiológicos en los cuales se fundamentare la norma, pero que *ad portas* de un análisis ponderativo, arroja un derecho que se debe alejar en ocasiones de este principio so pretexto de hacer un ejercicio de construcción jurídica creativa en cuanto a jerarquización axiológica fundada en principios de disociación y razonabilidad para la formación de actos *nomopoiéticos*. Aunque refiere Guastini (2007b), así mismo, que es menester del intérprete hacer un responsable ejercicio de identificación de lagunas axiológicas, para la formulación adecuada de un argumento en contrario que permita ser orientado así por la garantía que refiere, verbigracia: el principio en cuestión.

### **Los derechos humanos a través de la historia del derecho penal**

Elaborar un concepto de los derechos humanos siempre ha sido una tarea que ha generado numerosos debates dado el

marcado relativismo cultural que aparejado con el fenómeno de la globalización, entre otros factores, exhiben la diferencia en el pensamiento sobre el ser humano entre oriente y occidente (Alexy, 1994). Además de ello, dicho relativismo impregna a las instituciones políticas, jurídicas, sociales y teológicas, inclusive, generando con ello más brechas para llegar a un entendimiento común de lo que son los derechos humanos y de la necesidad en promulgarlos así como de respetarlos y garantizarlos. Y es que, si de derechos de las personas se habla, entonces es necesario hacer mención especial a su carácter innato, inalienable, supremo, innegable y progresivo para vivenciar su garantía como un eje transversal que, en este caso, enfatizará en el derecho penal.

Guerra y Gómez (2014) afirman que:

Los derechos humanos son el conjunto de necesidades atemporales e innegables que se derivan de la dignidad del ser humano, que permiten lograr el ideal de la persona libre, exenta del temor y de la miseria, que se muestran como previas y superiores al Estado y gozan de una protección judicial complementaria distinta a la ofrecida por el derecho interno del Estado. (p.14)

En la voz de estos autores es claro que los derechos humanos son concebidos como un conjunto de bienes primarios que no pueden ser desconocidos y que obligadamente buscan potencializar el bienestar de la persona humana a través de garantías que bien pueden ser exigidas judicialmente desde el plano doméstico y el plano internacional. Desde esa óptica y enfocado a las ciencias jurídicas, los derechos humanos transversalizan

todas las ramas del derecho, de tal suerte que, ninguna norma, se escaparía del lente de estos a la par que, toda norma tendría sus fundamentos y sus garantías en estos; máxime, cuando una obligación primaria de los Estados es la de garantizar tales derechos.

Por su parte, en la teoría garantista de Luigi Ferrajoli (2004b) se observa un concepto de derechos fundamentales que evidencia su teoría acerca de la democracia constitucional, donde refiere que esta democracia tiene sus vicisitudes en torno a su formación y aplicación, por lo cual la divide en dos: 1) democracia formal y, 2) democracia sustancial. La primera, centra sus bases en la toma de decisiones democráticas y en la creación de políticas públicas; mientras que la segunda, enfatiza en el respeto y la protección de los derechos fundamentales.

El propósito principal del sistema garantista es dotar de eficacia y pleno cumplimiento a los derechos fundamentales. De esta forma, los derechos se configuran como vínculos sustanciales impuestos a la democracia política. En este tenor, existen los vínculos negativos generados por el derecho a la libertad, que ninguna mayoría o poder puede violar, y por otro lado están los vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer; estos forman la esfera de lo decidible e indecidible, actuando como factores de legitimación social del Estado constitucional, de acuerdo con el grado de cumplimiento de los mismos. (Aguilera y López, 2011)

De ahí que los derechos fundamentales son los derechos subjetivos que le atañen a la persona humana en razón de su dignidad

y que limitan la actuación del Estado al respeto de los mismos; ello si se quiere obrar legítimamente (Ferrajoli, 2004b).

Bajo este aspecto, el constitucionalismo representa el complemento del Estado de derecho, como una extensión que comporta la sujeción a la ley de todos los poderes, incluidos los de la mayoría, y por tanto la disolución de la soberanía estatal interna: en el Estado constitucional de derecho no existen poderes soberanos, ya que todos están sujetos a la ley ordinaria y/o constitucional. (Ferrajoli, 2004b, p.15).

Precisamente de esta estructura doctrinal, se puede observar que se desprenden los siguientes factores característicos:

1. Límite del poder soberano del Estado. Aquí el poder del Estado se ve limitado al respeto y garantía de los derechos de sus ciudadanos.
2. Promulgación de todo un andamiaje de reconocimiento internacional de derechos humanos mediante: cartas, pactos, declaraciones, convenios, conferencias y hasta por vía jurisprudencial en tribunales internacionales.

Mucho se ha debatido, pero entonces aquí es donde surge la pregunta: ¿Cuáles son los derechos fundamentales?, Ferrajoli plantea que a partir de esta pregunta que se presta para ambigüedades, se pueden distintas respuestas diferentes entre sí.

En primer lugar, se debe hacer una remisión a la teoría del derecho, dentro de la cual Ferrajoli (2006c) extrae que los derechos fundamentales son los que les pertenecen a las

personas sin distinción alguna y que por ende son innatos, indisponibles e inalienables. De tal forma, que plantea una visión muy general de lo que son estos, pues de plano presenta una delimitación conceptual, pero implícitamente hace referencia a la condición humana como medio realizador de las garantías y pone como posición garante la preservación de la misma contra todo tipo de acciones y/o situaciones que le contravengan.

De otro lado, el derecho positivo da una respuesta acérrima de la dogmática legal-constitucional. Ferrajoli (2006c) lo expone así:

Son derechos fundamentales, en el ordenamiento italiano o alemán, los derechos universales e indisponibles establecidos por el derecho positivo italiano o alemán. Son derechos fundamentales, en el ordenamiento internacional, los derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en los pactos internacionales de 1966 y en las demás convenciones internacionales sobre los derechos humanos. (p.117).

De forma que cada vez se tiene una visión más formal de lo que son estos, pero aún no se logra delimitarlos dentro de una teoría garante, valiendo una posición inexorable para la creación de todo un sistema jurídico alrededor de estos.

A partir de la inquietud planteada anteriormente, el jurista ítalo-francés refiere un mar de respuestas cognoscibles, que deviene explícitamente de la filosofía política, pues aquí no se va a hacer un análisis más normativo que asertivo. Para ello se pretende fundamentarlas en criterios racionales meta-éticos y

meta-políticos, pues solo así puede ser partícipe de la propuesta anteriormente referida. Para estos efectos, Ferrajoli (2006c) plantea que estos criterios axiológicos se deben dividir en tres:

El primer criterio, para el jurista, es el nexo entre los derechos humanos y la paz, que se dejan a la observancia en el preámbulo de la declaración universal de los derechos humanos de 1948. Deben estar garantizados como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz. El segundo criterio se ciñe a la relación desigualitaria a la que Ferrajoli –al mejor estilo de Marx, aunque haya distinciones grandes y graves– hace referencia a lo largo de su teoría: el papel de las minorías y su campo de acción en el ámbito jurídico. Principalmente hace una alusión a la relación entre derechos e igualdad, planteándose a la igualdad como parte de estos derechos, pero con el papel especial rector de garantía de derechos de libertad de igual forma para los mismos. Es entonces el mismo Ferrajoli quien en su obra máxime de desarrollo de la teoría garantista hace una relación breve y sustancial acerca del garantismo, la igualdad y la tutela de los derechos fundamentales. El tercer criterio axiológico al que Ferrajoli hace mención especial es el referente al papel de los derechos fundamentales como ley del más débil. Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia. (p.118)

En referencia al derecho penal, un hecho que hoy por hoy suscita el interés de los juristas, es la importancia que en los

códigos penales y procesales penales se le da a los derechos humanos como piedra angular del sistema justo. Por ejemplo, el Código Penal Colombiano (Congreso de la República de Colombia [CRC], 2000a) y el Código de Procedimiento Penal (CRC, 2004b) del mismo país, ambos en su artículo primero, respectivamente, consagran como principio rector el respeto a la dignidad humana. Seguidamente, el artículo 2 del Código Penal (CRC, 2000a) consagra el principio rector de integración a través del cual las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, hacen parte integral del código.

En el mismo sentido, el artículo 3 del Código de Procedimiento Penal (CRC, 2004b) establece el principio rector de la prelación de los tratados internacionales que exige que en la actuación penal debe prevalecer lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad. Seguidamente el artículo 10 de la misma norma reza que la actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia.

Por su parte, el artículo 4 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador (Asamblea Nacional de la República del Ecuador [ANRE], 2014) consagra que:

Las y los intervinientes en el proceso penal son titulares de los derechos humanos reconocidos por la Constitución

de la República y los instrumentos internacionales. Las personas privadas de libertad conservan la titularidad de sus derechos humanos con las limitaciones propias de la privación de libertad y serán tratadas con respeto a su dignidad como seres humanos. Se prohíbe el hacinamiento.

En ese mismo orden de ideas, el Código Penal de El Salvador (Asamblea Legislativa de la República de El Salvador [ALRS], 1997) en su artículo 2 establece el principio de la dignidad humana y señala que:

Toda persona a quien se atribuya delito o falta, tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. No podrán imponerse penas o medidas de seguridad, que afecten la esencia de los derechos y libertades de la persona o que impliquen tratos inhumanos o degradantes.

El artículo 2B del Código Penal de Honduras (Congreso Nacional de Honduras [CNH], 1983) dispone que: toda persona a quien se atribuya un delito o falta tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. No podrán, en consecuencia, imponerse penas o medidas de seguridad que impliquen tratos inhumanos o degradantes.

De lo expuesto se observa como se ha generado lo tendiente en humanizar el derecho penal, a través del reconocimiento de los derechos humanos como eje transversal y exigencia jurídica que obliga a incorporar dentro de las actuaciones penales todas las normas del derecho internacional de los derechos humanos en

aras de establecer un juicio justo al procesado lleno de garantías que se derivan del compendio constitucional amplificado del Estado, sea por vía de la dignidad o del derecho internacional.

Sin embargo, no sobra mencionar que a lo largo de la historia en el derecho penal las cosas no han sido siempre así. Tomó siglos llegar al estadio que se expuso anteriormente y, por ello, se han establecido diversos sistemas penales en torno a la humanización siempre progresiva del mismo. No obsta esto para mencionar que en la dogmática penal han emergido dos grandes tendencias teóricas que marcarían el devenir histórico de los delitos y de las penas. El derecho penal liberal y el derecho penal del enemigo, teniendo al primero como el pregonero del garantismo desde sus prolegómenos hasta su materialización; mientras que el segundo, se aborda con una crítica certera por ser la bandera enarbolante que dio vía libre a la trasgresión masiva de los derechos humanos (Fernández, 2007).

### **Crítica al derecho penal del enemigo**

Para el establecimiento de un derecho penal del enemigo y toda la trascendencia que ha tenido en la historia, hay que hacer uso de la dogmática básica. Francisco Muñoz Conde (2008a) hace alusión especial al derecho penal del enemigo como un derecho más allá del Estado de derecho, a consideración propia, un peligro inminente por donde se le quiera apuntar.

Es claro que cada época goza, de autodeterminación, como consecuente de la mera liberalidad de establecerse dentro de una ideología, pero un sistema penal basado en la discriminación, el prejuicio y la inhumanidad, de ninguna forma puede

hacer parte de un ordenamiento jurídico que pregone la garantía de los derechos. Más allá de la legitimidad, rechaza este el concepto de dignidad humana, principio rector por excelencia del derecho penal.

El derecho penal del enemigo, a grandes rasgos, plantea una distinción entre el ciudadano y el enemigo, imponiéndose este último como un enemigo del Estado, y ante tal cualidad este debía ser perseguido a como dé lugar, así esto correspondiera en violaciones abiertas a las garantías procesales y hasta a los derechos de los mismos, sin hacer mención amplia tampoco del alto albedrío de discriminación que deja a la liberalidad ideológica este sistema de *no derecho*.

Para Muñoz Conde (2008a), el derecho penal del enemigo abre las puertas para un poder punitivo ilimitado y deja entonces al Estado listo para hacer hincapié en un modelo totalitario y déspota, en el cual el desconocimiento y desprecio por los derechos del procesado es la regla base, al hacer mayor énfasis en el injusto repudiable y la situación de la víctima.

Con el concepto Derecho Penal Simbólico se hace referencia a aquella criminalización desproporcionada y oportunista, en muchos abiertamente pensada para no tener aplicación práctica, que se aparta de los fines tradicionales de la pena empleando a la sanción penal como un medio para transmitir a la población señales que den cuenta de la existencia de una autoridad estatal fuerte y decidida a reaccionar con firmeza en contra de aquellos actos reprobados por la mayoría. (Núñez, 2009, p.395)

Los prolegómenos del derecho penal del enemigo que algunos refieren, no son más que interpretaciones vacías y fuera de contexto a partir de obras doctrinales, pues como el mismo Daniel Pastor (2000) refiere, el concepto de enemigo no es nuevo, y desde antaño se ha podido evidenciar que en algunas civilizaciones, las garantías procesales en materia criminal no eran uniformes a todos los procesados

### **Línea roja del pensamiento alemán**

La llamada línea roja del pensamiento alemán es un antecedente inmediato a la formación del derecho penal del enemigo (Bung, 2006). Se tiene a Jackobs como el que introdujo el concepto del derecho penal del enemigo, pero no es el único responsable, pues este solo se ha conocido como el máximo exponente de la ideología además de bautizarla; pero desde el mismo Vormbaum, hasta Francisco Muñoz Conde, reconocen que las ideas del derecho penal del enemigo devienen de tiempo atrás.

Otros autores como Daniel Pastor (2000), en su obra: *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho penal internacional de los derechos humanos*, establece los antecedentes históricos del derecho penal del enemigo en las ideas de las reflexiones *iusfilosóficas* del derecho natural racional e ilustrado, ante la necesidad de aplicar el derecho penal del enemigo. Notablemente, Pastor se va un poco más atrás en la historia y este relaciona que todo nace en la Roma clásica, cuando en la época de la República era válido juzgar sin apego a la ley a los enemigos de la misma.

Retomando la llamada línea roja del pensamiento alemán, cabe anotar que la dogmática jurídico penal alemana elabora una teoría general de imputación, donde se fundamentó entonces la responsabilidad penal, que a posteriori daría nacimiento a teorías como la causalista, finalista y funcionalista de la dogmática jurídico penal en torno a figuras como: la tipicidad, antijuridicidad del hecho y hasta la culpabilidad del autor.

Nótese que Liszt, Jiménez y Saldaña (1929) plantearon que el derecho penal debía ser como la muralla de la política criminal, a través de la cual, se debía acabar con la criminalidad en una versión maquiavélica en la cual el fin justificaba los medios. De lo cual la negación de garantías objetivas era predicable para aquel que con cuya conducta causara males públicos sujetos a juicio de reproche. De ahí se deriva la teoría de inocuización, en cuanto a la aplicación de prisión perpetua o servidumbre penal para estos sujetos de *no derecho*.

Contrario a Liszt, Binding (1927) abogaba por la correlación entre pena y culpa, de ahí que predicaba un tipo de equivalencia de la pena al injusto cometido, pero en la cual una cadena perpetua o una pena de muerte eran viables en la reincidencia o en conductas definidas por ley. Por otra parte, se tiene el pensamiento de Radbruch (1965) <Ex Ministro de justicia de la Alemania Nazi>, quien propuso el prolongamiento de la medida de seguridad después del cumplimiento de la pena para los delincuentes habituales.

Sin perjuicio de lo anterior, se considera que la elaboración del derecho penal del enemigo tomó mayor auge con la ley de

extraños a la comunidad que imponía penas de esterilización y castración, entre otras (Muñoz, 2002b).

A partir de esto, es menester, como último rasgo de los antecedentes históricos, hacer una mención especial a la teoría amigo-enemigo de Carl Schmitt. El politólogo diferenciaba entre dos tipos de ciudadanos: amigo y enemigo, dándoles a cada uno un tratamiento jurídico diferenciado.

Aquí se excluía a los enemigos de la vida jurídica, los nazis le llamaban *subhumanos*. Schmitt relacionó esta definición de los grupos sociales con los judíos, a los que denominó “parásitos culturales”, cuando escribían sobre derecho especialmente y hacían parte de la cultura jurídica; señalando entre –J–, para determinar que la cita a la que se hacía referencia era de un judío.

De esta manera se finaliza una breve relación histórica-dogmática de lo que fuere en un futuro una materialización aberrante del derecho penal del enemigo, dentro de los peores capítulos de la historia para la humanidad, fungiendo esta teoría jurídico penal como gestante de esta agravante ideología.

### **El derecho penal del enemigo de G. Jackobs**

En octubre del año 1999, en Berlín, Gunther Jackobs anuncia una distinción entre el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo, dejando de lado en el derecho penal del enemigo, los principios básicos del derecho penal en un Estado de derecho. La mayoría de autores han rechazado esta teoría, señalando que el derecho penal del enemigo no es necesario, ni

mucho menos viable, pues contraviene los principios del Estado de derecho y de plano los derechos humanos.

La exclusión del enemigo que hace Jackobs, para determinar a cierto compendio social como *no personas*, es altamente peligrosa para la consistencia constitucional y el desarrollo pleno de la dinámica socio jurídica, atenta contra el principio de la dignidad humana en concordancia con diversos principios como el de la libertad, culpabilidad, favorabilidad y hasta el debido proceso atendido al de legalidad –aunque este sea también discutible a la luz de la legitimidad frente al garantismo–. Se deja por sentado –al igual que Eser– que nadie tiene el poder para determinar quién es o no, un buen ciudadano.

Francisco Muñoz Conde, al igual que Eser y muchos autores más, a lo largo de la historia, han presentado su discordia –además de su molestia– con respecto a esta teoría pues no conciben como posible que personajes tan ilustrados y reconocidos en la dogmática jurídico penal alemana y su historia reciente, hayan colaborado para promover proyectos de ley atinentes a esta tesis, conociendo aun así su alto nivel de peligrosidad.

Tanta razón acoge, que el mismo Cancio y Jackobs (2003a) reconoce a esta teoría como desagradable, pero de una forma cínica y hasta irracional, lo declara necesario e inevitable. Según Cancio y Jackbos (2003a) el derecho penal del enemigo se caracteriza por:

1. Aumento desproporcional en la gravedad de las penas y la implementación de medidas draconianas.

2. La abolición o reducción al mínimo nivel posible de las garantías de las personas que se vean envueltas dentro de un proceso penal.
3. Criminalización de algunas conductas que realmente no ponen en riesgo o en peligro un bien jurídico tutelado de manera especial por el derecho penal o inexistente.

El derecho penal del enemigo de Jackobs se centra en las funciones de la pena y destaca la existencia –a raíz de esto– de una distinción social innecesaria, pero real. Este derecho está dirigido –según Pastor a modo de mera descripción– hacia el trato jurídico que deben recibir las personas de manera duradera y persistente rechacen la legitimidad del orden jurídico y pretendan destruirlo. Mientras que el derecho penal del ciudadano es aplicado por el Estado para aquellos autores cuyo crimen no pone en peligro la subsistencia del ordenamiento jurídico. Cancio y Jackobs (2003a) afirman que el fin del derecho penal del enemigo es neutralizar un peligro.

Siendo así, es factible caracterizar al derecho penal del enemigo de esta forma:

- Aumento desproporcionado del poder punitivo del Estado. Casi que ilimitado.
- Perspectiva prospectiva, basada en la peligrosidad. Acto meramente irracional.
- Incremento irracional de pena y su papel icónico-figurativo dentro del sistema social.
- Supresión de las garantías procesales.

- Violación de los principales principios del derecho penal.
- Proliferación irracional de verbos típicos.
- No distinción entre autoría y participación.
- Inclusión de un elemento inquisitivo.
- Habilitación de: espías, agente provocador, testigos y jueces anónimos.
- Presencia de tipos penales de mera conducta y no de resultado.
- Tutela bienes jurídicos colectivos.
- Se da adelantamiento de la punibilidad del acto previo o preparativo.

Todo esto, no es más –en concordancia con Muñoz– que una persecución irracional y desesperada contra un grupo social al que determinaron “enemigo”. Jackobs se refugió en teorías de grandes iluministas como Kant para determinar la necesidad de hacer una distinción; pero equivoca su camino al usar el medio de distinción y sublevarlo únicamente a la consideración humana, de por sí sesgada en ese entonces por factores como el racismo, xenofobia y en general la intolerancia por la diversidad (Cancio y Gómez, 2006b).

Y es que es una actividad completamente irracional y *contra-kan-tiana*, determinar a las personas *no personas* en aras de criminalizarlas. A pesar de las disertaciones que Cancio y Jackobs (2003a) señalaron como: el carácter de necesidad, la imposibilidad de prevención y la imposibilidad de que todo sea jurídico; esta última porque todos los enemigos no estaban sometidos

al derecho, sino a un régimen de persecución. Entonces no es aceptable que se tenga como ley, una ideología que *per sé* reconoce sus sesgos e imperfecciones en aras de un fin utópico y poco fundamentado en su nexo causal con la acción, como lo es la seguridad pública; pues nadie comprobó –ni antes, ni coetánea, ni después– que la aplicación del derecho penal del enemigo, fortaleciera la seguridad colectiva. Atrevidamente señaló que solo empeoró el panorama nacional y en el caso de Alemania, con repercusiones a nivel histórico mundial.

El derecho penal del enemigo que plantea Jackobs (como se citó en Cancio y Gómez, 2006c), abre la puerta al derecho penal ilimitado, pues criminaliza hasta la simple disidencia o expresión extremista, llevando todo a un estilo de sistema de penalización draconiano, donde hasta el mismo Jackobs lamenta las consecuencias, pero aun así reitera su carácter necesario.

Ante esta terca posición por parte de Jackobs, el mismo Eser no le da ninguna prerrogativa, pues lo condena so pretexto de que es su teoría la que legitima y defiende la necesidad de un derecho penal del enemigo, siendo un poco descarado después señalar que le importan las consecuencias que este genere. Al respecto Muñoz Conde (2008a) reconoce que esta teoría fortalece al Estado totalitario.

Jackobs hace alusión implícita a Maquiavelo en su frase célebre el fin justifica los medios; estas tesis desconocen abiertamente el Estado de derecho y los derechos humanos no solo en el contexto jurídico, sino también en el ámbito cultural, social y económico.

La violación abierta y sistemática de los derechos humanos se ven reflejados en la teoría sobre los tratos al enemigo en el derecho penal del enemigo, delimitada conceptualmente por Pastor (2000). Este autor establece que el derecho penal del enemigo tiene sus puntos de trato hacia el denominado enemigo en torno a dos puntos: 1) el tratamiento directamente bélico, o 2) pseudo-jurídico.

El tratamiento directamente bélico es la fidedigna prueba de un derecho guerrerista, de un *ius puniendi* basado en *ius penale* que a su vez tiene como punto de partida una lucha en contra de un determinado compendio social y que patrocina la persecución discriminada. El método de destrucción del adversario es la concepción más cercana que encuentra Pastor para describir este tratamiento hacia el enemigo; no hay instancia judicial determinada para establecer un proceso permeado de garantías –que *per sé* no hay– e insta a que el Estado lleve a su cargo prácticas por fuera de la esfera del derecho.

El tratamiento pseudo-jurídico, a crítica de plano, solo es una apología a instancias en la historia como el clásico Antígona, un tato bélico y guerrerista (sacado de contexto) ‘maquillado’ de instancia judicial en la cual no se tiene como base iusfundamental ningún tipo de garantía para el procesado. En el entender de Pastor (2000) es un poder punitivo desenfrenado.

En la actualidad, no se puede concebir en ningún sistema penal un módulo referente al derecho penal de autor, aunque es plausible y hasta normal encontrar atisbos o lastre de este mismo en sistema penales de carácter internacional, so pena de que algunos otros encuentren en estos mismos las excepciones

del trabajo adecuado y asertivo de estos tribunales en materia de anulación de leyes y regulación garantista discrecional.

Haciendo una lectura crítica, pero ante todo expositiva, a partir de los puntos básicos que sentó el texto de Pastor, se llega a aseverar que la crítica hacia el derecho penal del enemigo y su inminente perjuicio para riesgo de los derechos humanos gira en torno a los siguientes tópicos:

- El *ius puniendi* que deriva del derecho penal del enemigo, contiene herramientas contrarias a todo sistema constitucional a la luz de la teoría neoconstitucionalista y mínimamente garantista de los derechos de las personas; por ende, es contrario a los principios fundamentales del Estado social de derecho.
- El derecho penal del enemigo viola uno de los principios básicos que a lo largo de la historia han preponderado en las teorías penales; y es que este no goza del carácter de *ultima ratio*. El derecho penal debe ser de carácter subsidiario, no la principal herramienta de acción coercitiva del Estado.
- El derecho penal del enemigo viola los principios tendenciales de un sistema penal de acto, esto no garantiza de ninguna forma su efectividad dentro del carácter teleológico del derecho penal.
- El derecho penal del enemigo carece de toda naturaleza jurídica. Es sencillamente una aberración total e irresponsable de lo que debería ser el poder coercitivo del Estado.

- A lo largo de la historia se ha podido comprobar que el derecho penal del enemigo no controla el lastre que este mismo deja, carcomiendo los principios del Estado de derecho, extendiéndose así incluso sobre los denominados ciudadanos, difuminando la línea divisoria que funge como premisa general de la cual parte el silogismo entero que denominado derecho penal de autor. El peligro es incalculable.
- El derecho penal del enemigo no respeta el Estado constitucional de derecho, ni el Estado social de derecho, ni el Estado de derecho; ninguna teoría iluminista va en concordancia con este, a pesar de que se hayan hecho en la historia apuntes descontextualizados de teorías propias de la modernidad gnoseológica.
- La autoridad moral que tiene como pregonera esta formalidad del derecho penal, permite la supresión ilimitada de bienes y derechos, fungiendo como una expansión aberrante del poder punitivo.

De todas formas, al hacer una valoración jurídico positiva de lo que es arquetípicamente un sistema penal en el que se busca investigar, procesar, acusar, castigar y resocializar al actor de un delito, se puede afirmar que un derecho penal del Estado que no respete el mínimo de garantías a *lato sensu* de derechos humanos, es un derecho penal ilegítimo y representa para el plano socio-jurídico una realidad horrorosa y condenable de todas las formas plausibles de vida digna en una democracia constitucional. La teoría penal y la sociedad en conjunto, tienen el deber de erradicar todo lastre de estos sistemas penales inquisitivos; se hace cada vez más amplia la necesidad de suprimir

las reglas y usos penales *antiliberales*, pues no se puede vivir en un estado de emergencia perenne.

### **Necesidad de inclusión del garantismo dentro de un sistema penal**

El carácter funcional depositado dentro de las teorías jurídico penales hacen exigibles, ante la dinámica sociológica, una adecuación proporcional de estos avances en materia de filosofía del derecho a la realidad jurídica vivida; de esta coyuntura entonces es que nacen las teorías que pretenden explicar desde los prolegómenos de una corriente iusfilosófica del derecho, hasta su propuesta crítica de filosofía del derecho como litigio social.

Frente a un panorama desolador como lo es la ley penal valorativamente inválida, el derecho –sobre todo en materias altamente humanistas como el derecho penal– se debe plantear tomar de esa ruptura derecho-realidad, los atisbos básicos para la generación de debates de reflexión jurídica y la reducción de toda la discusión desde iniciar en un plano jurídico para terminar en debates desde la sociología hasta las ciencias políticas y teorías filosóficas del derecho; el abandono de un debate jurídico deja a la observancia, un avance en cuanto a la confusión del ser con el deber ser, lo cual ofrece un claro examen de legitimidad de la norma en cuestión, y es que cuando no es viable atender a argumentos jurídicos para la defensa y ministerio de la subsistencia de una norma, todos los argumentos que se susciten alrededor de este enfoque se convierten en falacias a la luz de la construcción jurídica creativa como medio de resolución de conflictos jurídico-sociales.

La necesidad de pasar de un discurso legitimante de una idea jurídico penal de perenne emergencia, a un discurso de ataque a esta tesis y la promulgación de tesis deslegitimadoras, son el inicio para la superposición de un cambio de paradigma en temas de derecho. La garantía de los derechos, como objeto sujeto a estudio, entonces se vería planteada desde el ámbito de la crítica iusfilosófica como salida perfectible y/o propuesta ante el estado de transmutación que debiere vivir el ordenamiento jurídico-penal.

La inclusión del garantismo no solo se plantea como uno de los objetos sujetos a debate en toda la teoría neoconstitucionalista, sino que se enarbola en la asta de una bandera que atañe bajo sus vestiduras el nuevo siglo y la maduración de las ideas iluministas de la etapa moderna, en una sociedad medianamente estable desde el punto de vista humanista.

Entonces es plausible que la crítica jurídica misma se reivindique en sus principios rectores para comenzar a reinstitucionalizar un derecho penal que pregone a la garantía de los derechos como su vigía en el ordenamiento social frente a dos actores como lo son: 1) el sujeto de derechos frente a la represión social y estatal, 2) los bienes jurídicos más preciados para el sujeto referido.

La importancia del modelo garantista en el derecho penal, traído a colación por Luigi Ferrajoli, recobra su ámbito injerencia máxima cuando esta misma teoría dentro del sistema se constituye como

Un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y

realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad. (Ferrajoli, 1989d, p.34)

El garantismo entonces se constituye como garantía, bajo el entendido de que esta misma se autocorrige como un sistema independiente del derecho y que a su vez conlleva al derecho o lo encamina dentro de una valoración jurídico-axiológica para: 1) favorecer el carácter judicial del derecho penal, 2) erradicar –o intentar erradicar– el lastre anómico de un sistema que regula a una sociedad *per sé* desviada.

Desde estos puntos bajo análisis, se observa que la constitución de la inclusión formal del garantismo en un sistema penal formalmente, no solo tiene como consecuencia la pena en su sentido estrictamente retributivo, sino en su sentido limitador y regulatorio del proceso de castigo criminal; supone esto el erigimiento de un derecho penal razonable y proporcional. Por todo esto la confrontación de supuestos formales positivos supra ordenados a supuestos axiológicos extra jurídicos y la configuración de un *ius penale* que responda a la limitación de sus fuentes legítimas de promulgación (principios del Estado constitucional), representan un verdadero derecho penal garantista.

### **La esencia del garantismo penal**

Enseña Ferrajoli (1989d) que “el garantismo nació en el derecho como una respuesta frente a la gran divergencia existente entre lo que establecen las constituciones y demás normas superiores de los ordenamientos jurídicos que consagran derechos y

garantías ideales para los ciudadanos, y lo que acontece en la realidad, en donde tales derechos y garantías muchas veces no se cumplen” (Rafecas, 2005).

La garantía de los derechos bajo la luz de la teoría garantista penal, se ciñe bajo la lógica del límite inviolable que determina el marco del cual se puede hacer cognoscible una esfera de actuación dentro de la sociedad –amorfa socialmente *per sé*– dentro de los lineamientos básicos en torno a las libertades que trata el derecho penal, por lo menos en su sentido más amplio.

El derecho ha abandonado su papel de racionalizador, crítico de la legalidad unidimensional del Estado legislativo ¿el Derecho, derivando entonces de la nueva realidad normativa que brinda el modelo garantista de la democracia constitucional? La obligación para el legislador de disponer los medios necesarios para procurar la satisfacción de las expectativas generadas por este. Parece indiscutible que el objeto de abordaje del Derecho Penal (Rafecas, 2005).

Entonces es donde es necesario apartarse de un estudio meramente formalista de la norma penal, para abordar un estudio en torno a la materialización del mismo, lo más cercano al análisis y carácter tridimensional del pensamiento jurídico (Goldschmidt, 1976). Insta esto para delimitar la praxis del garantismo en cuanto a derecho penal refiere, en cuatro aspectos iusfundamentales básicos para el pleno desarrollo de la misma:

- 1) La conformación de un cuerpo jurídico penal limitado a unas garantías mínimas,
- 2) La interpretación favorable al principio de humanidad,
- 3) El control social-criminal mínimo y proporcional, y
- 4) Práctica política de prevención.

Partiendo de una idealización mínima garantista dentro de los albores de las ideas de la ilustración, se puede racionalizar la tarea imperativa del derecho penal, atenuando todas sus vicisitudes y ciñéndolo a la formalización jurídica de ideas liberales e igualitarias, teniendo –según palabras expresas de Ferrajoli– como punto mayor de importancia la libertad personal, frente a intervenciones policiales o judiciales arbitrarias.

El garantismo penal, presente en la teoría de Luigi Ferrajoli, está estrechamente relacionado a la clásica escuela del pensamiento de un derecho penal liberal y su carácter de *ultima ratio* como medio plausible para la minoración del poder punitivo del Estado, estos adentrándose taxativamente en el estricto sometimiento de las autoridades, es decir, a las normas constitucionales que regulan los procesos penales: garantías penales sustanciales y garantías penales procesales.

Referente a las garantías penales sustanciales, se encuentra una política criminal orientada hacia la restricción de los tipos penales, ciñéndose únicamente a las conductas volitivas, y conativas exteriorizadas que atenten amplia, inminente y gravemente a los bienes jurídicos más preciados para la persona humana o en últimas, el Estado. Aquí es posible englobar a los principios de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad.

Las garantías penales procesales se desencadenan de las anteriores, pues los parámetros de un proceso van diligenciados de la mano a una manifestación soberana de carácter imperativo. Mediante estas se busca minimizar el poder judicial irracional, pues se busca inicialmente enmarcar el arbitrio y la

discrecionalidad dentro del marco del respeto de los derechos. De estas, se pueden mencionar los principios de: contradicción, presunción de inocencia, paridad entre acusación y defensa, separación rígida entre juez y acusación, carga de la prueba para el que acusa, oralidad y publicidad del juicio, juez natural e independencia interna y externa de la judicatura.

## **MÉTODO**

Para el desarrollo de este tema se optó por implementar el paradigma hermenéutico por cuanto ofrece un método que se distancia de la reducción naturalista para ahondar en la interpretación de los fenómenos atendiendo a las realidades múltiples que se presentan (Fuentes, 2002) y, que le impone al investigador el deber de analizar, entender y comprender la forma en como los acontecimientos se presentan y se desarrollan. En otras palabras, habilita el conocimiento sobre las expresiones humanas en todos sus niveles, espacio y tiempo (Mendoza, 2003).

Por otra parte, se consideró importante el empleo del enfoque cualitativo por cuanto este tiene como objetivo la descripción de las cualidades de un fenómeno y propende por el entendimiento a profundidad del objeto de estudio desde una mirada holística, inductiva y subjetiva que evita desvalorizar los componentes de la realidad que estudia. Su fin no es generar una verdad irrefutable por cuanto reconoce la diversidad y la pluralidad de las formas en las que se presenta la realidad, entendiendo que estas varían en el tiempo y el espacio.

En relación con la tradición de la teoría fundamentada, se optó por este diseño dado que crea conceptos y descriptores mediante el

auxilio de los datos de las teorías generales y sustantivas (Sautu et al., 2005). En su quehacer la teoría surge desde la inducción apoyada en la realidad, de ahí que, aquella, logre ampliar el conocimiento hacia un tipo de acción significativa (Strauss y Corbin, 2002).

## DISCUSIONES Y CONCLUSIONES

Sin duda alguna, la parte que más le incumbe a la teoría del garantismo, es el derecho penal. El componente humanista que en el derecho solo posee la materia penal, lo permea de vicisitudes en torno a la necesidad de protección individual, pero también la misma desencadena la necesidad de protección colectiva, que se da por medio de la represión criminal. El ciudadano –en clara postura de *despoder*– se conjuga dentro de la oración del uso de la vida política propia con un rol vulnerable, lo cual hace necesario, bajo la luz de las teorías más humanistas posibles, la garantía mínima de sus bienes jurídicos más preciados.

El garantismo tiene una carga gramatical y semántica más plausible en torno a la tutela de los mismos derechos y las libertades de las personas. “Por otro lado, el ulterior significado de garantismo es aquel que del primero constituye su corolario obligado, que concierne siempre a una específica tutela o protección, y que encuentra su terreno específico en el más amplio ámbito de los derechos de las personas, entendido en su acepción más lata” (Rentería, 2011).

Entonces surge la delimitación diagnóstica de Bobbio (1997), pues este planteaba que la fundamentación de los derechos de las personas es la parte accesible para la razón jurídica; lo que

constituye un verdadero reto es la garantía de estos derechos como un último del pensamiento y la praxis jurídicas.

El garantismo se ciñe a dos ámbitos de su potestad teórica: a *stricto sensu*, el del garantismo penal, y a *lato sensu*, el del garantismo de los derechos en sentido general. A partir de esta presentación teórica, surgen los tres modelos de interpretación del garantismo según Luigi Ferrajoli: como modelo de Derecho visible en la propuesta del Estado constitucional de Derecho; “como teoría jurídica de la validez en cuanto categoría distinta de la de vigor” (Rentería, 2011, p.157) y como filosofía política como principio fundante del Estado con su compendio de instituciones políticas; todos esos girando en torno a una sola finalidad: la garantía de los derechos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilera, R. y López, R. (2011). “Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli. En: *“Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos”*. ISBN: 978-607-02-2489-8

Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa.

Asamblea Legislativa de la República de El Salvador (1997). *Código Penal de El Salvador: Decreto 1030*. San Salvador, El Salvador.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2014). *Código Orgánico Integral Penal del Ecuador*. Quito, Ecuador.

Binding, K. (1927). *Compendio di diritto penale*. Roma: Athenauem.

- Bobbio, N. (1997). *L'Età dei diritti*. Torino: Einaudi.
- Bung, J. (2006). “*Feindstrafrecht als Theorie de Normgeltung und der Person*”, HRRS, p.69.
- Cancio Meliá, M. (2003a). “¿Derecho Penal” del Enemigo?” En: Jakobs, Günther; M. Cancio Meliá, *Derecho Penal de Enemigo*. Madrid: Editorial Thompson Civitas.
- Cancio Meliá, M. y Gómez-Jara Díez, V. (2006b). *Derecho penal del enemigo*. Montevideo: B de F.
- Cancio Meliá, M., Gómez-Jara Díez, C. (2006c). Derecho Penal del Enemigo, el discurso penal de la exclusión, Vol. 1, D de F.
- Congreso de la República de Colombia. (2000a). Código Penal Colombiano: Ley 599. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2004b). *Código de Procedimiento Penal Colombiano: Ley 904*. Bogotá, Colombia.
- Congreso Nacional de Honduras. (1983). *Código Penal: Decreto 144-83*. Tegucigalpa, Honduras.
- Fernández Carrasquilla, J. (2007). *Derecho penal liberal de hoy*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Ferrajoli, L. (1989d). *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2004b). *Derechos y garantías: La ley del más débil*. 4a. ed. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006c). Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(15) doi:<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2006.15.5772>

- Ferrajoli, L. (2010a). *Garantismo penal*. México: Isonomía No.
- Fuentes, E. (2012). *Reconstruyendo la filosofía jurídica: estudio crítico de las postulaciones de Luigi Ferrajoli y Jürgen Habermas*. Editorial Jorge Tadeo Lozano.
- Fuentes, M. (2002). *Paradigmas en la investigación científica: fundamentos epistemológicos, ontológicos, metodológicos y axiológicos* [Documento en Línea]. Disponible: [http://www.quadernsdigitals.net/datos\\_web/hemeroteca/r\\_1/nr\\_19/a\\_261/261.htm](http://www.quadernsdigitals.net/datos_web/hemeroteca/r_1/nr_19/a_261/261.htm)
- Goldschmidt, W. (1976). *Introducción filosófica al Derecho - La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. Editorial Depalma.
- Guastini, R. (2005a). *Tres problemas para Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta.
- Guastini, R. (2007b) “Sobre el concepto de Constitución”, en “Sobre los derechos fundamentales”. En: M. Carbonell (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta.
- Guerra, D. D. J. A., & Gómez, G. I. R. (2014). *Garantía de los Derechos Humanos en los conflictos armados. Cultura de paz y derechos humanos*. Una mirada socio-jurídica/Raimundo Caviedes Hoyos...[et al.]--Barranquilla: Universidad Simón Bolívar. Instituto de investigaciones. Grupo de investigación Derechos humanos, cultura de paz, conflictos y postconflicto.
- Jaramillo Celi, D. A. (2018). *La afectación a la libertad como bien jurídico protegido en los problemas de adicciones* (Doctoral dissertation). Quito: Universidad de Los Hemisferios.

- Liszt, F., Jiménez de Asúa, L., & Saldaña, Q. (1929). *Tratado de derecho penal*. Madrid: Editorial Reus Editores.
- Machicado, J. (2013). *¿Qué es una Garantía?* Obtenido de Apuntes Jurídicos: [http://jorgemachicado.blogspot.com/2013/07/que-es-una-garantia\\_4536.html](http://jorgemachicado.blogspot.com/2013/07/que-es-una-garantia_4536.html)
- Mendoza, V. (2003). *Hermenéutica Crítica. Razón y Palabra* [Revista en Línea], 34. Disponible: <http://www.razonypalabra.org.mx>.
- Muñoz Conde, F. (2002b). *El proyecto nacional socialista sobre el tratamiento de los “extraños a la comunidad”*.
- Muñoz Conde, F. (2008a). *De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Núñez Leiva, J. I. (2009). Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario. *Política Criminal*, 4(8), 383-407. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992009000200003>
- Pastor, D. (2000). *Encrucijadas del derecho penal internacional*. Bogotá: Editorial U. Javeriana.
- Prieto Sanchis, L. (2011). *Garantismo y derecho penal*. Madrid: Iustel.
- Radbruch, G. (1965). *Vorschule der Rechtsphilosophie*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- Rafecas, D, E. (2005). “Una aproximación al concepto de garantismo penal”. Extraído en “Lecciones y Ensayos”. UBA, Tomo 80. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.

Rentería Díaz, A. (2011). Garantismo y Neoconstitucionalismo. *Derechos y libertades*, 25, 145-178.

Sautu, R., Boniolo, P., Dalle, P. y Elbert, R. (2005). *Manual de metodología*. Buenos Aires: Colección Campus Virtual.

Strauss, A. & Corbin, J. (2002). *Bases de la investigación cualitativa. Técnicas y procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada*. Bogotá: Editorial Universidad de Antioquia.

**Cómo citar este capítulo:**

Aníbal Guerra, D. de J., Llinás Torres, C. y Maiguel Donado, C. A. (2020). Derecho penal y garantismo. En: D. de J. Aníbal Guerra y C. del C. Llinás Torres, (Comp) *Realidades contemporáneas desde el enfoque de los derechos humanos*. (pp.11-50). Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

# Reflexiones filosóficas sobre el garantismo penal: abolicionismo y derecho penal liberal

## *Philosophical reflexions on penal warranty: abolitionism and liberal penal right*

CAMILO ANDRÉS MAIGUEL DONADO<sup>1</sup>  
ELÍAS JACOB BARRIOS MÁRQUEZ<sup>2</sup>

51

- 
- 1 Estudiante activo del Programa de Derecho adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico.  
cmaiguel@mail.uniatlantico.edu.co  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8758-7403>
  - 2 Estudiante activo del Programa de Derecho adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico.  
eliasbarriosm@gmail.com  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4548-6326>

## Resumen

La presente obra se derivó del proyecto de investigación científica denominado: Efectividad del DIH en el Conflicto Armado No Internacional en Colombia durante el periodo 2013 a 2019 en el departamento del Cauca. El objetivo general perseguido con la investigación fue el de analizar la efectividad de la aplicación de las normas del DIH en el conflicto armado no internacional en el departamento del Cauca, con el fin de documentar el cumplimiento de las obligaciones internacionales a cargo del Estado Colombiano en referencia con los estándares internacionales para la protección de la persona humana en tiempos de guerra. Metodológicamente, la investigación se desarrolló a través del empleo del paradigma hermenéutico, el enfoque cualitativo y el método inductivo. Las técnicas de recolección de la data empleadas fueron la observación, el análisis documental y la entrevista. El resultado arrojado con el estudio es que la propuesta garantista en materia penal, es muy ambiciosa, toda vez que abarca esferas de aplicación del conocimiento dentro de una tesis poco discutida, pero muy referida parcialmente a lo largo de la historia del derecho; ha abarcado aplicaciones en campos como el derecho sustantivo, la criminología, la política criminal y hasta el derecho penal procesal. Por otra parte, se concluye que la teoría garantista en el marco del derecho penal emerge como postura iusfilosófica de obligatoria observancia en el Estado Constitucional, que el garantismo hace frente al poder punitivo estatal limitándolo a través de la noción de un derecho penal mínimo y que la deslegitimación del arbitrio de los poderes del Estado hará contraste con las garantías contenidas y respetadas en el ordenamiento jurídico. La institución que avaló y financió el proyecto de investigación fue la Universidad Simón Bolívar.

**Palabras clave:** abolicionismo, activismo, derecho penal liberal, garantismo.

## Abstract

The present work was derived from the scientific research project called: Effectiveness of IHL in the Non-International Armed Conflict in Colombia during the period 2013 to 2019 in the department of Cauca. The general objective pursued with the investigation was to analyze the effectiveness of the application of the rules of IHL in the non-international armed conflict in the department of Cauca, in order to document compliance with international obligations in charge of the Colombian State in Reference to international standards for the protection of the human person in times of war. Methodologically, the research was developed through the use of the hermeneutical paradigm, the qualitative approach and the inductive method. The data collection techniques used were observation, documentary analysis and interview. The result of the study is that the guarantee proposal in criminal matters is very ambitious, since it encompasses spheres of application of knowledge within a thesis that is little discussed, but very partially referred to throughout the history of law; It has covered applications in fields such as substantive law, criminology, criminal policy, and even procedural criminal law.

On the other hand, it is concluded that the guarantee theory in the framework of criminal law emerges as a iusfilosófica position of obligatory observance in the Constitutional State, that the guaranteeism faces the punitive state power limiting it through the notion of a minimum criminal law and that The delegitimization of the arbitration of the powers of the State will contrast with the guarantees contained and respected in the legal system. The institution that endorsed and financed the research project was the Simón Bolívar University.

**Keywords:** abolitionism, activism, guaranteeism, liberal criminal law.

## INTRODUCCIÓN

El Derecho en sus distintas manifestaciones se ha caracterizado por respetar la positivización de los sistemas jurídicos, pero también por reconocer las bases esenciales de dichos sistemas, establecidas en los principios y valores que, más que constitucionales, son intrínsecos a la persona misma. El debate académico en torno a estos presupuestos ha sido álgido y amplio, más aún cuando se trata de teorías filosóficas y su materialización en la praxis jurídica. La teoría garantista no es ajena a estas discusiones; por el contrario, se ha desarrollado como una de las más importantes en materia de tutela de derechos, así como racional y ambiciosamente lo ha propuesto el máximo exponente de esta teoría, el jurista ítalo-francés Luigi Ferrajoli.

El garantismo en el marco del derecho penal, enarbola banderas bajo el entendido de que este último tiene su base fundamental en el comportamiento humano, razón por la cual, las sanciones, clases y grados de sanciones, las formas de juzgamiento, etc., no dejarán de suscitar reflexiones académicas. El derecho penal como protector de los bienes jurídicos más valiosos de los sujetos de derecho se erige como la rama con mayor contenido humanista, por lo tanto, la esfera de la mera legalidad

se queda corta frente a los presupuestos filosóficos y políticos que pretende la teoría garantista.

Precisamente, una esfera legal sin contenido filosófico ideal se queda anquilosada a la idea de un Estado totalitario; el derecho positivo debe reconocer que, aunque exista una moral positivizada, en su esencia, es moral, y la sustancialidad de sus raíces facilitan, cada vez más, la concretización de principios normativo-constitucionales e internacionales. En ese sentido, los abusos del poder, el excesivo poder estatal, han sido los que han permitido el surgimiento de ideas iluministas, estructuradoras del garantismo y la extensión de la garantía de libertades del sujeto de derechos.

Lo anterior cobra fuerzas con el tenor de las palabras del profesor Nódier Agudelo (2014), al referirse al jurista Cesare Beccaria:

El estudio del derecho penal tiene que trascender la mera normatividad e indagar por sus presupuestos filosóficos y políticos; (...) en una perspectiva garantista de límites al poder, anclada en el respeto a la dignidad humana, posición bien antípoda de nociones como “derecho penal del enemigo” o “justicia política”, conceptos que siempre han estado explícitos o implícitos en la permanente tensión histórica entre *opresión-libertad*. Los problemas del derecho penal no son de ciencia sino también de conciencia (pp.14-15).

La lucha constante entre el deber ser y el ser implica un examen de legitimidad (no de legalidad, entendiendo por legalidad aquello que debería ser cumplido (en sentido positivo), indistintamente de que la sociedad lo acepte o no; y por legitimidad, todo aquello

que es socialmente aceptable, sea legal o no) de las normas y, en ese orden, el debate de reflexión jurídica si bien puede iniciar en un plano jurídico, podría terminar en discusiones desde la sociología hasta las ciencias políticas y teorías filosóficas del derecho.

La relevancia del modelo garantista en el derecho penal, liderado por Luigi Ferrajoli, realza su injerencia teniendo en cuenta que esta teoría dentro del sistema se edifica como un “esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad” (Ferrajoli, 1989, p.34).

En efecto, el garantismo se instituye como garantía, bajo la óptica de que esta misma, como un sistema independiente del derecho, se autocorrige y que, además, orienta al derecho dentro de una consideración jurídico-axiológica cuyos fines serán: 1) Respaldo el carácter justicial del derecho penal, 2) Eliminar –o al menos, procurar eliminar– el peso de un sistema degradado y lleno de vacíos que regula una sociedad *per sé* bifurcada.

Frente a lo anterior, debe aclararse que la formalización de la inclusión del garantismo en un sistema penal, además de implicar consecuencias de la pena en su alcance rigurosamente retributivo, también las implicará en su sentido limitador y regulatorio del proceso de castigo criminal; esto supone el fortalecimiento de un derecho penal que sea razonable y proporcional. Por consiguiente, la representación de un auténtico derecho

penal garantista estará dada por el sometimiento de normas positivas legalmente constituidas a supuestos axiológicos extra jurídicos y por la composición de un *ius penale* que haga frente a las limitaciones de sus fuentes legítimas originarias.

Al introducirse en la esencia del garantismo penal, “Enseña Ferrajoli (1989) que el garantismo nació en el derecho como una respuesta frente a la gran divergencia existente entre lo que establecen las constituciones y demás normas superiores de los ordenamientos jurídicos que consagran derechos y garantías ideales para los ciudadanos y lo que acontece en la realidad, en donde tales derechos y garantías muchas veces no se cumplen” (Rafecas, 2005). Es decir, la garantía de derechos en la teoría en cuestión se determina a partir de unos límites que son inviolables, los cuales fijan el ámbito de actuación que tiene la sociedad –imperfecta socialmente *per sé*– dentro de las reglamentaciones básicas concernientes a las libertades que trata del derecho penal.

Ahora bien, para sintetizar el garantismo penal presente en la teoría de Luigi Ferrajoli, debe tenerse en cuenta la identificación de la misma con el pensamiento de un derecho penal liberal y su carácter de *ultima ratio*, que pretende la disminución del poder punitivo propio del Estado; todo ello, en el contexto del dominio que ejercen las normas constitucionales regulatorias de procesos penales sobre las autoridades, es decir: garantías penales sustanciales y garantías penales procesales. En relación con las garantías penales sustanciales, se encuentra una política criminal guiada a la limitación de los tipos penales, orientada exclusivamente a las conductas volitivas y conativas

que, al manifestarse, infrinjan rotundamente los bienes jurídicos más valiosos para la persona o a lo sumo, el Estado. En cuanto a las garantías penales procesales, son estas las que facilitarán la minimización del poder judicial irracional, con lo cual se pretende que la discrecionalidad y el arbitrio encuadren en el campo del respeto de los derechos.

Así las cosas, el garantismo como restricción y guía del poder en su ejercicio atañe en sus entrañas la prioridad que, dentro de un Estado Constitucional, tienen los derechos fundamentales. En ese orden de ideas, la trascendencia de estos derechos propios de la persona como ser humano se representa en tres principios constitucionales: la dignidad humana, la libertad y la igualdad (Ferrajoli, 2009). Estos principios se unen no como un entramado abstracto axiológico sin realidad fáctica tangible, sino como un compendio de bienes e intereses que se concretizan en aras de la protección del pacto político (Peña Freire, 1997, p.82).

## **ESTADO DEL ARTE**

### **Garantismo penal frente a la utopía del abolicionismo**

Dentro de todas las concepciones y desarrollos teóricos, se ha podido establecer que el garantismo penal –por lo menos partiendo de una idea más o menos legalista, como es la de Luigi Ferrajoli– solo es concebible en un Estado social de Derecho con ideas demoliberales, un verdadero Estado democrático. Las máximas de estos, giran en torno a la garantía de los derechos y libertades, tanto individuales como colectivas y el límite al poder estatal. “El modelo demoliberal de Estado ha sido construido como un conjunto de dispositivos limitantes del poder del

gobernante en aras a salvaguardar (sic) las esferas de derechos y libertades del hombre. Estos son la esencia y fin último del Estado de Derecho, y en un principio fueron consignadas en textos especiales que los enumeraban y proclamaban solemnemente, bajo el nombre de DECLARACIÓN DE DERECHOS". (Chinchilla, T. 1988, p.51).

De este presupuesto, emerge la idea de la legitimación de la pena, la forma y la justificación jurídica, filosófica y ética-paradójica. Para Beccaria, por ejemplo, jurídicamente hablando, la pena severa no es legítima, pues el contrato social lo impide; filosóficamente, se centra en el utilitarismo y plantea que no es eficaz, pues no aparta a los hombres del delito, sino que es una impresión pasajera de seguridad, puesto que el hombre se mueve más por lo perenne, pero humano, que por lo severo y pasajero; y dentro de su argumento ético-paradójico, relaciona que si la ley prohíbe ciertos castigos severos desde un enfoque negativo de norma mandato –como matar–, no puede convertirse esta misma acción como un castigo, como la pena de muerte, para ser explícitos.

Del devenir de lo expuesto con anterioridad, se pueden evidenciar la humanización de la pena como uno de los elementos básicos, de la teoría de Beccaria, que adoptaría de forma indexada la teoría garantista, el minimalismo en la pena. Pero ante eso se encuentra un extremo revestido de lo que pregonaba desde el siglo XIX el maestro Carrara (1988), el abolicionismo.

El abolicionismo emerge desde los prolegómenos del establecimiento de la pena, entrando en dicotomía fuerte con las tesis justificadoras de la pena en el derecho penal, además de lo

básico de las ideas utilitaristas de la prevención del delito como fin del castigo punitivo.

De aquí se puede destacar haciendo mención especial a la teoría abolicionista, donde se encuadra una postura radical y otra moderada: en general el abolicionismo trata sobre la no aplicabilidad del derecho penal. En los años sesenta, producto directo de la política contractualista que se vivía en la época, se puede desmenuzar una teoría sociológica como lo fue el Labelling Approach y de la mano al radicalismo político contemporáneo, nace el abolicionismo; con la particularidad de ser perenne y rígido este mencionado. La teoría del etiquetamiento le hereda al abolicionismo el relativismo y su insistencia en el estatus problemático de la anomia, tomando como forma de control social de delito un punto de inflexión más allá del estigma y del plausible abandono de la criminología como respuesta básica alejada, pero relacionada en sus prolegómenos con el realismo de izquierda típico de la criminología socialista. “Como lo demuestran estos trabajos, el abolicionismo no es una teoría acabada ni fácil de sistematizar. Es una mezcla peculiar de lo altamente concreto y lo profundamente visionario de un bajo nivel de ingeniería social y de un alto nivel de especulación epistemológica.” (Ciafardini, M., Bondanza, M., & Cohen, S., 1989, p.13).

Para los abolicionistas radicales, el derecho penal no debe existir, sino que deben coexistir con su ausencia mecanismos alternativos a la pena criminal, para estos efectos mencionamos la teoría de Louk Hulsman (1991); mientras que de otro lado se encuadran a los abolicionistas moderados –como Luigi Ferrajoli– quienes plantean una visión un poco más garantista,

revistiendo al derecho penal de un carácter fragmentario y/o de *ultima ratio*, pues se propone que este tenga una ínfima intervención, buscando soluciones alternativas a la resolución de la criminalidad, pero dejando en claro el castigo en caso de la confirmación de la conducta punible (Hulsman, 1991).

El derecho penal mínimo, a la luz de Ferrajoli, se enarbola como la técnica de tutela de los derechos fundamentales, al establecer que “El fin general del derecho penal, tal como resulta de la doble finalidad preventiva recién ilustrada, consiste entonces en impedir la razón construida, o sea en la minimización de la violencia en la sociedad. Es razón construida el delito. Es razón construida la venganza. En ambos casos se verifica un conflicto violento resuelto por la fuerza; por la fuerza del delincuente en el primer caso, por la de la parte ofendida en el segundo. Mas la fuerza es en las dos situaciones casi arbitraria e incontrolada; pero no solo, como es obvio, en la ofensa, sino también en la venganza, que por naturaleza es incierta, desproporcionada, no regulada, dirigida a veces contra el inocente. La ley penal está dirigida a minimizar esta doble violencia, previniendo mediante su parte punitiva la razón construida, expresada por la venganza o por otras posibles razones informales” (Ferrajoli, 2006, p.15).

Para la observancia de lo anterior propuesto, tomamos como conclusión que lo que plantea Ferrajoli es básicamente el derecho penal como la defensa de la ley del más débil, donde este es la víctima y el más fuerte es el delincuente. Ferrajoli (2006) “De este modo, los derechos fundamentales constituyen precisamente los parámetros que definen los ámbitos y los límites como bienes, los cuales no se justifica ofender ni con los delitos ni con las puniciones”.

A propósito de las teorías abolicionistas, en relatos iusfundamentales como los del mismo Ferrajoli, se dejan a la vista pública cuatro teorías que son compartidas a lo largo de la historia por criminólogos críticos contemporáneos como la misma Elena Larrauri, pero que, para efectos del presente escrito, se van a redefinir y a reestructurar en dos grandes grupos. (Larrauri, 1997).

De primer plano, los sistemas de control atroz, y sus subdivisiones dentro del autor estatal o social. Generalmente se establece que el control social atroz, se ha manifestado históricamente desde la época arcaica, donde la venganza ha sido el medio adecuado para responder a una actitud anómica; tal es el caso de la autotutela y la autodefensa, de donde se centran valores como la imposición de soluciones, desproporcionalidad y proporcionalidad equívoca respectivamente, uso desmesurado de la fuerza y solución unilateral. Dentro del control estatal-atroz, se pueden ubicar los sistemas de represión típicos de los Estados totalitaristas, donde la garantía no es más que una utopía.

De otro lado, se encuentran los sistemas de control garantistas o disciplinares. De primer modo, se referencia una subdivisión en torno a controles garantistas sociales, donde de forma primitiva se establecían soluciones racionales para la solución de los conflictos. Pero para la observancia, se trae a colación lo que refiere Ferrajoli: “los sistemas de control estatal-disciplinarios que son un producto típicamente moderno y sobre todo un peligro en el futuro, los cuales se caracterizan por el desarrollo de las funciones preventivas de policía y de seguridad pública a través de técnicas de vigilancia total, tales como aquellas

introducidas, además del espionaje sobre los ciudadanos por obra de potentes policías secretas, por los actuales sistemas informáticos de registro generalizado y de control audiovisual". (Ferrajoli, 2006).

Y aunque lo anterior, representa una pequeña redefinición de las tantas alternativas que se han planteado en torno al abolicionismo, se puede referir que estas al no reconocer precisamente el establecimiento de un sistema penal positivo, se orientan hacia un principio criminológico muy sustancial, como es la prevención del delito.

Pero para dejar sentado como precedente la postura frente a este último sistema de prevención abolicionista, se debe establecer que este representa una alta violación de las garantías de los ciudadanos. No solo traspasa los presupuestos de las libertades (pocas) entregadas en el contrato social, sino que de igual forma violentan las garantías mínimas públicamente conocidas y reconocidas desde hace ya casi un siglo. Por eso, además de todas las cosas mencionadas, se tiene que una tesis tan desgastada como lo es el abolicionismo radical, representa una grandísima utopía para lo que son los sistemas de disciplina social. El derecho penal, aunque sea mínimo, es necesario.

Por lo anterior expuesto, se hace menester del marco lógico argumental, establecer que el derecho penal mínimo se enarbola como la respuesta del garantismo ante las tesis utópicas del abolicionismo, toda vez que la perpetuación de un sistema abolicionista en ausencia de un sistema penal, perpetraría una situación que han descrito bien diferentes teóricos como lo es la anarquía punitiva, donde –si bien hay Estados que la sabrían

aprovechar con políticas criminales adecuadas— se dejaría en la esfera de lo decidible un arbitrio peligroso para que cualquier Estado sea un latente Estado represor y sobre todo, legitimado; cosa que de ninguna forma está concebida en los presupuestos de un Estado demoliberal, sobre todo por su devenir histórico. Lo cual permite pensar... ¿qué tipo de sistema penal concibe todo lo expuesto?

### **Derecho penal liberal y su carácter justicial: Materialización del garantismo penal**

El derecho penal, sin duda alguna, a lo largo de la historia ha vivido diversos cambios que se han podido dejar a la observancia en el sinnúmero de pregones académicos que diferentes autores han sabido exponer magistralmente. De la necesidad de un sistema penal con garantías, se ha podido establecer que nace la necesidad de enarbolar un completo sistema que encuadre todas las características que el garantismo que desde las entrañas de juristas como Luigi Ferrajoli han concebido.

El saber jurídico permea a los sistemas de organización de cada rama del derecho, con los presupuestos filosóficos necesarios y adecuados para la realización de sus fines perfectamente establecidos. Estos presupuestos de la iusfilosofía, conciben: la creación, interpretación y ejecución de la aplicación del *ius penale*; la estructuración de la propuesta de la judicatura como un sistema orientador de sus determinaciones, además de la consumación del poder punitivo para impulsar el progreso del Estado y su debida forma de organización.

La propuesta que se dejará entrever en los apartados textuales que competen el presente escrito, enarbolan como bandera de

institucionalidad el derecho penal liberal como una verdadera materialización del garantismo penal. El derecho pena liberal o derecho penal de acto, consagra los presupuestos filosóficos necesarios para la concreción de un sistema tutelante de los derechos de los coasociados bajo la luz de un estado democrático.

El derecho penal liberal se emerge dentro del campo de estudio de la dogmática penal, entrando en una fuerte dicotomía con lo que exhaustivamente se ha denominado como la línea roja del pensamiento alemán, o el mismo derecho penal del enemigo (Cancio Meliá, Jackobs, 2003). Entonces, delimitando que el derecho penal ha tenido dos tendencias a lo largo de la historia, primero se pretende determinar el objeto de estudio del derecho penal liberal.

En la conducta punible, se presentan diversos objetos y elementos de esta misma; históricamente se ha intentado establecer el elemento o momento a tener en cuenta para la aplicación del derecho penal. Para el derecho penal del enemigo, por ejemplo, se tienen en cuenta las características de las personas y se parte desde la simple presunción delictiva de la autoridad para detener, capturar y luego investigar para procesar. Por el contrario, el derecho penal liberal, consagra el principio de acto, al tener en cuenta lo que la persona hizo (conducta) para la aplicación de una pena; aquí se investiga, para luego capturar y castigar.

Se puede establecer como nacimiento de toda la ideología penal liberal, las obras de Beccaria, donde se pretende –a juicio del autor italiano– proponer una humanización del derecho penal, en contrariedad al sistema que se vivía en la época (La inquisición);

aun así, se debe aclarar que Cesare Beccaria, primeramente, no pretende establecer un sistema penal, sino sentar las bases de una política criminal.

“Beccaria fue el primero que se atrevió a escribir en forma sencilla, en italiano, en forma de opúsculo, y concebido en escuetos silogismos y no en la de aquellos infolios en que los prácticos trataban de resumir la multiplicidad de las leyes de la época. Sobre todo, Beccaria es el primero que se atreve a hacer política criminal, es decir, una crítica de la ley” (Jiménez, 1950).

La crítica que se deja a la observancia en la clásica obra de Beccaria, deja entrever la propuesta y estructuración de una amalgama de reformas al pensamiento penal que sirvieron como base de lo que se conoce actualmente como Derecho Penal liberal, teniendo sus álgidos puntos de inflexión en: la humanización de la pena, abolición de la tortura y la pena de muerte, igualdad ante la Ley entre coasociados, principios de: Legalidad, proporcionalidad entre delito y pena, entre otros.

Beccaria parte de los modelos contractualistas de Montesquieu, Voltaire, Marat y Rousseau, para establecer que el origen del derecho de castigar, es lo mismo y el mismo que el origen del poder, por lo cual se parte de la dicotomía entre el estado de naturaleza y la sociedad civil, es decir, el contrato social; toda vez que, al tiempo, rechaza el modelo aristotélico que versa sobre el origen y fundamento del poder (Foucault, 1984).

De la misma forma se estableció que la distinción de los diferentes órdenes de regulación de la conducta humana y la desacralización del poder o la función punitiva, emerge del hecho

de que la aplicación de la ley es un asunto de índole completamente humana, por lo mismo la pena debe tener una función social, toda vez que es un instrumento de control social, cosa que se enarbola como un hecho social y no como un fenómeno metafísico.

Todo nos deja entrever que el ejercicio de la función punitiva debe tener límites, el control del ejercicio del poder: límites en el nivel de la prohibición, en cuanto a la limitación de la libertad debe ser la mínima posible (contrato social); límites en el nivel de aplicación de la ley, en cuanto la pena va orientada hacia la resocialización, es decir, es un motivo sensible y no un motivo de venganza.

Para Juan Fernández Carrasquilla (2007), el derecho penal, dentro de sus características idóneas, posee un aspecto jurídico-positivo y otro político criminal. Es decir, para refirmar lo propuesto efímeramente (Aquí se irá a entender lo efímero, haciendo referencia a que Beccaria básicamente nunca pensó en la reforma o propuesta de un nuevo sistema penal, sino que enarbola una crítica al actual de la época con la estructuración de una política criminal, lo cual deja de forma parcial una reforma, pero se deja en claro la importancia tan grande que tiene la obra magna del italiano para toda la formulación posterior del derecho penal en términos generales) por Beccaria que el derecho penal, desde sus prolegómenos ideales se plantea desde una *lege data* y una *lege referenda*, concibiendo de esa forma una esfera decidible de lo positivo y una esfera mixta desde lo ideal. Se toma como parte primordial lo que pregona el autor colombiano, toda vez que asegura que ambas dependen la una de la otra,

pues solo así es posible la concreción material de una decisión que aluda a criterios de justicia ideal y una progresión de los principios y valores, tanto constitucionales, como internacionales y doctrinales (Fernández Carrasquilla, 2007).

Cabe aclarar que para el estudio de un sistema penal, el deber ser desde un punto de vista de la ideología moral, solo representa una orientación hacia lo que pueden ser reflexiones sobre la justiciabilidad en un plano idealista de la norma, pero como se ocupa el presente escrito de delimitar estructuralmente un sistema que concrete garantías, se enrolará una discusión en torno al deber ser de la política criminal, englobando efectos criminógenos y filosóficos de un *desiderátum* jurídico-penal ideal, pues solo de esta forma nos ocuparemos de estudiar cómo la ley penal puede superar álgida y fácilmente una controversia entre eficiencia en su lucha contra la criminalidad y la tutela de los derechos de los coasociados.

En contraste de lo que plantea Fernández Carrasquilla (2007), la política criminal y el derecho penal en la liberalidad de una filosofía jurídico penal, hacen parte de un mismo proceso de cristalización de los fines del Estado en su vigilancia y castigo para la aplicación de la ley, pero se coincide con el autor en la relación de dependencia del uno del otro, debate que se deja bajo el foco del lector, si realmente esa relación de dependencia llega al punto extremista de la visualización amorfa de un derecho penal sin política criminal o una técnica simple de aplicación legal.

La publicidad que permea el derecho penal material liberal, se constituye como la característica más incluyente dentro de lo

que es la teoría del garantismo, toda vez que se puede concebir como la manifestación de la voluntad de un pueblo, cosa que a la postre denota la realización democrática de un Estado Social de Derecho, concretando de paso el principio de reserva, extensión primordial del principio de república unitaria, teniendo el Estado el monopolio del poder punitivo, por medio de su cuerpo legislativo.

“De esta manera, la violencia (...) es considerada un instrumento imprescindible para asegurar la convivencia pacífica y el acatamiento a las normas, deviniendo parte de lo político-institucional por cuanto se atribuye al Estado el monopolio legal del poder, en el sentido de ser la autoridad que realiza el ajuste final de los conflictos entre individuos o grupos, si llega a ser necesario, mediante el empleo de la violencia” (Gallego, 2003, p.3-4).

Para el estudio, la publicidad del derecho penal liberal como materialización de la tutela de derechos se puede observar en la relación directa de las teorías de derecho que consagran la defensa y garantía de los derechos del indiciado, el contrato social, teoría del Estado y neoconstitucionalismo.

Vale aclarar que el derecho penal liberal está regido por el principio de justicia, cosa que el garantismo enarbola como su bandera de tutela de derechos. Al mal social del delito, se le tiene como respuesta un mal como el de la pena criminal, todo orquestado por una sociedad debidamente organizada. “el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena, cualquiera que sea la forma en que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda

violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo” (Ferrajoli, 1995, p.21)

De este modo, se puede establecer que la pena no es un mal necesario so pretexto de los aspectos justiciables, sino de un fin necesario socialmente establecido como mecanismo de prevención general y control de la conducta desviada, en especial atención a la reinserción a la vida social productiva y de manera pacífica, o por lo menos alejada del delito. La respuesta anteriormente descrita se debe surtir en especial proporción al daño antijurídico y en la medida del grado de culpabilidad del autor –A esto Fernández Carrasquilla (2007), le llamó concreto merecimiento de la pena socialmente y necesariamente útil–.

De modo que el derecho penal de índole liberal, reacciona de forma indeterminada al delito de tres formas o momentos fácticos:

- **A manera de prevención general positiva:** Cuando se comparten valores que impone la ley penal, lo cual promueve una cultura no delictiva.
- **A manera de prevención general negativa:** La sociedad en general teme a la sanción y por ello prefieren evitar concurrir en conductas tipificadas.
- **Después de la comisión del delito:** Ante el fracaso de una conminación general, se hace efectiva la amenaza que trae intrínseca la ley penal. Todo esto con el fin de: Mostrar su seriedad y certeza, asegurar la no repetición del hecho, hacer una adecuada aplicación de la pena y la reinserción del convicto.

Lo anterior descrito, le endilga al derecho penal y a la función punitiva que este le confiere al Estado, un efecto sociopolítico, toda vez que fundamenta sus puntos teóricos en aras de reestablecer la confianza de los asociados en el ordenamiento jurídico y –a juicio de Jackobs– el pacífico funcionamiento de las instituciones.

“Más esencial que la protección de los concretos bienes jurídicos particulares es la tarea de asegurar la vigencia real (...) de los valores de acción de la actitud jurídica (...) La mera protección de bienes jurídicos tiene solo una finalidad de prevención negativa (.) La misión más profunda del Derecho penal es, por el contrario, de una naturaleza ético-social positiva: al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, el Derecho penal expresa de la manera más concluyente de qué dispone el Estado, la vigencia inquebrantable de dichos valores de acción conforma el juicio ético social del ciudadano y fortalece su actitud permanente de fidelidad al Derecho” (Welzel, Bustos, Yáñez, 1976, p.3).

Lo dicho, nos permite concluir dos cosas: 1) Para las funciones de la pena, es fundamental establecer un sistema legítimo y efectivo, 2) El derecho penal no puede pretender cumplir una función ético-social, si este mismo no está estructurado de tal forma que su principal enfoque sean los presupuestos éticos, garantistas y democráticos. Los principios demoliberales del derecho penal, aseguran una justicia retributiva, aunque de todas formas su fin real será asegurar la paz social mediante la tutela de los bienes jurídicos.

Pero para establecer un valor jurídico de la justicia, nace como respuesta a ello el derecho penal como un derecho justo,

cuestión que nos pone ante las teorías de la adecuación social y la insignificancia del daño (Human, 2012).

Para Hans Welzel, padre de la teoría de la adecuación social, los tipos penales solo conculcan conductas graves que atentan contra el orden natural de la vida social (anomia) excluyendo la ausencia de la lesión. Cabe aclarar que Welzel, no pretende limitar los tipos penales, sino que representa la verdadera precursoría de la teoría de la imputación objetiva.

De otro lado, Roxin, según su teoría de la insignificancia del hecho, aseguraba que las lesiones insignificantes sobre los bienes jurídicos, no cumplen con el carácter fragmentario del derecho penal y deben ser excluidos de la tipicidad, lo cual pregona que se deben excluir las afecciones sin trascendencia social.

Queda sentado que, para satisfacer la justicia, el derecho penal debe fungir como arma de respuesta ante las acciones antijurídicas. De primera medida, el derecho penal debe tener un carácter fragmentario, tipificando así solo a las conductas que atenten gravemente a los bienes jurídicos más preciados, dejando así a los que no encuadren dentro de estos dos presupuestos, por fuera de la esfera de punición. De segundo modo, la bandera del garantismo penal, el límite de las penas; dejando los límites de la esfera de aplicación de la pena criminal: el respeto por el bloque de constitucionalidad en su sentido amplio, la dignidad humana, determinación inequívoca de la culpabilidad y pena proporcional a su grado, y la racionalidad y proporcionalidad de la pena contra el hecho. De tercer enfoque, se establece que la ejecución de las penas siempre debe hacerse con humanidad, siguiendo así

los presupuestos de Beccaria; la pena criminal debe conllevar la menor lesión posible de los derechos fundamentales dentro de la esfera de lo justificable proporcional al delito, todo sin perjuicio absoluto de la dignidad humana y partiendo siempre viendo el horizonte que oriente hacia la reinserción social del autor.

El derecho penal liberal, dentro de su carácter justicial, debe tener dentro de su amalgama de distinciones a la hora de su praxis los presupuestos teóricos de un derecho penal personalista, teniendo de esta forma elementos como: La imputación personal e individual, proporcionalidad en su sentido amplio, culpabilidad, principio de lesividad y una plausible resocialización del autor; todos estos elementos enmarcados dentro del principio de garantía y respeto por la dignidad humana, anteponiendo como fin general del derecho penal, tutelar los bienes jurídicos de las personas, haciendo que el Estado y estas cumplan con sus deberes sociales, en especial hincapié sobre la protección especial, extrema y más severa de todos los derechos.

### **Garantismo penal y su exigibilidad prioritaria en el acceso a la justicia**

Lo teoría garantista tiene asidero en la relación de validez de las normas –leyes en *stricto sensu*– frente a la Constitución –en *lato sensu*– y el efectivo cumplimiento de las mismas, entendiendo que, en los estados constitucionales además de la primacía de la Carta Magna misma, en ella los derechos fundamentales surten un papel de preponderancia. Así, esta dicotomía entre lo que es y lo que debería ser, plantea que el garantismo va mucho más allá del límite establecido al poder: La defensa y materialización de los derechos fundamentales.

En ese sentido, se puede sostener que los asuntos fundamentales propios de la dogmática penal están permeados de manera directa por el ordenamiento constitucional; esto es, dichos asuntos encuadran tanto en las fronteras de la Constitución como en la política criminal (Tiedemann y Nieto, 2003). Entonces, la teoría garantista logra su importancia al trascender los interrogantes sustanciales de los derechos y preguntarse por su organización y por los mecanismos que facilitan hacerlos realidad en el Estado Constitucional. La discusión abanderada por Ferrajoli (1995) en *Derecho y Razón* (pp.851-948) busca sentar sus bases en la teoría general del derecho y edificarse como uno de los cimientos del Estado ibídem y de la democracia sustancial (Torres, 2017).

En el ensayo *Derechos fundamentales* de Ferrajoli (2001), se plantea una definición formal de la conceptualización de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que, desde el punto de vista teórico, podría confundirse el concepto tanto de estos como el de las garantías, pese a que el núcleo del debate gira en torno a la democracia sustancial influenciada por estos derechos (Álvarez, 2010, p.311).

A propósito de este debate, es necesario considerar que los derechos fundamentales poseen una doble perspectiva, en tanto que implican criterios hermenéuticos que los diferencian de otras normas y, desempeñan un carácter a la vez de *deber ser* interno y de *ser* de normas legales en el Estado Constitucional. En ese sentido, el garantismo emerge y se posesiona teniendo en cuentas las garantías propias de los derechos fundamentales y, simultáneamente, la función de garantía que realiza como respaldo para el cumplimiento de los derechos (Peña Freire, 1997).

Teniendo en cuenta estos presupuestos sustanciales, existe la necesidad de transitar de un discurso legitimante de una idea jurídico-penal de *perenne emergencia*, a un discurso que se dé hacia la promulgación de discursivas deslegitimadoras, todo esto fungiendo como los prolegómenos para la transmutación o un cambio de paradigma jurídico. De este modo, la crítica iusfilosófica que se plantea como propuesta ante el estado de tránsito que debe vivir el ordenamiento jurídico-penal es, la garantía de los derechos en concordancia con una posible fracturación justificable del principio de legalidad.

La idea jurídico-penal de *perenne emergencia* se refiere a los discursos legitimantes del derecho penal del enemigo, el cual establece que el derecho está en un estado de constante o *perenne emergencia* y, por tanto, es necesario suprimir las garantías procesales, so pretexto de la manutención del ordenamiento jurídico y de la estabilidad del mismo. Lo que aquí se propone es algo totalmente contrario, y es lo que plantea el derecho penal liberal: El derecho y el ordenamiento jurídico no están en *perenne emergencia* y, en caso de estarlo, la supresión de las garantías procesales nunca debe entenderse como una opción.

Lo anterior debe entenderse bajo la siguiente óptica: El sistema jurídico-penal está viviendo una transformación; esta se evidencia en los discursos argumentativos que hacen parte del activismo judicial. En principio, se tiene que hay 2 tipos de discursos argumentativos y jurídicos: Los legitimantes y los deslegitimantes. Los discursos legitimantes son discursos de encuadramientos o prácticas argumentativas en las que el juez, en su

labor, delimita o encasilla un hecho en una norma, exponiendo los argumentos de paso o de derecho, así como las tesis requeridas, para coadyuvar con la endilgación del proceso; en otras palabras, exponer que un hecho está de acuerdo con una norma en específico, en virtud del principio de legalidad. Lo anterior va en contravía con lo que sucede con los discursos deslegitimantes, como el activismo judicial, en tanto que, se apartan del principio de legalidad, se apartan de la ley, la critican y proponen una figura o ficción jurídica nueva.

Entonces, esto va a suponer un cambio de paradigma, una transmutación del sistema argumentativo de la práctica judicial, mayormente en la esfera del derecho penal. Este discurso deslegitimante del activismo judicial en el marco del garantismo penal, va a consistir en que la garantía de los derechos dentro de la esfera de lo decidible, como objeto sujeto de estudio, se centrará en la tesis de la argumentación jurídica y no, precisamente, en el encuadramiento del hecho en la norma.

En ese orden de ideas, y en concordancia con la crítica iusfilosófica como salida perfectible, Goldsmith (1976) plantea que el estudio iusfilosófico de interpretación del método de evaluación de la norma jurídica frente al hecho, consiste en estudiar una norma y otorgarle un valor justicial, esto es, la norma es justa o es injusta. Esto, mediante un juicio de valor con respecto a normas, teniendo en cuenta criterios de justiciabilidad.

Ahora bien, una vez proyectadas las transformaciones que vive el sistema jurídico-penal, debe materializarse la idea de por qué en el momento de acceder a la justicia hay que atender primero a las garantías. Roxin (2003) señala que “el derecho procesal

penal es el sismógrafo de la Constitución política del Estado”. Y es que, todo el compendio terminológico en relación con los derechos humanos, derechos fundamentales, derechos fundamentales procesales, principios procesales, libertades públicas, garantías institucionales, entre otros, permiten remitirnos, *grosso modo*, a un mismo punto: Las garantías penales constitucionalizadas (Caro, 2019).

En relación con los derechos humanos Guerra y Gómez (2014a) que son:

El conjunto de necesidades atemporales e innegables que se derivan de la dignidad del ser humano, que permiten lograr el ideal de la persona libre, exenta del temor y de la miseria, que se muestran como previas y superiores al Estado y gozan de una protección judicial complementaria distinta a la ofrecida por el derecho interno del Estado. (p. 14)

Por su parte y, en cuanto a los derechos fundamentales procesales, Gómez Colomer (1996) expone que “entendidos en sentido amplio, incluyen también a los principios procesales, garantías institucionales y libertades públicas reconocidos por la Constitución y que tienen aplicación en el proceso penal”. Por consiguiente, la seguridad jurídica, la primacía de la realidad sobre la forma, las distintas acciones o mecanismos consagrados constitucionalmente, el equilibrio entre la denominada búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado e incluso la fracturación del principio de legalidad van a suponer la materialización de las garantías constitucionales del proceso

penal bajo el entendido de los principios, libertades y derechos fundamentales y por los tratados internacionales.

De igual forma, y siguiendo con Ferrajoli (2001), existen cuatro postulados que corresponden a otras tantas garantías: Las dos primeras llamadas primarias y las dos últimas denominadas secundarias; a su vez, dentro de las dos primarias se encuentran el principio de legalidad y el principio de plenitud deóntica, dentro de las dos últimas están el principio de jurisdiccionalidad y el principio de accionabilidad.

El primer postulado, o sea, el principio de legalidad era en la antigüedad, a rasgos generales, inactuado, y su legitimidad estaba en la distinción entre la manifestación del derecho y su praxis, constituyentes del sistema jerárquico de la norma. Sin embargo, luego del surgimiento del paradigma constitucional su curso fue diferente, pues la tutela efectiva del sujeto de derechos restringió el ejercicio del poder.

El segundo de los postulados es el principio de plenitud deóntica, consiste en que “la existencia de derechos o intereses establecidos por normas primarias, deberán introducirse unas garantías primarias en las cuales se establezca la prohibición de lesionarlas y la obligación de tutelarlos y satisfacerlos, a cargo de funciones e instituciones separadas de cualquier poder” (Albarrán, 2014, p.159). En síntesis, hace referencia a que para la efectividad de la tutela de los derechos no solo es suficiente con resguardar los derechos *per sé*, sino que también se requiere un sistema de jurisdicciones que imponga deberes y/u obligaciones en procura del respeto por los derechos.

El tercer postulado concierne al principio de jurisdiccionalidad, el cual sugiere que para la protección de las posibles transgresiones de las normas primarias deben existir normas secundarias. El papel de los jueces es fundamental, de tal forma que son quienes ejercer un control de legalidad sobre dichas normas primarias consagradas constitucionalmente. Todo esto, al decir de Ferrajoli, bajo la observancia de un método de coercibilidad para poder acceder a un modelo garantista pleno.

El cuarto postulado atiende al principio de accionabilidad, según el cual “donde exista una jurisdicción deberá estar asimismo prevista, como ulterior garantía secundaria, su activación por los titulares de los derechos y de los intereses lesionados, con carácter subsidiario, que parte de un órgano público capaz de suplir las posibles inercias o debilidades de aquellos” (Albarrán, 2014, p.159). En este principio se puntualiza el acceso a la justicia, debido a que en todo caso en el que haya lugar derecho a la tutela de los mismos ante un juez, también habrá lugar al derecho a que exista un fiscal que proporcione la garantía de dichos derechos. “De aquí la necesidad de asumir el principio de accionabilidad como un principio general del modelo garantista MG, idóneo para asegurar la efectividad de los otros tres principios –de jurisdiccionalidad, legalidad y plenitud– mediante la integración de la acción privada con la encomendada a un órgano público” (Ferrajoli, 2001).

Por lo anterior expuesto, debe concretarse que el acceso a la justicia visto desde una perspectiva práctica, se ha de materializar a través de las conocidas “garantías procesales genéricas” (Caro, 2019). En este aspecto, van a destacarse el derecho a la

tutela judicial efectiva, derecho al debido proceso penal, derecho a la presunción de inocencia, derecho a la defensa, entre otros; así mismo, van a cobrar importancia la fuerza que en el acceso a la justicia le atribuyen algunos mecanismos específicos de participación ciudadana al garantismo penal, tales como la acción de tutela, acción pública de inconstitucionalidad, entre otros. En ese marco teórico-práctico, estas garantías no son más que preceptos constitucionales que van a fungir como mecanismos para accionar el sistema y poner en marcha la eficaz realización de los derechos fundamentales y de los derechos en general.

## MÉTODO

El desenglobable argumentativo de este tema, atiende a la relación con el uso del paradigma hermenéutico, de igual forma puede ser denominado como paradigma cualitativo, fenomenológico, humanista... Pues al tener dentro de sus enfoques teóricos el casi nulo interés de la investigación por lograr conocimiento objetivo, por el contrario, lo que se busca es llegar a una tesis sincrética, pues en este sentido, lo que más importa es hacer un consenso en torno a los paradigmas de la interpretación de lo que se está estudiando. De este modo, se permite esclarecer el límite de lo que fuere un completo o incompleto conocimiento, derivado de la interpretación, sería el ligaje de cercanía que tiene con la realidad perfectible. “La importancia de tener cierta fidelidad en la interpretación es la posibilidad no solo de entender, sino de modificar aquello que se entiende, y de poder arribar a conocimientos más profundos o más amplios de un primer conocimiento obtenido” (Ballina, 1996, p.4).

De otro lado, se optó por el uso del enfoque cualitativo, toda vez que permitió estudiar la realidad en su contexto de naturalidad,

de este modo –aplicando la interpretación de fenómenos en concordancia con los actores del hecho– se utiliza una diversidad de mecanismos etnográficos para recoger información (Blasco y Pérez, 2007).

Para finalizar, se sustentó la investigación en el uso de la teoría fundamentada, cuya importancia gira en torno a la realidad empírica y la observación como base de la investigación cualitativa, “la realidad empírica es vista como una interpretación en curso de significaciones producidas por los individuos insertos en un proyecto común de observación” (Sudabby, 2006). Toda vez que se permite, con la implementación de este supuesto teórico, ampliar el espectro de investigación y poder determinar la realidad y su relación con la teoría planteada.

## DISCUSIONES Y CONCLUSIONES

La teoría garantista en el marco del derecho penal emerge como postura iusfilosófica de obligatoria observancia en el Estado Constitucional. El carácter humano que resalta en el ámbito penal frente a las otras ramas del derecho le imprimen al garantismo, en tanto que garantías y función de garantía, la necesidad de su búsqueda permanente en la ciencia del derecho, a la luz de los principios fundantes constitucionales, tales como la dignidad humana y el respeto por la esencia del ser humano habida cuenta de la existencia de un *ius constitutionale commune* (Guerra et al., 2018b).

Teniendo en cuenta estas premisas, el garantismo hace frente al poder punitivo estatal limitándolo a través de la noción de un derecho penal mínimo, así como lo propuso Ferrajoli (2006,

p.11): “garantismo y derecho penal mínimo son, en efecto, términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva, tanto en la previsión legal como en su comprobación judicial, sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de las personas”.

Ahora bien, podría pensarse que esta teoría tiene una visión utópica por cuanto pretende tutelar derechos y establecer límites en una sociedad desviada y ante un Estado que dirige todo un aparato judicial. Sin embargo, el garantismo es consciente que la idea abstracta de “estado” está representada materialmente por personas, las cuales poseen virtudes y defectos y, por lo tanto, no va a pretender que la benevolencia de los poderes sea tal que exista la certeza de que los derechos tutelados y los medios para hacerlos valer, van a ser cumplidos a cabalidad. Justamente, el plano iusfilosófico va a entrar en controversia con el plano práctico, y el precursor principal de esta teoría hace la salvedad: “...dado que el derecho es una construcción humana y como tal puede elaborar él mismo condiciones y criterios de justificación de las decisiones por él admitidas como válidas. Precisamente, el derecho es un universo lingüístico artificial que puede permitir, gracias a la estipulación y a la observancia de técnicas apropiadas de formulación y de aplicación de las leyes a los hechos juzgados, la fundamentación de los juicios en decisiones sobre la verdad convalidables o invalidables como tales mediante controles lógicos y empíricos y, por tanto, sustraídas lo más posible al error y al arbitrio. El problema del garantismo penal es elaborar tales técnicas en el plano teórico, hacerlas vinculantes en el plano normativo y asegurar su efectividad en el plano práctico”.

Así, la deslegitimación del arbitrio de los poderes del Estado hará contraste con las garantías contenidas y respetadas en el ordenamiento jurídico. Es por ello que en el paradigma constitucional las imperfecciones se reflejan en la divergencia lógica que siempre está presente entre la normatividad y la concreción de su consecuencia jurídica, es decir, su efectividad. La razón fundamental por la cual algunos autores se limitan a mencionar que el garantismo se expresa en grados radica en que mientras más pretenciosa sean esas consecuencias de carácter teleológica, más extensa será la brecha de divergencia. Para tal suerte, el único atisbo que se conoce de conjunción entre realidad política y norma que carece de límites, está en Estados con una constitución normativa.

Sin duda alguna, la propuesta garantista en materia penal, es muy ambiciosa, toda vez que abarca esferas de aplicación del conocimiento dentro de una tesis poco discutida, pero muy referida parcialmente a lo largo de la historia del derecho, como bien ya se demostró. Esta teoría ha abarcado aplicaciones en campos como el derecho sustantivo, la criminología, la política criminal y hasta el derecho penal procesal; no obstante, se tuvo como base integral de estudio, una reflexión filosófica que nos arroja como resultado una amalgama de conocimientos que engloban un sistema penal que: sea de mínima aplicación o fragmentario, tenga limitación del poder punitivo, se preponderen garantías de los derechos sobre el principio de legalidad, fortalezca el papel de los jueces y su labor interpretativa y sobre todo, sostenga a la crítica jurídica como ente deslegitimador de los ordenamientos jurídicos legalistas (Akers, 1994).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agudelo, N. (2014). *De los delitos y de las penas edición 250 años*. Medellín, Colombia: Nuevo Foro.
- Akers, R. (1994). *Criminological Theories*. Los Angeles, Roxbury: Publishing Company.
- Albarrán, I. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. De Luigi Ferrajoli, Italia.
- Álvarez, L. (2010). Los derechos y sus garantías. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 13, 311-324.
- Ballina Ríos, F. (1996). *Problemática epistemológica y sociológica de la administración. Una propuesta crítica*. FCA-UNAM: Contaduría y Administración.
- Blasco Mira, J. E. & Pérez Turpin, J. A. (2007). *Metodologías de investigación en educación física y deportes: ampliando horizontes*. Editorial club universitario.
- Cancio Meliá, M. (1993). La teoría de la adecuación social en Hans Welzel. *ADPCP, Fasc. II*, 169-202.
- Cancio Meliá, M. Jackobs, G. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones S.L.
- Caro, D.C. (2019). *Las garantías constitucionales del proceso penal*. Ciudad de México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Carrara, F. (1988). *Programa de Derecho Criminal. Parte General*. Volumen I. Bogotá, Colombia: Temis.

- Ciafardini, M., Bondanza, M. y Cohen, S. (1989). *Abolicionismo penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Chinchilla, T. (1988). El Estado de Derecho como modelo político-jurídico. *Estudios de Derecho*, 80, 51.
- Fernández Carrasquilla, J. (2007). *Derecho penal liberal de hoy*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón, una teoría sobre el garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2001). *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2001). Derechos fundamentales. En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006). *Derecho penal mínimo. trabajo aparecido en VV. AA., "Prevención y Teoría de la Pena"*. (pp.25-48) Santiago, Chile: Editorial Jurídica Conosur. Disponible en <http://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/06/el-derecho-penal-mnimo-l-ferrajoli/>
- Ferrajoli, L. (2009). Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías. En L. Ferrajoli, J.J Moreso, y M. Atienza. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. (2ª ed.). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

- Foucault, M. (1984). *Vigilar y castigar*. Madrid: Siglo XXI, 4<sup>o</sup> edición.
- Gallego García, G. (2003). Sobre el monopolio legítimo de la violencia. *Nuevo Foro Penal*, 12(66). Recuperado a partir de <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3822>
- Goldschmidt, W. (1976). *Introducción Filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Gómez Colomer, J. (1996). *Constitución y proceso penal*. Madrid: Tecnos.
- Guerra, D. D. J. A., & Gómez, G. I. R. (2014a). *Garantía de los Derechos Humanos en los conflictos armados. Cultura de paz y derechos humanos*. Una mirada socio-jurídica/Raimundo Caviedes Hoyos...[et al.].--Barranquilla: Universidad Simón Bolívar. Instituto de investigaciones. Grupo de investigación Derechos humanos, cultura de paz, conflictos y postconflicto, 2014. 201 p.; 17 x 24 cm., 11.
- Guerra, D., Llinás Torres, C., Suárez Pérez, J., Rodríguez Lara, I., Rodríguez Ortega, M., Marín Mass, D., . . . Agualimpia Romero, H. (2018b). *Panorama Jurídico y Sociojurídico de los Derechos Humanos, Sociales y Ambientales Tomo II* (J. Enamorado, D. Navarro Suárez, & I. Rodríguez Lara, Edits.) Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.
- Hulsman, L. (1991). The abolitionism case: alternative crime policies. *Israel Law Review*, 25, 681-709.
- Human, C. (2012). El Principio de Insignificancia y el daño acumulativo. A propósito de la Doctrina sentada por el Tribunal de

- Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires. *Revista del Instituto de Estudios Penales*, 6.
- Jiménez de Asúa, L. (1950). *Tratado de derecho penal*. tomo II. Buenos Aire, Argentina.
- Larrauri, E. (1997). Criminología crítica: abolicionismo y garantismo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 133-168.
- Peña Freire, A. (1997). *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta.
- Rafecas, D. E. (2005). "Una aproximación al concepto de garantismo penal". *Extraído en "Lecciones y Ensayos"*, UBA, Tomo 80. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.
- Roxin, C. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Suddaby, R. (2006). From the editors: What grounded theory is not. *The Academy of Management Journal*, 49(4), 633-642.
- Tiedemann, K. y Nieto, A. (2003). *Eurodelitos: el derecho penal económico de la Unión Europea*. Ciudad Real, España: Universidad de Castilla-La Mancha.
- Torres, J. (Enero, 2017). La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo. *Revista de Derecho*. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.14482/dere.47.9761>
- Welzel, H., Bustos, J., Yáñez, S. (1976). *Derecho penal Alemán*. Trad. Al español. 2da edición. Santiago de Chile.

**Cómo citar este capítulo:**

Maiguel Donado, C. A. y Barrios Márquez, E. J. (2020). Reflexiones filosóficas sobre el garantismo penal: abolicionismo y derecho penal liberal. En: D. de J. Aníbal Guerra y C. del C. Llinás Torres, (Comp) *Realidades contemporáneas desde el enfoque de los derechos humanos*. (pp.51-86). Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

## Hacinamiento carcelario como limitante al fin resocializador de la pena desde la perspectiva de los derechos humanos

*Carcelary drafting as a limiter to the resocializing penalty of the penalty from the human rights perspective*

87

LUIS MANUEL DE JESÚS SÁNCHEZ LLINÁS<sup>1</sup>  
SADDAY MICHEL HENRÍQUEZ JIMÉNEZ<sup>2</sup>  
MARÍA JOSÉ CASTELLAR ALVIS<sup>3</sup>

- 1 Estudiante del programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Simón Bolívar. Miembro del semillero de la línea: Derechos Humanos, Cultura de Paz y Género.  
lmslljareed@hotmail.com  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6708-8559>
- 2 Estudiante del programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Simón Bolívar. Miembro del semillero de la línea: Derechos Humanos, Cultura de Paz y Género.  
sadday.henriquez@unisimon.edu.co  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8975-9651>
- 3 Estudiante del programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Simón Bolívar. Miembro del semillero de la línea: Derechos Humanos, Cultura de Paz y Género.  
maria.castellar@unisimon.edu.co  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1388-3370>

### Resumen

La presente obra se derivó del trabajo de investigación denominado *Pedagogía Restaurativa para la reconstrucción del tejido social en Colombia*. La presente obra desarrolla uno de los objetivos específicos de la investigación que buscó analizar el impacto del hacinamiento carcelario desde la perspectiva de los derechos humanos en las personas privadas de la libertad. Metodológicamente el trabajo se abordó desde el paradigma hermenéutico, el enfoque cualitativo y el método inductivo. El diseño de la investigación es del tipo socio jurídico. El resultado al que se llegó es que debido al hacinamiento carcelario se han producido grandes y masivas violaciones de derechos humanos al interior de las cárceles, que evidencian la falta de proyectos de resocialización eficaces por parte del Estado. Consecuentemente, se concluye que el hacinamiento carcelario es un problema cuyas afectaciones generan resentimientos en la población privada de la libertad dada la ineficacia del fin resocializador de la pena y de la imposibilidad de lograr la protección de toda la población reclusa de las contingencias dentro de los centros penitenciarios del país.

**Palabras clave:** derechos humanos, hacinamiento, pedagogía restaurativa, resocialización, sistema interamericano.

### Abstract

The present work was derived from the research work called Restorative Pedagogy for the reconstruction of the social fabric in Colombia. This work develops one of the specific objectives of the investigation that sought to analyze the impact of prison overcrowding from the perspective of human rights on persons deprived of liberty. Methodologically the work was approached from the hermeneutical paradigm, the qualitative approach and the inductive method. The research design is of the socio-legal type. The result that was reached is that due to prison overcrowding, large and massive human rights violations have occurred within the prisons, which demonstrate the lack of effective re-socialization projects by the State. Consequently, it is concluded that prison overcrowding is a problem whose affections generate resentments in the population deprived of liberty given the ineffectiveness of the resocializing purpose of punishment and the impossibility of achieving protection for the entire prison population from contingencies within the penitentiary centers of the country.

**Keywords:** human rights, overcrowding restorative pedagogy, resocialization, inter-american system.

## INTRODUCCIÓN

El Estado colombiano dentro de sus destacadas obligaciones constitucionales, debe garantizar y proteger los derechos

humanos de todo conciudadano, sin establecer algún tipo de estereotipo en especial por lo cual la misma constitución ha establecido una especial protección a toda persona que por sus condiciones pertenezca a un grupo vulnerable, tal es el caso, de la población privada de la libertad en instalaciones penitenciarias y carcelarias; motivo por el cual el Estado representa una posición de garante, ante un deber de custodia que le exige el cumplimiento de obligaciones y responsabilidades internacionales, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto, han generado grandes aportes, que han favorecido el ver el hacinamiento con una mirada más humana y desde la perspectiva de los derechos humanos. Reflejo de ello, es la primera declaratoria del estado de cosas inconstitucionales en las prisiones de Colombia, como resultado de las condiciones denigrantes de reclusión en las que habitaban decenas de personas que se encontraban privadas de la libertad en las cárceles y penitenciarías del país, a causa de medidas preventivas o condenas.

Esta postura gubernamental permitió identificar que la situación penitenciaria de los reclusos en Colombia, estaba generando una vulneración sistemática de derechos, y que por la complejidad de este problema, requería de respuestas institucional estructural y articulada de distintas ramas del poder público para atender las múltiples consecuencias que del hacinamiento se producían.

Identificando así al hacinamiento carcelario, como una problemática jurídico social que merece ser estudiada a cabalidad,

teniendo presente que las reacciones que de ella se derivan incrementan y predisponen aún más a la delincuencia y los factores de reincidencia convirtiendo el sistema resocializador en un círculo vicioso delictivo.

## **ESTADO DEL ARTE**

Como respuesta a las obligaciones estatales generadas de los fundamentos constitucionales. Así como de los acuerdos internacionales que Colombia ha suscrito, en donde no solo se vislumbra la importancia de los tratados de Derechos Humanos, se genera la necesidad de la creación de una Política Criminal, que de acuerdo con la Comisión Asesora de Política Criminal del Estado Colombiano (CAPCEC, 2015).

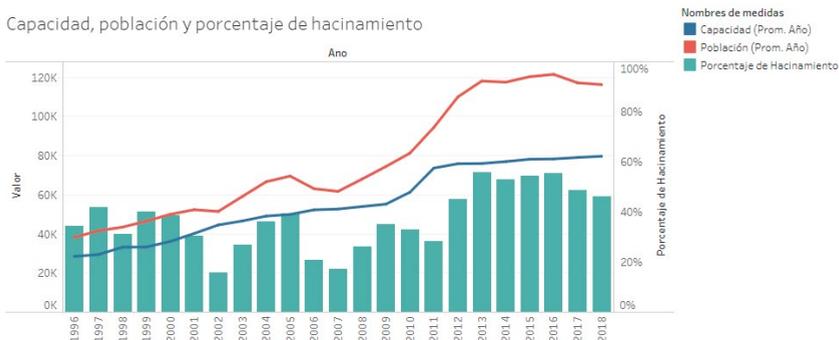
La política criminal, no puede ser construida sin fundamentos de ninguna naturaleza o con la mera liberalidad de una entidad del gobierno o de una persona o simplemente obedeciendo a los caprichos que puedan presentarse dentro de la sociedad, en un momento determinado. Desde ese punto de vista, se considera que las bases de los fundamentos deben estar específicamente establecidas en la Constitución Política de Colombia. Es decir, que allí se deben encontrar unos condicionamientos específicos para configurar esa política, y en ese punto, se halla que la Constitución Política de Colombia actúa de manera supremamente protectora de las libertades esenciales de las personas, luego la política criminal, debe enfocarse dentro de esa perspectiva principal. Es decir, abandonar los criterios de mera represión y del castigo por el castigo mismo, y tratar de comenzar a configurar todas

las medidas de política criminal desde una perspectiva de derechos, que proteja tanto los derechos de las víctimas, como los de los autores de las conductas lesivas. En este sentido, es una doble dimensión que debe examinarse desde ambas perspectivas. (p.4)

Es por ello que la política criminal del Estado determina la coordinación y desarrollo de múltiples actividades direccionadas no solo a la represión de los delitos sino también al cumplimiento de la función resocializadora; pues su facultad sancionadora, contiene una serie de aspectos que exigen atención, como la situación carcelaria, infraestructura en los centros de reclusión y el tratamiento a los internos; con respecto a este último aspecto, que ha generado el presente estudio, se ha detectado una grave problemática, generada por la forma incorrecta en que se ejecutan las políticas carcelarias, por lo cual se han presentado consecuencias como el hacinamiento, que a su vez genera un lamentable estado de vulneración sistemática de sus derechos fundamentales, así como recurrentes problemas de salubridad, entre otros, que exigen urgentemente una especial atención por parte del Estado, hacia quienes se encuentran privados de la libertad, entendiendo que por su situación jurídica estas personas se encuentran en una condición temporal de subordinación.

Al respecto, el Sistema de Información para la política criminal presentó en su último informe anual el presente análisis sobre la capacidad, población y porcentaje de hacinamiento que muestra la relación del total de cupos disponibles con el total de la población nacional. Desde un referente histórico del

hacinamiento. En el cual se puede observar cómo desde el año 2013 el porcentaje de hacinamiento en los centros penitenciarios en Colombia ha ido en aumento, tal como se representa en la gráfica a continuación.



**Gráfico 1.** Análisis histórico de la capacidad, población y porcentaje de hacinamiento en los centros penitenciarios en Colombia

**Fuente:** Sistema de Información para la política criminal. <https://politicacriminal.minjusticia.gov.co/>

Al respecto, Escobar (2011) se refiere al hacinamiento carcelario como

Una realidad que azota hoy, más que nunca, a los sistemas carcelarios latinoamericanos. De igual manera hace público que una y otra vez se reportan eventos violentos en los establecimientos penitenciarios, en los cuales no solo privados de libertad han sufrido las consecuencias y hasta perdido la vida en estos disturbios, además pueden contarse entre las víctimas funcionarios penitenciarios, y de seguridad. Pero el efecto del hacinamiento trasciende los eventos violentos, también se plasma en cualquier acto cotidiano, aquello que para cualquier ciudadano podría ser algo tan sencillo como acudir a una cita médica, tener

un espacio para dormir, un lugar adecuado para satisfacer necesidades fisiológicas, degustar un segundo plato de comida e inclusive estudiar, para quienes habitan los centros carcelarios, se torna hartamente dificultoso e inclusive hasta arriesgado; así sin temor a equivocación la vida corre más peligro al interior de la prisión que fuera de ella.

Conviene subrayar que el Estado colombiano muestra una ineficiencia al nivel de educación, salud y vivienda lo que genera un gran aumento delincencial en el país, y por lo tanto una mayor tasa de individuos judicializados a lo largo del tiempo trayendo como consecuencia una sobrepoblación de retenidos en los diferentes centros penitenciarios del territorio.

No obstante, que el Congreso de la República junto al ente ejecutivo, han tratado de buscar una posible solución ante tal falta de seguridad de la Nación; tales iniciativas apuntan a aumentar los años de penas mínimas y máximas para los diferentes delitos ya establecidos en la legislación penal, como consecuencia del populismo punitivo, no teniendo en cuenta que no existen suficientes lugares donde ingresar a los retenidos.

De hecho la mirada frente a la comisión de los delitos debería ser más preventiva desde un enfoque humanístico que permitiera comprender cuáles son los motivos del incremento de crímenes y delitos, percibiendo al victimario en realidad como una víctima de una sociedad que por falta de responsabilidad está engendrando delincuentes. Pues ningún niño nace con el deseo de dañar, es allí cuando surge el cuestionamiento ¿qué sucede en la vida de un hombre para que llegue a delinquir?

Y aun en el enfoque sancionatorio, la privación de la libertad debe ir acompañada de un proceso de restauración social. Es decir, que favorezca un fin resocializador. El cual se ha visto obstaculizado, debido a que en Colombia este sistema tiene muchas fallas y los diversos tipos de transgresores luego de terminada la condena siguen delinquiriendo y de esta manera se les es mucho más difícil a los retenidos que puedan integrarse nuevamente a la vida social. Eso sin tener en cuenta que muchos salen en condiciones psicosociales peores en que las que entraron pues muchos reclusos han denunciado haber sido víctimas de ultrajes, violaciones y otros vejámenes impetrados por compañeros de celda y hasta por los mismos funcionarios del reclusorio.

## **EL HACINAMIENTO COMO CAUSA DE LA VIOLACIÓN AL DERECHO A LIBERTAD PERSONAL**

Constitucionalmente hablando, el derecho a la libertad personal es imprescriptible y contiene a su vez una serie de derechos reivindicados que lo protegen en contra de cualquier ataque por parte inclusive del mismo Estado, razón por lo cual Gómez y Gómez (2018) enfatizan en que

Todo ser humano debe poseer como lo son la libertad de opinión, expresión, circulación, de pensamiento, vida privada, entre otros pero el limitante a este derecho llega a causa de que los derechos no son absolutos, su disfrute puede verse limitado por ciertas restricciones, que la misma Convención prevé en el artículo 32.2, y establece criterios específicos para la aplicación de restricciones que generalmente terminan en el abuso o libertinaje de los derechos propios. (p.6)

La misma Constitución de 1991, ha fijado límites de control alrededor de este derecho fundamental, puesto que el derecho a la libertad termina donde empieza el de los demás el cual nunca debe ser afectado. Del mismo modo el Estado tiene la obligación de garantizarlos. Haciendo parte este de una categoría de derechos no derogables dentro de los cuales suelen mencionarse el Derecho a la vida, del cual se desprende la prohibición de conductas que atentan contra una vida digna como son los tratos inhumanos, prohibición de la tortura e incluso el principio de legalidad de los delitos y penas (Guerra et al., 2018a).

En mención de estos derechos en su carácter no derogables significa solamente que, bajo ninguna circunstancia, por grave que esta sea podría justificarse un limitante a dichos derechos, con única excepción de alguna circunstancia que estuviesen previstas expresamente en las convenciones o pactos a lo que se llegue (Gómez y Verduzco, 1995).

En cuanto a una perspectiva internacional se encuentra la declaratoria del concepto de libertad personal que refiere a la libertad de la persona física en cuanto ser corporal en sí mismo, constituyendo un derecho matriz y residual, ya que protege las expresiones de libertad no asegurados específicamente por los demás derechos autónomos, posibilitando realizar todo aquello que es lícito; es el derecho de toda persona a que los poderes públicos y terceros no interfieran en la esfera de autonomía personal, vale decir, de disponer de su propia persona y de actuar determinado por la propia voluntad sin otras limitaciones que las que imponen el medio natural, los derechos de los demás y el ordenamiento constitucional (Alcalá, 2002, p.2).

Dicho esto se ve la importancia del Derecho a libertad en un ser humano pero el cual no exime que este sea restringido salvo por el mismo Estado el cual impone que una persona puede encontrarse preso de su libertad por delitos cometidos y aunque aquí ya hay una violación clara de los derechos fundamentales es responsabilidad de los organismo encargados como Derechos Humanos de resguardar y proteger los Derechos inalienables de una persona en condición privativa de su libertad por consiguiente debería presuponerse que toda persona en esta condición aun así está siendo respetada su dignidad humana pero este concepto está muy lejos de la realidad debido que se han presentado múltiples casos inconstitucionales en los que se han visto envueltos la mayoría de Instituciones penitenciarias o sistemas penitenciarios, carcelarios (INPEC) y Colombia no es la excepción a esta problemática.

El imponer a una persona una sanción de detención, representa al Estado claros deberes que debe asumir. Varias sentencias se han pronunciado en la Corte Interamericana manifestando que es misión del Estado sobreguardar y garantizar la integridad personal del individuo que se encuentre preso de su libertad. Se han conocido diversos casos de torturas y violaciones a este Derecho dentro de los centros penitenciarios “donde es claro la falta de acompañamiento de los entes encargados como el caso de Juan Humberto Sánchez, en que la víctima fue detenida y su cuerpo apareció con posterioridad con claras señales de haber sido torturado” (Medina, 2005).

## **EL HACIMIENTO COMO CAUSA DE LA INDIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA**

Son muchos los reclusos que hoy en día se encuentran en condiciones infrahumanas y parece que al INPEC esto lo tiene

sin cuidado y es que muchas de las cárceles han sobrepasado el límite de cupos de personas por celdas, lo cual ha llevado a un alto porcentaje de cifras escandalosas por hacinamiento carcelario y violación de los Derechos Humanos; todo este aumento ha dado no solo a que las personas en privativa de libertad se encuentren en condiciones deplorables sino también el tráfico de estupefacientes, enfermedades han acogido protagonismo a raíz de esta problemática.

La Corte Constitucional (1992a) se ha pronunciado al respecto dando un enfoque claro del concepto de Dignidad Humana

El principio fundamental de la dignidad humana no solo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades (C.P. Art. 1º. Su consagración como valor fundacional y constitutivo del orden jurídico obedeció a la necesidad histórica de reaccionar contra la violencia, la arbitrariedad y la injusticia, en búsqueda de un nuevo consenso que comprometiera a todos los sectores sociales en la defensa y respeto de los derechos fundamentales. El hombre es un fin en sí mismo. Su dignidad depende de la posibilidad de autodeterminarse (C.P. Art. 16). Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como vida plena. La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social.

La dignidad humana, a través de la historia ha sido un tema de enorme preocupación y lo seguirá siendo; por lo tanto, todo lo que atente en contra de ella, va en contra vía de nuestra propia condición de seres pensantes y racionales; su vulneración es una pretensión subversiva del orden, es la autoliquidación del pensamiento racional y de la propia condición humana. Por lo que se dice que todos y todas las reclusas del país son seres que gozan de alma racional y que por contrariar el orden jurídicamente establecido se encuentran reclusos en las cárceles del país viviendo las barbaries del hacinamiento carcelario, no por ello son menos dignas sino por el contrario gozan de la misma y como cualquier asociado al pacto político se les debe garantizar las condiciones mínimas para hacer efectiva dicha dignidad de la cual todos son titulares (Pérez y Ramírez, 2014, p.29).

De acuerdo a lo anterior y ya habiendo abordado el concepto de dignidad humana, no obstante, es momento de empezar a preguntarse ¿cuándo el Estado incrementará políticas efectivas que contrarresten el hacinamiento carcelario? Y es que no se desconoce las ocasiones que el Estado ha accionado en base a esta situación Cote Villamizar y Peña (2017) afirman que dichos proyectos son “es la expedición de leyes donde se establecen mecanismos sustitutos de la pena en prisión; como la construcción de nuevas cárceles o la ampliación de las ya existentes”. Acciones que se quedan cortas en el camino a consecuencia de la falta de recurso titulada para esta problemática y el gran número de hacinamiento en la que se encuentra cada cárcel en el país.

La Defensoría del Pueblo (DPC, 2003) en sus diversos informes al Congreso de la República, afirmó que:

El hacinamiento es uno de los elementos que contribuyen a la violación de todos los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, el cual trae como consecuencia graves problemas de salud, de violencia, de indisciplina, de carencia en la prestación de servicios (trabajo, educación, asistencia social, deportes, educación, visita conyugal, servicios médicos, etc.), con una clara violación de la integridad física y mental de los reclusos, de su autoestima y de la dignidad humana. (p.1).

Posición reiterada por Cote Villamizar y Peña (2017) al manifestar enfáticamente que:

El hacinamiento, cuando sobrepasa el nivel crítico, se convierte en una forma de pena cruel, inhumana y degradante, conllevando a disminuir la calidad de vida de los reclusos y a sufrir serios deterioros, al punto que no se pueden considerar sitios seguros ni para los internos, ni para el personal que trabaja con ellos, En síntesis, a mayor hacinamiento, la calidad de vida de los reclusos y la garantía de sus Derechos Humanos y fundamentales es menor. El hacinamiento necesariamente conduce a la deshumanización del sistema y, además, entorpece la seguridad y el control que deben existir en cualquier prisión (pp.17 y 18)

Siendo el hacinamiento un tema de preocupación internacional y nacional han sido varios los estudios que se han realizado sobre el tema, de los cuales sobresale un importante estudio en Argentina titulado “Conductas violentas y hacinamiento carcelario”, realizado Barriga (2012) en el cual se identificaron las

consecuencias del hacinamiento en las cárceles argentinas en el período 2002-2008. En él se destaca que por primera vez se abordaba el problema del hacinamiento en un sistema carcelario latinoamericano y aún más asociarlo a violaciones de derechos.

Seguidamente se encontró en Costa Rica un artículo denominado “El hacinamiento carcelario y sus consecuencias” en este Robles (2011) se refiere al hacinamiento carcelario como una realidad que azota las cárceles costarricenses. Manifestando en este trabajo el nexo causal entre hacinamiento y daño social.

De forma similar, la Corte Constitucional (1998b) en donde se analizó históricamente el hacinamiento en Colombia. Detallando en este, aspectos importantes como las circunstancias que han producido una sobrepoblación que impide ofrecerle a todos los reclusos los medios diseñados para el proyecto de resocialización social.

Así mismo, se encuentra el estudio titulado “Sistema penitenciario y carcelario en Colombia: Teoría y realidad”, en el cual Galvis (2003) realiza una exhaustiva descripción comparativa teoría-praxis del sistema carcelario y penitenciario en Colombia.

Igualmente, se registra el trabajo realizado por Sandoval et al., (2013) en su análisis hacinamiento carcelario en Colombia: teorías, causas y posibles soluciones, en el cual manifiesta las causas del hacinamiento en sus variables cuantitativas y cualitativas y su relación con el agravante de las condiciones sociales.

Y se finaliza con el estudio denominado “Riesgo suicida, desesperanza y depresión en internos de un establecimiento carcelario

colombiano”, presentado por Mojica et al., (2009) en el estudio hacen énfasis en la relación entre el riesgo suicida y la desesperanza, la depresión en los centros de reclusión Con el estudio los doctrinantes concluyeron que la desesperanza y la depresión.

Con respecto a las investigaciones anteriormente enunciadas se puede concluir que cada una de ellas ha fortalecido el pensamiento que religa hacinamiento con violación de derechos, más aún que un aspecto muy debatido es el olvido del fin principal de la pena como era el proceso restaurador que debía garantizar que se incentivara un cambio conductual en el imputado.

Con respecto a la costa Atlántica, es pertinente comentar que según las estadísticas del INPEC

Actualmente el departamento del Atlántico presenta una sobrepoblación carcelaria de 1.706 reclusos, un 149,1 % por encima de su capacidad. Un factor importante que contribuye al hacinamiento y crecimiento de la población carcelaria es la reincidencia de los reclusos la cual es de un 22 % para el Atlántico, siendo una de sus principales causas la falta de educación en los expresidarios, ya que se les dificulta conseguir empleos y reintegrarse de manera correcta a la sociedad. (Conrado et al., 2018, parra. 1). Porcentaje que claramente va en aumento a consecuencia de que se le es difícil al Estado sostener un objetivo general.

Uno de los conceptos emanados de la Corte Constitucional (2013c) que permiten entender la función resocializadora de los centros de reclusión es aquel en que se manifiesta que

La cárcel no es un sitio ajeno al derecho. Las personas recluidas en un establecimiento penitenciario no han sido eliminadas de la sociedad. La relación especial de sometimiento que mantienen con el Estado no les quita su calidad de sujetos activos de derechos. En vista del comportamiento antisocial anterior, el prisionero tiene algunos de sus derechos suspendidos, como la libertad, por ejemplo, otros limitados, como el derecho a la comunicación o a la intimidad; pero goza de otros derechos de manera plena, como el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud.

Haciendo alusión a otra sentencia emitida por la Corte (2015d) sobre el hacinamiento se encuentra lo siguiente:

La desproporcionalidad entre el número de reclusos y la capacidad de cupos de los establecimientos penitenciarios produce, según la Corte, un hacinamiento de una magnitud jamás antes experimentada. Esto impide que los reclusos tengan lugares apropiados para dormir, comer, recibir visitas conyugales y realizar todo tipo de actividades para la resocialización. Aunado a esto, los espacios tan reducidos favorecen la propagación de enfermedades y situaciones de ingobernabilidad y violencia. Para la Corte, esta problemática puede ser atribuible a tres causas: la desproporción entre el número de ingresos y salidas de reclusos, la falta de construcción y adaptación de cupos que respeten la dignidad humana, y la insuficiencia de recursos atribuidos a la financiación de la política penitenciaria y carcelaria.

Se puede observar cómo en esta última sentencia se enfatiza en la importancia de encontrar prontas soluciones al hacinamiento

previando las graves consecuencias que este desemboca como la crisis en el sistema de salud e higiene y corrupción dentro de los sistemas carcelarios.

Según esta sentencia entre noviembre de 2014 y noviembre de 2015, según cifras del INPEC, hubo un incremento de siete mil reclusos, lo que puso en duda el efectivo cumplimiento de las disposiciones de la Corte sobre menos cárcel. No fue una sorpresa, entonces, que la Corte se encontrara con una acumulación de 18 expedientes de acciones de tutela, en los cuales se alegaba la violación sistemática de derechos humanos en 16 centros penitenciarios del país. La anterior situación dio lugar a la Sentencia T-762 de 2015d, en la que se abordó esta problemática. En esta sentencia, la Corte analizó cada uno de los expedientes y concluyó que compartían tanto supuestos fácticos similares, como los derechos fundamentales invocados y el sustento jurídico. En las pretensiones de los accionantes se encontraban, entre otras, peticiones como abstenerse de ingresar nuevos reclusos, trasladar internos a otros establecimientos penitenciarios, realizar adecuaciones estructurales, y mejorar la prestación de los servicios de salud.

En ese mismo orden, con respecto al principio de resocialización, la Corte Constitucional (2015d) ha señalado que:

Es imperioso recordar que el esfuerzo por la resocialización del delincuente y por su incorporación a la vida en sociedad después de su castigo se traduce en beneficios para la comunidad. Esto quiere decir que toda persona que haya cometido un delito y es resocializado aportara mejoría a la sociedad. Por el contrario, abandonar tal enfoque hace

que el sistema penitenciario y carcelario se convierta en un sistema multiplicador de conflictos, que genera más y “mejores” delincuentes (la cárcel como universidad del delito), lo que finalmente termina siendo más costoso para el conglomerado social.

En relación a lo previamente citado no rehabilitar a un delincuente mientras aun esté en prisión, podría tener unas consecuencias aún más graves como es el empeoramiento de este susodicho, al momento de recuperar su libertad. Sampedro (1998) afirma:

El sistema penitenciario colombiano se ha limitado a buscar la forma de descongestionar los establecimientos carcelarios sin pensar en la prevención del delito y la resocialización del delincuente, por el contrario, las políticas gubernamentales van en dirección opuesta a estos objetivos, son incoherentes y contradictorias, y los pocos intentos legislativos presentados a estudio están vinculados a la supuesta reducción del hacinamiento en las cárceles mediante el otorgamiento indiscriminado de libertades y subrogados penales, sin tener en cuenta que dentro de los muros de la prisión la situación continúa siendo la misma, especialmente porque mientras por una puerta salen quienes se benefician de las medidas, por la otra entran quienes son afectados por leyes que amplían los casos por los cuales procede la detención preventiva y aumentan las penas privativas de la libertad. (p.110)

Sin embargo y debido a numerosos factores, “la mayoría de los infractores de la ley, luego de cumplir una condena en los establecimientos penitenciarios, reinciden, permitiendo así

cuestionarse acerca del proceso resocializador que se implementa en las cárceles” (Amariles y Gutiérrez 2007, p.9) seguido de esto en el sistema penitenciario y carcelario colombiano, “el trabajo y la educación de los internos tienen doble función las cuales son componentes fundamentales para la rehabilitación y la reinserción social del interno, además de brindar una oportunidad para que la persona condenada redima parte de su pena”. (Amariles y Gutiérrez. 2007, p.26). Aunque este objetivo no está consagrado constitucionalmente como ocurre en otras latitudes, “el principio de resocialización es consustancial al esquema de Estado Social de Derecho implementado en la Constitución Política de 1991 “(Rueda, 2010, p.137). Motivo por el cual, la propuesta de Torres (2018) resulta importante cuando afirma que es necesario aplicar modelos pedagógicos capaces de lograr la transformación del ser humano en todos los ámbitos de la vida cotidiana.

Pese a lo consagrado en las normas, acuerdos y tratados la realidad es evidente “La resocialización e inserción social, por lo menos en lo que concierne a América Latina y específicamente a Colombia, es de carácter discursivo, en la medida en que no hay una correspondencia real u operativización clara y precisa de las acciones que se implementen para su consecución, dado que aún persiste la concepción de la política criminal antigua en el funcionamiento real del sistema penitenciario (Universidad Nacional de Colombia-INPEC 2012, p.122). Y en virtud de lo anterior, la Corte Constitucional (2015d) concluyó que “el Sistema Carcelario actual no dispone de parámetros comunes y claros sobre los programas de resocialización, como consecuencia del abandono que ha tenido la reinserción social de quien ha cometido un delito, en la Política Criminal”.

Por otra parte, “para preparar al individuo hacia el tránsito a la vida en libertad se le deben ofrecer opciones de contacto con la sociedad extramuros, por lo que adquieren importancia los diferentes permisos y beneficios penitenciarios, que le permiten salir de la prisión con anterioridad al cumplimiento de la pena” (Rueda, 2010, p.138), en efecto todo esto será de gran apoyo para todo el debido proceso para lograr de forma efectiva la reinserción social. “Esta situación de aislamiento del sistema de reclusión del sistema social es la que ha determinado el planteo de modificar el concepto de resocialización cambiándolo por el de reintegración social que deberían cumplir los sistemas penitenciarios”. (Baratta, 1991, p.255)

Consecuentemente, Víquez. (s.f) afirma que

Para el programa resocializador el “diagnóstico” es la base organizadora sobre la que se cimientan las pautas para la vida en la cárcel, pautas que, desde la perspectiva institucional, tienen la finalidad de favorecer la construcción de un proyecto de vida en libertad. Es importante caracterizar los factores diferenciales de resocialización que influyen para que este proceso se incremente en los reclusos y evaluar también, la importancia que tiene cada uno para promover así la reinserción del sujeto a la sociedad.

Por lo cual se puede concluir que aspectos como la condición económica, el apoyo emocional y familiar, pueden permitir y facilitar la adaptación y el afrontamiento a nuevas condiciones que se ven obligados a vivir y experimentar, “y como resultado final, derivar cambios personales frente a los delitos cometidos

en el pasado y un pensamiento que permita reingresar de manera adecuada a la sociedad” (Vallejo & Herrera, 2016, p.3).

## MÉTODO

En el desarrollo de la presente investigación se implementó el paradigma hermenéutico, el cual se caracteriza por su método dialéctico que al ser incorporado en la investigación, generó un permanente proceso de apertura y reconocimiento entre texto y lector que se funden en el discurso. A lo cual Toledo (1997) con respecto a la fundamentación del trabajo hermenéutico manifestó que

El referente es la existencia y la coexistencia de los otros que se me da externamente, a través de señales sensibles; en función de las cuales y mediante una metodología interpretativa se busca traspasar la barrera exterior sensible de acceder a su interioridad, esto es: a su significado; así queda descrita la esencial actitud frente a las cosas humanas que, condensada en el término griego *hermeneuein* alude a desentrañar o desvelar; dicha actitud ha dado lugar a una teoría y práctica de la interpretación conocida con el nombre de hermenéutica. (p.205)

Así mismo, el enfoque estructurado fue el cualitativo considerado como una metodología de investigación que facilitó la comprensión del hacinamiento carcelario como una problemática jurídico social, desde la perspectiva de los reclusos. Enfocándose así en las características propias de los sujetos y permitiendo el estudio del fenómeno de manera integral o completa.

Finalmente, el diseño seleccionado en el estudio realizado, fue la teoría fundamentada considerando que es un diseño metodológico que pretende generar teorías que expliquen un fenómeno desde la interpretación, más que de la descripción de la realidad social. Todo ello, con la finalidad de descubrir teorías, conceptos, hipótesis y proposiciones a través de los datos recolectados en el proceso de investigación.

## **DISCUSIONES Y CONCLUSIONES**

El hacinamiento carcelario es una problemática mundial, prueba de ello son los resultados y aportes de estudios, trabajos e incluso denuncias que en diferentes países se han generado; en donde se analiza el grave estado de los derechos humanos así como la relación de causalidad entre el hacinamiento y otras situaciones como las epidemias, crisis de salubridad, depresiones y otras psicopatías relacionadas con la insanidad emocional de quienes por días, meses y años deben soportar con resignación, no solo la pérdida de la libertad sino también el vivir en condiciones inhumanas que no les permiten reconocerse como personas.

Al respeto de los derechos humanos y la exigencia del cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de los Estados, es menester recordar el comunicado de prensa emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2014), quien exhortó al Estado colombiano a adoptar de forma urgente, las medidas necesarias para que no se repitan hechos como los ocurridos en la cárcel Modelo de Barranquilla, donde emergía claramente un serio problema de hacinamiento carcelario, que conllevó a que un incendio se propagara y por ende que la tragedia se magnificara produciendo el deceso de varios reclusos.

En líneas similares, la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, 2014) Precisó que:

El hacinamiento generalizado en las cárceles colombianas ha sido señalado como una de las causas que dieron origen a la tragedia. Según información pública, el hacinamiento en la cárcel Modelo de Barranquilla es del 147 %. Al respecto, la Comisión recibió información según la cual la capacidad del pabellón en donde ocurrieron los hechos era de 196 reclusos y en el momento de los disturbios había 716. La Comisión ha observado con preocupación la estrecha relación existente entre el hacinamiento y el incremento de los niveles de violencia registrados en los centros carcelarios. El hacinamiento Carcelario y su Relación con violaciones I 31 detención, que en sucesos como los registrados en Barranquilla resultaron en la pérdida lamentable de vidas humanas. La CIDH recuerda que el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a los derechos de las personas privadas de libertad. Esto hace que el acto de reclusión implique un compromiso específico y material del Estado de garantizar la vida e integridad personal de los reclusos. El deber de garantizar implica que este debe tomar todas las medidas necesarias para prevenir situaciones de riesgo que, como la presente, amenacen gravemente los derechos fundamentales de los reclusos. En particular, debe implementar medidas efectivas para reducir niveles de hacinamiento.

Concretamente, el problema del hacinamiento en las cárceles colombianas es de tal magnitud, que ha impactado negativamente

en otros derechos fundamentales; Sin embargo, pese a los pronunciamientos a nivel nacional e internacional, los proyectos y soluciones estatales, que se han ideado van dirigidos al incremento de las penas y a la construcción de nuevas cárceles, como si fuesen una respuesta al problema del hacinamiento y en vez de los resultados que han producido las reformas al Código Penal, en cuanto a la forma de disminuir la sobrepoblación carcelaria, la ha agravado.

Es por todo lo anterior, que se considera importante la definición de derechos humanos planteada por Guerra y Gómez (2014b) cuando afirman que los derechos humanos son:

El conjunto de necesidades atemporales e innegables que se derivan de la dignidad del ser humano, que permiten lograr el ideal de la persona libre, exenta del temor y de la miseria, que se muestran como previas y superiores al Estado y gozan de una protección judicial complementaria distinta a la ofrecida por el derecho interno del Estado. (p. 14)

Concluyendo así, que la falta de garantismo estatal, ha fortalecido conductas reprochables, incluso al interior de las clases en donde de parte de los mismos reos, manifiestan estar viviendo en condiciones de marginalidad, en donde sus derechos han sido olvidados como si su condición los convirtiera en objetos inútiles que no merecen el mínimo de condiciones para satisfacer sus necesidades y aun privados de la libertad poder contemplar la posibilidad de tener aun con limitación de algunos derechos una vida digna en donde pueda ser posible un efectivo proceso de resocialización.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcalá, H. N. (2002). La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho*, 13, 161-186.
- Amariles y Gutiérrez (2007). *Alcances actuales del proceso de resocialización en las cárceles masculinas del área metropolitana* (pp.9-26).
- Baratta, A. (1991). *Resocialización o control social: por un concepto crítico de "reintegración social" del condenado. Ponencia presentada en el seminario Criminología crítica y sistema penal, organizado por Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, en Lima, del 17 al 21 de septiembre de 1990*. Traducción de Mauricio Martínez. Disponible en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20120608\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120608_01.pdf)
- Barriga, O. (2012). Conductas violentas y hacinamiento carcelario. *Revista Desarrollo y Sociedad*.
- Beuchot, M. y Puente, M. B. (1999). Perfiles esenciales de la hermenéutica (No. 3). UNAM.
- Campagna, E. La población reclusa en las cárceles y su proceso de resocialización en el sistema penitenciario de Uruguay (p.190).
- Carreño, L. y Tamayo, N. (2018, 6 de agosto) las cárceles en Colombia una historia de hacinamiento. *El Espectador*.
- Castro Majé, G. R. *El hacinamiento en Colombia: ¿una situación perpetua?*

Colombia, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) (2016). *Oficina asesora de Planeación. Grupo de estadística*. pp.11-55.

Comisión asesora de política criminal del Estado colombiano. (2015). Política criminal del Estado Colombiano. Recuperado de: [http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/politica%20criminal%20\(1\).pdf](http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/politica%20criminal%20(1).pdf)

Comisión Interamericana de Derecho Humanos. (2014). CIDH lamenta muertes en incendio en cárcel de Colombia. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/016.asp>

Conrado Solano, J. E., Fonseca López, A. M., Hernández Schmucker, A. F., Jiménez Ochoa, A. F., y Triana Olmos, C. A. (2018). *Centro penitenciario Juan Mina*.

Corte Constitucional de Colombia. (1992a). Sentencia T-406. M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional de Colombia. (1998b). Sentencia T-596. M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional de Colombia. (2013c). Sentencia T-709. M.P. Gabriel Mendoza Martelo.

Corte Constitucional de Colombia. (2015d) Sentencia T-762. M.P. Gloria Ester Ortiz Delgado.

Cote Villamizar, W. M., & Peña, L. D. (2017). *Acciones jurídicas aplicables para disminuir el hacinamiento de internos en el Centro Penitenciario de Mediana Seguridad de Cúcuta*.

- Defensoría del Pueblo (2003). Análisis sobre el actual hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia. Recuperado de <https://grupodeprisiones.uniandes.edu.co/images/stories/relatorias/PRISIONES-OCT2011/ENT.ESTATALES/DEFENSORIA/INFORMES/analissobreeelactualhacinamiento2003.pdf>
- El Heraldo. (2014). CIDH pide esclarecer hechos, hallar responsables y reparar víctimas de incendio en cárcel Modelo. Recuperado de: <https://www.elheraldo.co/judicial/cidh-pide-esclarecer-hechos-hallar-responsables-y-reparar-victimas-de-incendio-en-carcel-0>
- Escobar, O. R. (2011). El hacinamiento carcelario y sus consecuencias. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, (3), 405.
- Fernández, W. (2012) populismo punitivo. Legis ámbito jurídico.
- Galvis, M<sup>a</sup>. C. (2003). Sistema penitenciario y carcelario en Colombia: teoría y realidad (tesis doctoral). Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Gómez Mantilla, D. C., y Gómez Mantilla, J. A. (2018). Límites del Derecho a la Libertad de Pensamiento y Expresión en Relación de la Honra y Dignidad.
- Gómez & Robledo Verduzco, A. (1995). El derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión: derechos humanos fundamentales. OPENAIRE.
- Guerra, D., Llinás Torres, C., Suárez Pérez, J., Rodríguez Lara, I., Rodríguez Ortega, M., Marín Mass, D. Agualimpia Romero, H. (2018a). Panorama Jurídico y Sociojurídico de los Derechos Humanos, Sociales y Ambientales Tomo II (J.

- Enamorado, D. Navarro Suárez, y I. Rodríguez Lara, Edits.)  
Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.
- Guerra, D. D. J. A., y Gómez, G. I. R. (2014b). Garantía de los  
Derechos Humanos en los conflictos armados. Cultura de paz  
y derechos humanos. Una mirada socio-jurídica/Raimundo  
Caviedes Hoyos...[et al.]--Barranquilla: Universidad Simón  
Bolívar. Instituto de investigaciones. Grupo de investigación  
Derechos humanos, cultura de paz, conflictos y postconflicto,  
2014. 201 p.; 17 x 24 cm., 11.
- INPEC. (2015). Reseña Histórica. 2015, de INPEC Sitio web:  
[http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/  
ResenaHistorica](http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/ResenaHistorica)
- Malaver Castañeda, R. D. (2014). *Tratamiento penitenciario y  
resocialización de los internos reincidentes del centro peniten-  
ciario de Cajamarca.*
- Medina, C. (2005). *La Convención Americana: teoría y jurispru-  
dencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido  
proceso y recurso judicial.*
- Mir Puig, S. (1989). *¿Qué queda en pie de la socialización  
Jurídica?*
- Montoya Vivanco, Y. *La constitución política del Perú, comentada.*  
Lima: Gaceta
- Ministerio de Justicia de la Republica de Colombia. (2015).  
Política Criminal del Estado colombiano. Bogotá, Colombia.
- Nash, C., y Sarmiento, C. (2007). Reseña de Jurisprudencia de la  
Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006)-Claudio

- Nash R. y Claudia Sarmiento R. *Anuario de Derechos Humanos*, (3).
- Pantévez, P., Javier, N., y Ramírez Hermosa, C. V. (2015). “Hacinamiento carcelario: Enajenación histórica del principio ético fundamental de la dignidad humana” (Bachelor’s thesis, Universidad Libre).
- Pérez Pantévez, N. J., y Ramírez Hermosa, C. V. (2014). “Hacinamiento carcelario: Enajenación histórica del principio ético fundamental de la dignidad humana” (Bachelor’s thesis, Universidad Libre).
- Rueda, M. (2010). *Función de ejecución de penas y medidas de seguridad*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura (Sala Administrativa) y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, pp.137-138.
- Robles, O. (2011). El hacinamiento carcelario y sus consecuencias. *Revista Digital Maestría en Ciencias Penales*. Universidad de Costa Rica.
- Sampedro, J. (1998). *Apuntes sobre la resocialización en el sistema penitenciario colombiano*. pp.110-1998.
- Sandoval, J. P. M. V., Benavides, C. D. S. & Silva, J. A. (2013). *Hacinamiento carcelario en Colombia: teorías, causas y posibles soluciones*. Universidad Santo Tomás.
- Toledo, U. (1997). “Giambatista Vico y la Hermenéutica Social”. *Cuadernos de Filosofía*, 15. Universidad de Concepción.
- Tomás Betín (09 de septiembre, 2019) Cárceles del Caribe: 13.885. Reclusos para 7.763 cupos. *El Herald*.

Torres, C. L. (2018). Pedagogía restaurativa con enfoque de derechos humanos para la restauración del tejido social en Colombia. *Apuntes perspectiva de innovación pedagógica*, 51.

Universidad Nacional de Colombia. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC. (2012). Estados de arte de los procesos de evaluación y caracterización de la población interna. *Convenio Interadministrativo*, 138. Director-Editor: José Ignacio Ruiz Pérez.

Vallejo López, D. F., y Herrera García, X. A. (2016). Factores psicosociales que promueven la resocialización en la cárcel de Villahermosa Cali, Colombia.

Vélez, S. E., y Escobar, M. R. M. (2016). Sentencia de la Corte Constitucional T-762 de 2015, de dieciséis (16) de diciembre de 2015, sobre estado de cosas inconstitucionales en el sistema penitenciario y carcelario en Colombia. *Nuevo Foro Penal*, 12(87), 244-251.

Villar, J. P. M., Benavides, C. D. S., y Sandoval, J. A. S. (2013). *Hacinamiento carcelario en Colombia: teorías, causas y posibles soluciones* (No. 012557). Universidad Santo Tomás.

Viquez, M. A. (s. f.). *El Diagnóstico y la Síntesis Criminológica. Alajuela. Centro Nacional de Diagnóstico Criminológico Penitenciario, Ministerio de Justicia.*

**Cómo citar este capítulo:**

Sánchez Llinás, L. M. de J., Henríquez Jiménez, S. M. y Castellar Alvis, M. J. (2020). Hacinamiento carcelario como limitante al fin resocializador de la pena desde la perspectiva de los derechos humanos. En: D. de J. Anibal Guerra y C. del C. Llinás Torres, (Comp) *Realidades contemporáneas desde el enfoque de los derechos humanos*. (pp.87-116). Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

# Flexibilización del poder decisorio del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para las intervenciones humanitarias

## *Flexibilization of the decision-making powers of the United Nations Security Council for humanitarian interventions*

DAVID DE JESÚS ANÍBAL GUERRA<sup>1</sup>  
CLAUDIA LLINÁS TORRES<sup>2</sup>  
ALBERTO ARRIETA BOBADILLA<sup>3</sup>

117

- 1 Abogado, Egresado de la Universidad Simón Bolívar; Especialista en Derechos Humanos de la Escuela Superior de Administración Pública; Magíster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad de Alcalá de Henares; Doctor en Ciencias Políticas de la Universidad Rafael Belloso Chacín; Profesor Investigador Asociado de la Universidad Simón Bolívar y de la Universidad del Atlántico.  
danibal@unisimonbolivar.edu.co  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1671-8469>
- 2 Abogada Conciliadora, Egresada de la Universidad del Atlántico; Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar; Candidata a Doctora en Ciencias de la Educación de la Universidad Simón Bolívar; Profesora Investigadora Asociado de la Universidad Simón Bolívar.  
cllinas5@unisimonbolivar.edu.co  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2710-4358>
- 3 Estudiante activo del Programa de Derecho adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Simón Bolívar.  
ronald81224@gmail.com  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7213-9904>

## Resumen

La presente obra se deriva del proyecto de investigación científica: Efectividad del DIH en el Conflicto Armado No Internacional en Colombia durante el período 2013 a 2019 en el departamento del Cauca. El objetivo del estudio es analizar la efectividad de la aplicación de las normas del DIH en el CANI del departamento del Cauca, con el fin de documentar las acciones gubernamentales y, en especial, las referidas a las intervenciones humanitarias. Metodológicamente, la investigación se desarrolló a través del empleo del paradigma hermenéutico, el enfoque cualitativo y el método inductivo. Las técnicas de recolección de la data empleadas fueron la observación, el análisis de contenido y la entrevista. El resultado del estudio indica que es necesario reformar la Carta de Naciones Unidas con el fin de que las decisiones de fondo que tome el Consejo de Seguridad se efectúen mediante la mayoría absoluta incluyendo el voto de los miembros no permanentes y, que en el caso en el cual se deba tomar alguna decisión de fondo frente a un Estado, el miembro del Consejo de Seguridad que tenga interés respecto de aquel resulte impedido de votar entendiendo tal situación como una incompatibilidad. Por otra parte las conclusiones son que el Consejo de Seguridad es el órgano establecido por consenso internacional a fin de salvaguardar la paz y la seguridad internacional y, dentro de este marco de funciones, está autorizado para tomar las medidas necesarias para que la paz no sea quebrantada y se respeten en todo tiempo y lugar los derechos humanos, y que por tal motivo, las decisiones sustantivas que se tomen dentro del Consejo de Seguridad deben razonarse desde la situación que viven las víctimas de violaciones de derechos humanos. La institución que avaló y financió el proyecto de investigación fue la Universidad Simón Bolívar.

**Palabras clave:** consejo de seguridad, derechos humanos, dictadura, intervención humanitaria, Veto.

## Abstract

This work is derived from the scientific research project: Effectiveness of IHL in the Non-International Armed Conflict in Colombia during the period 2013 to 2019 in the department of Cauca. The objective of the study is to analyze the effectiveness of the application of the rules of IHL in the CANI of the department of Cauca, in order to document government actions, and especially those related to humanitarian interventions. Methodologically, the research was developed through the use of the hermeneutical paradigm, the qualitative approach and the inductive method. The data collection techniques used were observation, content analysis and interview. The result of the study indicates that it is necessary to reform the Charter of the United Nations so that the substantive decisions taken by the Security Council are made by an absolute majority, including the vote of the non-permanent members, and, in the case in the event that a substantive decision must be taken before a State, the member of the Security Council who has an interest in that State is prevented from voting, understanding such situation as incompatibility. On the other hand, the conclusions

are that the Security Council is the body established by international consensus in order to safeguard international peace and security and, within this framework of functions, is authorized to take the necessary measures so that peace is not Human rights have been violated and respected at all times and places, and for this reason, the substantive decisions taken within the Security Council must be reasoned from the situation experienced by victims of human rights violations. The institution that endorsed and financed the research project was the Simón Bolívar University.

**Keywords:** security council, human rights, dictatorship, humanitarian intervention, Veto.

## INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha podido observar que en algunos países han estallado conflictos sociales que han generado guerras civiles en las cuales la población civil ha sido fuertemente diezmada. Muchas de estas realidades han cautivado la atención de la comunidad internacional la cual abanderando la importancia de los Derechos Humanos, han activado mecanismos diplomáticos de presión frente a esos países vecinos en aras de evitar la continua y masiva violación de tales derechos sagrados. Dentro de estos mecanismos se resalta el referido a la intervención humanitaria que, pese a ser el mecanismo por excelencia para poner fin al sufrimiento de muchas víctimas, generalmente resulta truncado cuando la decisión depende del poder decisorio del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas dada la imposibilidad de alcanzar el consenso político para la toma de una decisión de fondo.

Notoriamente, en la última década se ha podido observar una preocupación internacional por aquellos países en donde el gobierno en turno es una muestra ejemplar de una dictadura que, sigilosamente, se disfraza de una democracia la cual lejos de garantizar el bienestar a la ciudadanía, lo que hace es coartar

los derechos y las libertades fundamentales de las personas en un clímax de represión y polarización política que resulta subsidiada por otros gobiernos con tal de mantener el ajedrez político internacional a su propio beneficio. Dicho de otra forma, algunos países en los cuales se atraviesa por eventos recurrentes de violación de derechos humanos resultan apoyados por las grandes potencias mundiales con el ánimo de crear alianzas interestatales para lograr cualquier finalidad, sea política, militar, económica o de cualquier otro tipo, tal y como ocurrió en casos como los de Egipto, Siria, Libia y hoy en día Venezuela.

Este es el foco central de este trabajo que observa con mucha preocupación el tratamiento que el Consejo de Seguridad le ha puesto a este tipo de situaciones muy a pesar del mandato que se le atribuyó de conformidad con la cara de Naciones Unidas.

## **ESTADO DEL ARTE**

### **Impacto del reconocimiento de los Derechos Humanos en la historia**

El reconocimiento de los derechos humanos, o más bien, su nacimiento, se originan en la edad moderna gracias a los “avances sociales, políticos, culturales, seculares, filosóficos y económicos que trajo el humanismo en el viejo continente” (Pérez, 2005, p.25). Producto de él y, de su faceta antropocéntrica, la persona deja de concebirse como un sujeto que ejerce un rol pasivo en la toma de decisiones que la puedan afectar y, que está, por naturaleza, sometida a cumplir obligaciones respecto del Estado del cual es Nacional (Fernández y De Castro, 1999).

Junto con el humanismo, factores como la separación entre la iglesia y el Estado, y el desarrollo de las revoluciones burguesas

fueron gestando el escenario para el surgimiento del Estado liberal y del constitucionalismo moderno, claro está, que fruto de la influencia del humanismo en Europa, en especial, en Francia, se observa el nacimiento de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, “la cual lejos de atribuirle nuevas facultades a la monarquía de la época, reivindicó el valor del ser humano no solo desde un aspecto moral, sino también, jurídico-político” (Lions, 1991, p.150).

En relación con lo expuesto, la citada Declaración reconoce en su preámbulo que los males públicos y la corrupción de los gobiernos son síntomas de la misma enfermedad: la ignorancia y el desprecio de los derechos del hombre; la cual debe ser combatida desde todos las vertientes posibles con el fin de lograr la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre al ser ello la meta de toda asociación política.

Con este aspecto en lo político, el arquetipo francés de los derechos humanos permitió que estos no fuesen concebidos como una expectativa de lo moral, sino, como una exigencia jurídica, a la vez que, tema central de discusión en la esfera de lo público con miras a concebir a la persona y sus necesidades el foco de principal atención por parte del Estado. Lamentablemente, el proceso para que tal ideología impregnase toda Europa no tuvo un recorrido a feliz término por los numerosos conflictos armados a lo largo de la historia que demostraron que los derechos humanos seguían siendo un privilegio para algunos cuantos y, por tal motivo, pensar en establecer un orden internacional para la protección de los mismos era un ideario difícil de alcanzar.

Fue a partir de la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) que los derechos humanos dejaron de ser un discurso vacío, carente de entendimiento y sin efectos, gracias al voluntarismo estatal “en concebir un constitucionalismo ligado a la dignidad humana” (Escobar, 2012, p.8). Desde ese momento comienza contrario a lo que se creía imposible, un despertar internacional para lograr la defensa, promoción y protección de los derechos humanos en todos los países del mundo. Para lograr tal finalidad, en el seno de la ONU se proclamaron instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la cual fue adoptada por la tercera Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948 en París. El ensamblaje de la Declaración estuvo en manos de Eleanor Roosevelt quien fue la esposa del expresidente de los Estados Unidos Franklin Delano Roosevelt.

Gigantesco fue el efecto que produjo la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ya que logró consolidarse como el texto en materia de derechos humanos mayormente aceptado y difundido a nivel mundial.

Desde los trabajos preparatorios de la Declaración se observa que los fines que lideraron la confección de tan importante instrumento se debieron a los actos de barbarie que sacudieron a la humanidad, específicamente, a las dos guerras mundiales que dejaron un universo de víctimas civiles sin antecedentes en el mundo. En relación con su contenido, se observa el reconocimiento de un cúmulo de derechos que no hizo distinción de los mismos, así las cosas, reconoce derechos como la vida, la integridad personal, la libertad personal, las garantías judiciales

la libertad de cultos, el derecho a la educación, el derecho al trabajo y el derecho a la salud, entre otros (Humanos, 2016). Sin perjuicio de lo expuesto se hacen dos aclaraciones sumamente importantes: la primera, que la Declaración Universal de Derechos Humanos no fue adoptada como un tratado internacional y por lo tanto su vinculatoriedad jurídica aún no es clara (Colmegna, 2012) y, la segunda, que previo a la existencia de la Declaración Universal, ya existía en América la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre que fue producto de la IX Conferencia Interamericana que se celebró en la ciudad de Bogotá.

Con posterioridad a la Declaración Universal de Derechos Humanos, a mediados de la década de los años 60, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó dos pactos en su Resolución 2200 A (XXI), por un lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en el cual se reconocen las principales libertades como la vida, la libertad y la seguridad personal, las garantías judiciales, la libertad de expresión, la libertad de asociación, la libertad de reunión, así como las garantías judiciales y, por el otro, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) del cual se desprenden derechos como a la salud, el trabajo, la educación, la vivienda digna, la huelga, el derecho a la cultura, entre otros.

Así como ocurrió en el Sistema Universal de Derechos Humanos, en los sistemas regionales de protección de derechos humanos como el Interamericano, se empezó por establecer por vía convencional instrumentos en derechos humanos tales como el

Pacto de San José que reconoce derechos civiles y políticos; el Protocolo de San Salvador que reconoce derechos económicos, sociales y culturales; la Convención de Belem Do Para que busca prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, entre otros grandes instrumentos en el sistema.

Paralelamente al proceso de internacionalización y especificación de los derechos humanos, se adaptan otros instrumentos internacionales cuya aplicación se da con ocasión y en desarrollo de los conflictos armados con el fin de humanizar la guerra y, en consecuencia, son de carácter excepcional. Si bien es cierto no son estrictamente instrumentos en derechos humanos, guardan una estrecha relación con ellos por cuanto protegen la dignidad del ser humano. A este compendio normativo se le conoce como Derecho Internacional Humanitario, y por él puede entenderse el conjunto de normas cuya finalidad en tiempo de conflicto armado es, por una parte, limitar los medios y métodos de hacer la guerra y, por la otra, proteger a las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades a través del respeto y garantía de sus derechos humanos en desarrollo del conflicto armado (Estrada, 2009).

En palabras del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR, 2011) el DIH es:

Un conjunto de normas que, por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados. Protege a las personas que no participan o que ya no participan en los combates y limita los medios y métodos de hacer la guerra. El DIH suele llamarse también derecho de la guerra y derecho de los conflictos armados. La guerra

moderna, que mantiene un cuidadoso equilibrio entre las preocupaciones de carácter humanitario y las exigencias militares de los Estados.

Por su parte Hernández (2011) considera que el Derecho Internacional Humanitario

Tiene entre sus objetivos regular la conducta de Estados e individuos durante los conflictos armados. Asimismo, protege a las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades y limita el empleo de medios y métodos de guerra. El DIH prohíbe los métodos militares que atentan contra la población civil y los bienes civiles; causan daños superfluos e innecesarios, y causan daños graves y duraderos al medioambiente. Asimismo, el DIH prohíbe el uso de ciertas armas, como las balas explosivas y las armas láser que causan ceguera. (p.15)

De lo expuesto se puede precisar que existe un consenso a nivel mundial en respetar los derechos humanos de la persona humana en todo tiempo y sin tener en cuenta patrones discriminatorios, ya que los derechos humanos son considerados como vitales no solo para la persona sino para el mantenimiento de la paz, de la democracia y de la comunidad internacional de ahí que la valoración de los mismos no puede quedar supeditada al capricho de la estructura política de un Estado.

### **Debilitamiento de los Derechos Humanos en regímenes totalitarios**

Pese a la existencia de normas que tienen como fin la protección de la dignidad humana en todo tiempo, las violaciones a los

derechos humanos han sido notables y se han acentuado en mayor medida en países que han pasado por regímenes totalitarios (Meier, 2006, pp.1-3) y países en los cuales se han desarrollado Conflictos Armados no Internacionales (Organización de Naciones Unidas [ONU], 2013).

En relación con los regímenes totalitarios, estos se entienden como la forma de Estado en el que el gobierno recae en una sola persona –no hay división de poderes– quien puede controlar todo a su antojo, al punto de estar en la facultad de homogeneizar todos los planos de la vida pública y privada, llegando a justificar la erradicación y, en casos extremos el exterminio de quienes no encajan en el Estado (Forti, 2014). Aunado a lo anterior, en este tipo de régimen se tiene una ideología que se considera como verdad pública capaz de explicar todo lo que acontece dentro del Estado y busca el apoyo de las masas extirpando las formas de pensamiento opuestas –no hay pluralismo–, mediante el adoctrinamiento y la remodelación de las mentalidades culturales (Aron, 1965).

En este tipo de forma de Estado el reconocimiento de los derechos humanos no tiene su base en la dignidad humana, esto es, no tiene concepción iusnaturalista, sino, ius positivista y, ello influye a todas luces en el respeto y garantía de los derechos humanos por cuanto es la norma jurídica la que habilita el reconocimiento y libre ejercicio de los derechos humanos, a la par que el Estado es visto como un fin en sí mismo y no está puesto al servicio de la persona. (Segura, 2013).

Este tipo de régimen puede ser apreciado en Benito Mussolini, Iosef Estalin, Adolf Hitler, Francisco Franco, Pol Pot, Kim Jong

IL, Alfredo Stroessner, Francois Duvalier, Hugo Banzer Suárez, Augusto Pinochet y, más recientemente en Kim Jong Un, Bashar al Assad, y Nicolás Maduro.

En estos regímenes liderados por sus respectivos representantes, los derechos humanos fueron fuertemente violentados a través de diversas formas, tales como: Genocidios, ejecuciones extrajudiciales, torturas, detenciones ilegales y arbitrarias, desapariciones forzadas, esclavitud, esterilización forzada, entre otras.

Por ejemplo, en la Alemania Nazi liderada por Adolf Hitler se conoce del “genocidio de al menos seis millones de personas de origen judío” (Evans, 2012, p.409), así como de las “torturas, ejecuciones extrajudiciales y detenciones arbitrarias de que fueron víctimas otras más” (Snyder, 2011, p.303). En sentido similar, Frey (2009) afirma que “entre los años 1975 a 1979 al menos entre un millón y medio a tres millones de camboyanos fueron víctimas del genocidio cometido por el régimen de Pol Pot, en lo que fue considerado como un genocidio de revolución política” (p.83). De dicho régimen, también se conoce de los diversos métodos de tortura que se infligieron en el “centro de interrogación, tortura y ejecución Tuol Sleng –también conocido como S21– a los enemigos de la Kampuchea democrática” (Menzel, 2007, p.220), entre los cuales se destacan la electrocución, arrancamiento de pestañas y el acceso carnal violento con objetos, entre otros (Keo, 2010).

En el caso de la España bajo la dictadura de Francisco Franco –1936 a 1975–, durante los primeros años del régimen hubo una sistemática violación de los derechos humanos (Thomas, 1977,

p.209) de la cual se estima que centenares de miles de personas murieron en los campos de concentración, o en prisión o fueron ejecutadas extrajudicialmente (Jackson, 2005, p.466). Por su parte, en el régimen Norcoreano –incluyendo a Kim Il Sung, Kim Jong IL y Kim Jong Un– la violación de derechos humanos incluyen afectaciones ilegítimas mediante ejecuciones extrajudiciales; tortura, tratamientos inhumanos, crueles y degradantes; discriminación; detenciones arbitrarias, secuestros y desapariciones forzadas; trata de personas –mujeres para prostitución o matrimonio coactivo– (Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas [UNHRC], 2015, pp.3-6); restricciones a la libertad de expresión; persecución por motivos religiosos –frente a cristianos y budistas–; inseguridad alimentaria; trabajos forzosos y esclavitud (Human Rights Watch [HRW], 2013, p.2); restricciones al derecho a la libre circulación dentro del país y prohibiciones de salir de él.

En relación con los países de nuestra región, en el Paraguay liderado por el expresidente Alfredo Stroessner (1954-1989) la violación de derechos humanos se dio a gran escala. Muestra de ello, fue la persecución que el régimen tuvo frente a los opositores quienes podían ser acusados del delito de ser comunistas de conformidad con la ley de defensa de la democracia No. 294. Dicha ley estableció, además, que todo funcionario público tenía el deber de delatar a los supuestos opositores –a quienes se les consideraba comunistas–; caso contrario, podrían ser acusados ellos mismos. En este período se suprimieron las garantías constitucionales, se mantuvo bajo control las actividades de los partidos políticos y se ejerció una dura represión (Arditi, 1992, pp.25 y 26).

Durante el régimen, fueron asesinadas entre 3.000 y 4.000 personas debido a sus tácticas de mano dura contra la disidencia, en especial, contra los comunistas; para ello, se emplearon prácticas como el secuestro, los asesinatos políticos, el crecimiento de la corrupción y la institucionalización de la tortura. Otro factor a tener en cuenta en relación con este régimen fue la promulgación de la ley de defensa de la paz pública y de la libertad de las personas –Ley No. 209–, con la cual se mutiló la libertad de expresión, de reunión y de asociación (Color abc, 2016).

Situación similar se vivió en Haití con Francois Duvalier –1957 a 1971–, quien al mando de su país utilizó tanto el asesinato como la expulsión para eliminar a sus adversarios políticos. Duvalier emprendió una sistemática persecución de la oposición con apoyo de su cuerpo paramilitar Tontons Macoutes (Álvarez, 2009, p.246), de lo que se estima 30.000 personas fueron asesinadas (Aporrea, 2014). La situación de los derechos humanos en Haití era tan degradante que no había acceso a servicios de salud, la garantía del derecho a la educación era inexistente y el uso de la ideología del terror imperante (Álvarez, 2009, p.254).

En Bolivia, con el primer mandato de Hugo Banzer Suárez –1971 a 1978–, se estima que los prisioneros políticos fueron sometidos a torturas a través de descargas eléctricas en los genitales y posteriormente desaparecidos; muchos de estos también fueron sometidos a ejecución extrajudicial. Las víctimas eran militantes de izquierda y los autores de estos actos eran de derecha militares bajo el mando de un gobernante militar implacable (British Broadcasting Corporation [BBCmundo.com], 2009).

En el caso de Guatemala bajo la dictadura de José Efraín Ríos Montt –1982 a 1983–, se conoce de las represalias de las que fueron víctimas los miembros del pueblo indígena Ixil por considerárseles colaboradores de la guerrilla comunista (Solano, 2012, p.32). Los ataques contra los Ixiles se cometieron a través de la implementación de planes militares y un plan de operaciones que tenían por objetivo el control de las supuestas poblaciones subversivas, e incluyeron matanzas y desplazamientos masivos, ejecuciones, desapariciones, violación sistemática de mujeres y niñas, tortura, traslado de niños, privación de suministros básicos, bombardeos y destrucción de la propiedad. Las atrocidades cometidas durante el gobierno de Ríos Montt se saldaron con más de 29.000 Ixiles desplazados de sus hogares y 1.771 personas asesinadas en once de las 626 masacres documentadas, lo que conllevó a la destrucción significativa del grupo étnico (Federación Internacional de los Derechos Humanos [FIDH], 2013a, p.4).

En relación con Chile, la dictadura militar de Augusto Pinochet que operó entre los años 1973 a 1990, instauró un sistema represivo para perseguir a los opositores políticos, entre estos, los de la Unidad Popular de Salvador Allende. Para ello, el General Pinochet creó la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), policía de represión política, y confía su dirección a Manuel Contreras. A esta se le atribuyen la mayoría de las desapariciones forzadas, de los asesinatos y de la tortura de numerosísimos opositores políticos. La DINA participó en la creación y la administración de varios campos de detención y tortura clandestinos (FIDH, 2009, p.3). Asimismo, se conoce de los actos perpetuados por la Caravana de la Muerte, una

comitiva del Ejército de Chile a cargo del general Sergio Arellano Stark, cuyo objetivo era recorrer el país para verificar y agilizar las ejecuciones sumarias a los detenidos políticos de alta connotación detenidos en los recintos militares (Escalante, 2000, p.10).

En referencia a la situación de los derechos humanos en Colombia, la violación de estos se ha dado tanto por miembros de grupos armados al margen de la ley, así como por miembros de la fuerza pública en el contexto de un Conflicto Armado Sin carácter Internacional. Ello puede observarse en los casos que han sido decididos por las instancias de los órganos de protección de derechos humanos en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Ejemplo de estos casos son el de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana, quienes fueron detenidos ilegalmente, sometidos a desaparición forzada y ejecutados extrajudicialmente por miembros del Ejército Nacional de Colombia y particulares a instancia de estos (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], 1995a, pp.19 y 23); la Masacre de Mapiripán, que trata sobre una incursión paramilitar de las Autodefensas Unidas de Colombia en el municipio de Mapiripán en el departamento del Meta, que contó con la ayuda de miembros del Ejército Nacional de Colombia para llegar a la zona y perpetrar actos de tortura, privación de la libertad y ejecuciones extrajudiciales, entre otros actos de análoga naturaleza (Corte IDH, 2005b, pp.2 y 45).

Otro caso emblemático es el de la Masacre de Santo Domingo, que trata sobre el bombardeo perpetrado por la Fuerza Aérea Colombiana en la vereda de Santo Domingo, municipio de Tame, departamento de Arauca a sabiendas de la presencia de civiles en la zona. Para el desarrollo de la operación un helicóptero de

la Fuerza Aérea Colombiana (FAC) lanzó un dispositivo cluster, compuesto por seis bombas de fragmentación, sobre la zona urbana de la vereda de Santo Domingo, lo que resultó en 17 civiles muertos, entre ellos cuatro niños y dos niñas, y 27 civiles heridos, entre ellos cinco niñas y cuatro niños (Corte IDH, 2012c, pp.4 y 5).

En ese mismo sentido, se destaca el caso del Palacio de Justicia que se enmarca en los sucesos conocidos como la toma y la retoma del Palacio de Justicia, en la ciudad de Bogotá, ocurridas los días 6 y 7 de noviembre de 1985. Concretamente, el caso se refiere a la desaparición forzada de 14 personas –entre estas un magistrado–, la detención y tortura de Yolanda Santodomingo Albericci y otros, así como la falta del esclarecimiento judicial de los hechos y la sanción de la totalidad de los responsables (Corte IDH, 2014d, p.5). Otros casos de Colombia sumamente traumáticos son la Masacre del Salado y la Masacre de Bojayá.

En relación con el caso de Libia, se parte de considerar que durante 42 años estuvo al mando de Muamar el Gadafi, quien fue un abogado y militar que a lo largo de los años instauró una dictadura que a través de un programa de gobierno de corte socialista nacionalizó todas las empresas, industrias y se apoderó de todos los recursos naturales dentro de su jurisdicción a la par que lideró sendas expropiaciones de tierra a sus ciudadanos. En general su gobierno se caracterizó por violaciones graves a los derechos humanos, censura a medios de comunicación, persecución política y ataques contra la población civil. Este panorama se creyó que cambiaría a partir de octubre de 2011 cuando con el movimiento de la primavera árabe y la ayuda de la OTAN se

sacó del poder al comandante Muamar Gadafi, a partir de ahí, la inestabilidad política y la violación de derechos humanos ha ido en aumento (Zoubir y Murillo, 2012).

En el caso de Siria, la situación no es diferente a la de Libia, ya que también tuvo parte de su origen en la primavera árabe y del hecho de existir una dictadura bajo el mando de Bashar Al Asad. En suma se estima que el conflicto Sirio lleva poco más de ocho años en curso en el cual se conocen de millones de personas víctimas de desplazamiento forzado, ejecuciones extrajudiciales y con universo de ciudadanos que hoy en día son refugiados a lo largo de toda Europa.

Sobre la situación en Siria Eldiario (ED, 2015) afirma:

Este conflicto, como muchos otros, tiene sus orígenes en la corrupción, en la captura política, en la pobreza, en la violación de derechos humanos. Pero también en la desigualdad. Pero la injusticia y la desigualdad, que fueron las semillas de este conflicto, no han dejado de estar presentes hasta hoy. Mientras que las distintas partes beligerantes se arman, combaten y bombardean, la población civil vive atemorizada y trata de sobrevivir. Los niños de cuatro años solo conocen la guerra, 1.6 millones ya no pueden ir al colegio y solo en el primer semestre de 2014 se cometieron 1.200 violaciones graves contra menores. Las mujeres no pueden dar a luz en hospitales porque las infraestructuras sanitarias han sido atacadas o porque directamente el personal ha sido asesinado. La gente no puede ganarse la vida porque no hay empleos a

los que acudir, las tiendas se han cerrado y los mercados se han desmantelado.

En referencia a Venezuela, se tiene conocimiento de los graves problemas por los cuales atraviesa dicho país los cuales se remontan a finales del mandato del Expresidente Hugo Chávez pero que su recrudecimiento se da por la errónea gestión gubernamental de Nicolás Maduro. En este caso se conoce de las fuertes protestas que han existido entre la población civil y las fuerzas armadas del Estado, la persecución contra líderes políticos de la oposición como en un inicio fue contra María Corina Machado, Leopoldo López y Antonio Ledezma, entre otros, la nacionalización de las empresas privadas, el declive de la economía y con ello de la devaluación de la moneda nacional, los problemas de delincuencia social, la corrupción administrativa, el narcotráfico, la gravísima situación de violación de derechos humanos y la falta de garantías en los procesos políticos y judiciales. Toda esta situación agravada por el hecho de la existencia de inestabilidad política y la autoproclamación de Juan Guaidó como presidente interino que busca a toda costa el retorno de la democracia en Venezuela y la superación de la crisis humanitaria que se vive en el vecino país.

### **Rol del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas frente a casos de violación de derechos humanos**

De conformidad con la Carta de Naciones Unidas en sus artículos 23 y 24 le corresponde al Consejo de Seguridad el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional y los otros propósitos de la organización. Este se encuentra compuesto por un total de 15 Estados miembros de los cuales cinco miembros

son permanentes y diez miembros no lo son y su mandato dura solo dos años; los primeros son. Los Estados Unidos de Norte América, el Reino Unido, Francia, China y Rusia; los segundos en la actualidad son: Alemania, Bélgica, Côte d'Ivoire, Guinea Ecuatorial, Indonesia, Kuwait, Perú, Polonia, República Dominicana y Sudáfrica.

Dentro del Consejo de Seguridad cada miembro tiene derecho a un voto y frente a los Estados miembros de las Naciones Unidas que no sean miembro del Consejo de Seguridad, tienen la posibilidad de participar sin derecho a voto en la discusión de toda cuestión llevada ante el Consejo de Seguridad cuando este considere que los intereses de ese Miembro están afectados de manera especial.

En cuanto al poder sancionatorio del Consejo, este puede imponer sanciones económicas, comerciales, embargos de armas, prohibiciones de viajar, restricciones financieras de productos, la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas e inclusive sanciones que implican el uso de la fuerza armada tales como el envío de fuerzas armadas multilaterales o las fuerzas de paz de las Naciones Unidas –cascos azules–.

Una de las grandes controversias que más inquietud o malestar generan las acciones dentro del Consejo de Seguridad es la referida al poder decisorio del mismo, toda vez que las decisiones del Consejo deben tomarse mediante voto y para aquellas decisiones no procedimentales se requiere del voto

afirmativo de nueve miembros incluyendo el de los miembros permanentes. Al respecto la Carta de Naciones Unidas en su artículo 27 numeral 3 establece:

(...) Las decisiones del Consejo de Seguridad sobre todas las demás cuestiones serán tomadas por el voto afirmativo de nueve miembros, incluso los votos afirmativos de todos los miembros permanentes; pero en las decisiones tomadas en virtud del Capítulo VI y del párrafo 3 del artículo 52, la parte en una controversia se abstendrá de votar.

Dicho de otra forma, si se debate dentro del Consejo de Seguridad un tema referido a una sanción a imponerse a un país, se requiere del voto afirmativo de los cinco miembros permanentes más cuatro votos afirmativos de los miembros no permanentes; en ese orden de ideas si en una decisión a tomar un miembro permanente da un voto negativo o veta la propuesta, la misma no es acogida. El tema se pone más candente cuando las decisiones a tomar se refieren a casos de violación de derechos humanos y existe un patrón de régimen totalitarista –dictatorial– dentro de un Estado y, este último encuentra el respaldo por otros que tienen un interés particular y que tienen gran incidencia decisoria dentro del Consejo de Seguridad.

En el caso de Libia desde el año 2011 hasta la fecha se han emitido 23 resoluciones con sanciones a saber:

S/RES/1973 de 17 de marzo de 2011, S/RES/2009 de 16 de septiembre de 2011, S/RES/2016 de 27 de octubre de 2011, S/RES/2017 de 31 de octubre de 2011 y S/RES/2022 de 2 de diciembre de 2011. En el año 2012 se emitió una más S/

RES/2040 de 12 de marzo de 2012. Posteriormente en el año 2013 se emitió la Resolución S/RES/2095, en el año 2014 las Resoluciones S/RES/2144, S/RES/2146 y S/RES/2174, en el año 2015 la resolución S/RES/2213, en el año 2016 las resoluciones S/RES/2323, S/RES/2278, S/RES/2291, S/RES/2292, S/RES/2298, en el año 2017 las Resoluciones S/RES/2376, S/RES/2362, S/RES/2357 y en el año 2018 las Resoluciones S/RES/2362, S/RES/2420, S/RES/2434, S/RES/2441; es decir en tan solo 7 años en contra de Libia se emitieron 23 resoluciones mediante las cuales el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas decidió y mantuvo el embargo de armas, la prohibición de viajar, la congelación de activos y la exportación ilícita de petróleo.

En el caso de Siria se han emitido las Resoluciones 2042 (2012), 2043 (2012), 2118 (2013), 2139 (2014), 2165 (2014), 2175 (2014), 2191 (2014), 2209 (2015), 2235 (2015), 2254 (2015), 2258 (2015), 2332 (2016), 2336 (2016), 2268 (2016) y 2286 (2016) y las declaraciones de su Presidencia de 3 de agosto de 2011 (S/PRST/2011/16), 21 de marzo de 2012 (S/PRST/2012/6), 5 de abril de 2012 (S/PRST/2012/10), 2 de octubre de 2013 (S/PRST/2013/15), 24 de abril de 2015 (S/PRST/2015/10) y 17 de agosto de 2015 (S/PRST/2015/15), cabe anotar que sobre estas solo se hace un llamado al país para retornar a la democracia y evitar la violación de derechos humanos.

Llama la atención que la última resolución en contra de Siria fue en el año 2016 y, desde entonces, no se ha vuelto a tocar el tema de Siria en el Consejo de Seguridad con la excepción de lo que en el año 2018 de acuerdo con ActualidadRT (ART, 2018):

Rusia ha presentado ante el Consejo de Seguridad de la ONU un proyecto de resolución que condena el ataque de Estados Unidos y sus aliados en Siria y exige de inmediato detener la agresión contra este país. El documento, cuya extensión es de una sola página, ha sido sometido a votación en esta reunión. Rusia, China y Bolivia han votado a favor del documento. Ocho países han rechazado el proyecto de resolución, mientras que otros cuatro se han abstenido. El texto exigía condenar la “agresión contra Siria por Estados Unidos. y sus aliados, que viola el derecho internacional y la Carta de la ONU”. El proyecto de resolución también contenía el requisito de “detener de inmediato” la agresión contra el país árabe.

Como bien puede observarse, un titán, en este caso Rusia, luego de restablecer sus relaciones con el régimen Sirio sale en defensa de este pese al conocimiento generalizado de violación de derechos humanos en el país. Y es que esta situación no es ajena a nuestro hemisferio. Nótese que, en dos ocasiones Estados Unidos ha planteado el tema venezolano en el Consejo de Seguridad y Rusia al igual que China votaron en contra de la propuesta. Como bien quedó explicado anteriormente, si tan solo un miembro permanente del Consejo de Seguridad da su voto negativo a una propuesta o la veta, el asunto no pasa de ser una mera reunión. En efecto el comunicado de prensa del mismo Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (UNSC, 2019) informa:

Una sesión de emergencia del Consejo de Seguridad de la ONU reveló una clara división sobre las posibles

soluciones a la crisis en Venezuela. Estados Unidos y algunas naciones europeas y latinoamericanas apoyan a un “presidente interino” autoproclamado, mientras que Rusia y otro grupo de países de diversas regiones reconocen la soberanía del Estado venezolano y llaman al diálogo. Venezuela considera que se trata de un intento más de golpe de Estado y la ONU urge a la moderación y a trabajar unidos por el bienestar de los venezolanos.

En una reunión extraordinaria promovida por Estados Unidos, el Consejo de Seguridad debatió este sábado sobre la situación en Venezuela contando con la presencia de más de 30 oradores, que incluyeron al secretario de Estado estadounidense, Mike Pompeo, y al secretario del Exterior venezolano, Jorge Arreaza, además de otros cancilleres latinoamericanos.

Rosemary DiCarlo, subsecretaria general de la ONU para Asuntos Políticos y Construcción de la Paz, fue la primera ponente de la mañana con un informe en el que advirtió la preocupante crisis política que vive el país sudamericano y el grave impacto humanitario que ésta tiene en la población venezolana.

“Debemos hacer todo lo que podamos para evitar un empeoramiento de las tensiones. Debemos tratar de ayudar en la búsqueda de una solución política que permita que los venezolanos gocen de paz, prosperidad y de todos sus derechos humanos”, dijo.

La reunión urgente del Consejo se produce después de que el pasado 23 de enero el diputado líder de la Asamblea

Nacional de Venezuela se autoproclamara “presidente encargado” mientras se convocaba a elecciones, lo que desató una serie de movilizaciones a favor y en contra de esta acción. Durante esas protestas, hubo algunos incidentes violentos y se reportaron 20 presuntas muertes. El presidente constitucional, Nicolás Maduro, había inaugurado su segundo mandato dos semanas antes, de acuerdo con el resultado de las elecciones celebradas en mayo de 2018.

En su discurso, DiCarlo se refirió a la situación en Venezuela como “extrema” y aseguró que tiene una dimensión económica y política.

“La población es afectada de manera sistémica, casi todos los venezolanos, 30 millones, padecen la hiperinflación y el colapso de los salarios reales; la escasez de alimentos, medicinas y suministros básicos; el deterioro de los servicios de salud y educación; el deterioro de infraestructura básica como el agua, la electricidad, el transporte y los servicios urbanos”, señaló.

DiCarlo subrayó la urgencia de resolver las diferencias entre los actores internos e internos en beneficio de los venezolanos.

“Hay visiones divergentes sobre cuál debe ser el futuro de Venezuela. Pero todos debemos guiarnos por el propósito de conseguir el bienestar del pueblo venezolano y trabajar juntos para que sus necesidades sean satisfechas”, concluyó

De lo expuesto anteriormente no cabe duda que se requieren de acciones urgentes de índole convencional para que las decisiones sustantivas que en materia de derechos humanos se tomen en el seno del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, no dependan estrictamente de los cinco votos afirmativos de los miembros permanentes –*más los otros cuatro votos de los miembros no permanente*–, sino que, puedan ser reconocidos los votos afirmativos de los miembros no permanentes –los cuales rotan cada dos años– a fin de evitar que los intereses de los miembros permanentes no se contrapongan al interés general de respetar, garantizar y sancionar los actos de violación de derechos humanos en el contexto de regímenes totalitarios.

El argumento se explica atendiendo a que como ya ha quedado claro el artículo 27 numeral 3 de la Carta de Naciones Unidas señala que la decisiones del Consejo de Seguridad en materia sustantiva requieren del voto afirmativo de nueve miembros incluyendo el voto afirmativo de los miembros permanentes, lo cual quiere decir, que si uno de los miembros permanentes no vota en la disputa a favor de un punto de la agenda, ninguna decisión puede desprenderse y conlleva a la negativa de cualquier decisión al respecto. Por ejemplo, recientemente en el caso de Venezuela por tercera ocasión el Consejo de Seguridad se reunió para tomar una decisión al respecto de la situación de violación de derechos humanos en dicho Estado, pero ante el voto negativo de China y Rusia nada se pudo hacer.

Más aún si se tiene en cuenta que permanentemente el gobierno de Rusia como el de China han mostrado su apoyo incondicional al gobierno de Nicolás Maduro frente a una intervención

humanitaria liderada por los Estados Unidos y los países aliados. Cuestión esta que demuestra el argumento planteado ya que los intereses que tienen Rusia y China frente a Venezuela están liderados por la deuda externa que tiene el país con estos, además del tema del petróleo y de las bases militares que se planean instaurar en territorio venezolano por parte de China y Rusia con el fin de repeler cualquier tipo de amenaza por parte de los Estados Unidos y sus aliados. Nótese que el mismo ajedrez político se observa en la situación de Siria, en donde los Estados Unidos apoyan a la oposición que es liderada por los denominados rebeldes mientras que Rusia apoya al régimen de Bashar al Asad.

## MÉTODO

En el desarrollo de la presente investigación se utilizó el paradigma hermenéutico, en el cual se resignifica la importancia del uso del método dialéctico que, al ser incorporado en la presente investigación, generó un reconocimiento entre texto y lector que se funden en el discurso. En este sentido Habermas (1999), expresa:

Yo entiendo por hermenéutica toda expresión de significado, ya sea una manifestación verbal o no verbal, un artefacto cualquiera como una herramienta, por ejemplo, una institución o un texto. Se pueden identificar desde una perspectiva doble, como acontecimiento material o como una objetivación inteligible del significado (p.35).

Por otra parte, el enfoque implementado fue el cualitativo en el cual sobresale una metodología de investigación que fortaleció

la comprensión de la problemática jurídica social en cuestión, desde una perspectiva vivencial, que permitió el estudio del fenómeno de manera integral o completa. Al respecto, Blasco y Pérez (2007), señalan que “la investigación cualitativa estudia la realidad en su contexto natural y cómo sucede, sacando e interpretando fenómenos de acuerdo con las personas implicadas” (p.25).

Seguidamente, el diseño seleccionado en el estudio realizado fue la teoría fundamentada, enfocada en la generación de teorías conceptos, hipótesis y proposiciones a través de los datos recolectados en el proceso de investigación. Según Sandoval (1997) expone:

Es una metodología general para desarrollar teoría a partir de datos que son sistemáticamente capturados y analizados, es una forma de pensar acerca de los datos y poder conceptualizar... Aún cuando son muchos los puntos de afinidades los que la teoría fundada se identifica con otras aproximaciones de investigación cualitativa, se diferencian de aquellas por su énfasis en la construcción de teoría (p.89).

## **DISCUSIONES Y CONCLUSIONES**

El Consejo de Seguridad es el órgano establecido por consenso internacional a fin de salvaguardar la paz y la seguridad internacional y, dentro de este marco de funciones, está autorizado para tomar las medidas necesarias para que la paz no sea quebrantada y se respeten en todo tiempo y lugar los derechos humanos por ser estos el objetivo principal trazado en la Carta

de Naciones Unidas. Por tal motivo, las decisiones sustantivas que se tomen dentro del Consejo de Seguridad deben razonarse desde la situación que viven las víctimas de violaciones de derechos humanos, razón por la cual urge un cambio en el sistema de votación dentro del Consejo de Seguridad a fin de asegurar que las decisiones sean justas, transparentes y coherentes con los fines de la Carta de Naciones Unidas.

En ese orden de ideas, se propone que la modificación aludida tenga en cuenta un sistema de votación por mayorías y no mediante la figura de la unanimidad del voto afirmativo de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, con el fin de evitar la politización y maleabilidad de este órgano y, en consecuencia, que los acuerdos políticos entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y aquellos países sobre los cuales se pueda tomar una decisión no se contrapongan a los fines de la Carta de la ONU y de las necesidades de las víctimas de violación de derechos humanos.

A su vez, es necesario que los miembros permanentes del Consejo de Seguridad informen a la Asamblea General de Naciones Unidas y a los demás Estados miembros del Consejo de Seguridad sobre los acuerdos políticos que tienen o puedan a llegar a tener sobre un país objeto de debate en materia de derechos humanos para evitar que el interés particular prime sobre el general.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alvaréz, A. (2009) Movimiento social y proceso político en Haití (1986-2006). En E, Sader. (Ed.), *América Latina Los derechos*

- y las prácticas ciudadanas a la luz de los movimientos populares* (pp.245-271). Buenos Aires, Argentina: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO.
- Aporrea. (2014). *Muere el exdictador haitiano Jean Claude Duvalier*. Recuperado de: <https://www.aporrea.org/internacionales/n258602.html>
- Arditi, B. (1992). *Adiós a Stroessner: la reconstrucción de la política en el Paraguay*. Asunción, Paraguay: Centro de documentación y estudios y RP ediciones.
- Aron, R. (1965). *Democracia y totalitarismo*. Barcelona, España: Seix Barral.
- Blasco, J. E., Pérez, J. A. (2007). *Metodologías de investigación en las ciencias de la actividad física y el deporte: ampliando horizontes*. Editorial Club Universitario. España.
- British Broadcasting Corporation [BBCmundo.com]. (2009). *Bolivia revela oscuro pasado*. Recuperado de: [http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin\\_america/newsid\\_7922000/7922565.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_7922000/7922565.stm)
- Colmegna, P. D. (2012). Impacto de las normas de *soft law* en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, 6(8), 27-47.
- Color, abc. (2016). *La dictadura stronista*. Asunción, Paraguay: ABC digital. Recuperado de: <http://www.abc.com.py/especiales/25-aniversario-del-golpe/dictadura-stronista/>
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (2011). *¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario?* Recuperado de: <http://>

[www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5v5jw9/\\$file/dih.es.pdf?openelement](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5v5jw9/$file/dih.es.pdf?openelement)

Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. (2015). Situación de los derechos humanos en la República Popular Democrática de Corea. A/70/362. Recuperado de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/273/20/PDF/N1527320.pdf?OpenElement>

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. (2019). División en el consejo de seguridad con respecto de Venezuela. Recuperado de: <https://www.refworld.org/es/type,PRESS-RE,UNSC,,5c4f91a94,0.html>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1995a). Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. San José, Costa Rica: Corte IDH.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005b). Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. San José, Costa Rica: Corte IDH.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012c). Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. San José, Costa Rica: Corte IDH.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014d). Caso Rodríguez Vera y Otros Vs. Colombia. San José, Costa Rica: Corte IDH.

Eldiario.es (2015). Siria: orígenes y causas del conflicto. Recuperado de: [https://www.eldiario.es/desigualdadblog/Siria-origenes-causas-conflicto\\_6\\_370672945.html](https://www.eldiario.es/desigualdadblog/Siria-origenes-causas-conflicto_6_370672945.html)

Escalante, J. (2000). La misión era matar. El juicio a la caravana Pinochet-Arellano. Santiago de Chile, Chile: LOM Ediciones.

- Escobar, G. (2012). Precedente de los derechos humanos. Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica. Madrid, España.
- Estrada, F. (2009). *Evolución estratégica del conflicto armado en Colombia*.
- Evans, R. (2012). *El Tercer Reich en guerra*. Barcelona, España: Península.
- Federación Internacional de los Derechos Humanos. (2009b). *El proceso de la dictadura de Pinochet*. Recuperado de: [https://www.fidh.org/IMG/pdf/CHILI\\_DosPress\\_SP-CS3-03-3.pdf](https://www.fidh.org/IMG/pdf/CHILI_DosPress_SP-CS3-03-3.pdf)
- Federación Internacional de los Derechos Humanos. (2013a). Genocidio en Guatemala: Ríos Montt culpable. No. 613e. Recuperado de: [https://www.fidh.org/IMG/pdf/informe\\_guatemala613esp2013.pdf](https://www.fidh.org/IMG/pdf/informe_guatemala613esp2013.pdf)
- Fernández, A. y De Castro, B. (1999). *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*. Madrid, España: Universitas.
- Forti, S. (2014). *El totalitarismo: trayectoria de una idea límite*. Herder Editorial.
- Frey, R. J. (2009). *Genocide and International Justice*. New York, United States of America: Infobase Publishing.
- Habermas, J. (1999). *Teoría de la Acción Comunicativa, Tomo I: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social; y Tomo II: Crítica de la Razón Funcionalista*. Cuarta Edición. España: Taurus. 517 y 618p. ISBN T.1: 84-306-0339-5. Y T.2: 84-3060340-9.
- Hernández, L. Á. B. (2011). *Derecho internacional humanitario*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Human Rights Watch. (2014). *World report 2014: North Korea*. New York, United States of America: Human Rights Watch. Recuperado de: <https://www.hrw.org/world-report/2014/country-chapters/north-korea>

Humanos, D. (2016). Declaración universal de derechos humanos. Inmanencia. *Revista del Hospital Interzonal General de Agudos (HIGA) Eva Perón*, 4(2).

Jackson, G. (2005). *La república española y la guerra civil*. Barcelona, España: RBA.

Keo, D. (2010). *Fact Sheet on "S-21" Tuol Sleng Prison, magazine: searching for the truth, documentation center of Cambodia*.

Kern, S. (2005). Cambios en el Consejo de Seguridad que podrían impedir una reforma más amplia. *Boletín Elcano*, (73), 8.

Lions, M. (1991). Los grandes principios de 1789 en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. En Universidad Nacional Autónoma de México [UNAM]. (Ed.), *Bicentenario de la revolución francesa*. México D.F, México.: UNAM.

Meier, H. (2006). *Derechos humanos y regímenes totalitarios*. Dialnet. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/3996750.pdf>

Menzel, J. (2007). Justice delayed or too late for justice? The Khmer Rouge Tribunal and the Cambodian "genocide" 1975–79. *Journal of Genocide Research*, 9(2), 220.

- Organización de Naciones Unidas (2013). Las Naciones Unidas y la asistencia humanitaria: el conflicto armado. New York, Estados Unidos: ONU. Recuperado de: <http://www.un.org/es/humanitarian/overview/conflict.shtml>
- Pérez, A. E. (2005). *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, España: Técnos.
- ActualidadRT. (2018). El Consejo de Seguridad no aprueba la resolución rusa que condena el ataque occidental a Siria. Recuperado de: <https://actualidad.rt.com/actualidad/268505-reunion-emergencia-consejo-seguridad-onu>
- Rueda, C. (2001). *Delitos de derecho internacional: tipificación y represión internacional*. Madrid, España: Editorial Bosch.
- Sandoval, C. (1997). *Investigación Cualitativa. Módulo 4. Programa de Especialización en Teoría, Métodos y Técnicas de Investigación Social*. Universidad de Antioquia, Medellín: ASCUN. 433p. ISBN: 958-9329-18-7.
- Schipani, A. (2009). *Hidden cells reveal Bolivia's dark past*. British Broadcasting Corporation. Recuperado de: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/7925694.stm>
- Segura, M. (2013). Totalitarismo y derechos humanos. *Derechos y Libertades*, 29, 94.
- Snyder, T. (2011). *Tierras de sangre: Europa entre Hitler y Stalin*. Barcelona, España: Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores.
- Solano, L. (2012). *Contextualización histórica de la Franja Transversal del Norte (FTN)*. E/972.81052, S65. Recuperado de: [http://www.cedfoghuehue.org/index.php?option=com\\_remository&Itemid=130&func=startdown&id=46](http://www.cedfoghuehue.org/index.php?option=com_remository&Itemid=130&func=startdown&id=46)

Thomas, H. (1977). *La guerra civil española*. París: Ruedo ibérico, 2. Ed rev.

Zoubir, Y. H., y Murillo S, L. (2012). El colapso de la dictadura de Gadafi ¿Qué futuro para Libia? *Foro Internacional*, 361-378.

**Cómo citar este capítulo:**

Aníbal Guerra, D. de J., Llinás Torres, C. y Arrieta Bobadilla, A. (2020). Flexibilización del poder decisorio del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para las intervenciones humanitarias. En: D. de J. Aníbal Guerra y C. del C. Llinás Torres, (Comp) *Realidades contemporáneas desde el enfoque de los derechos humanos*. (pp.117-150). Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

## **Patrones culturales y macro criminales que permitieron las violencias basadas en género perpetradas por los actores del conflicto caso Villas de San Pablo, Barranquilla**

***Criminal cultural and macro patterns that allowed gender-based violences perpetrated by the actors of the Villas de San Pablo Barranquilla case conflict***

151

**SANDRA JUDITH MANJARRÉS<sup>1</sup>  
EMMA LÓPEZ RODRÍGUEZ<sup>2</sup>  
LISBETH GARCÍA TERÁN<sup>3</sup>**

- 1 Trabajadora Social-Abogada, Magíster - Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Corporación Universitaria Rafael Núñez. sajuma06@hotmail.com  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9802-5385>
- 2 Docente investigadora, activista de derechos humanos, Red Nacional de Mujeres Nodo Atlántico. Doctoranda en Ciencias Políticas. Universidad Simón Bolívar. elopez16@unisimonbolivar.edu.co  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2284-5659>
- 3 Psicóloga jurídico-forense, experta en atención a mujeres víctimas de violencia, Red Nacional de Mujeres Nodo Atlántico. Fundación Teknos. lisbeth.garciateran@gmail.com  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2999-3221>

### Resumen

El presente trabajo se derivó del proyecto de investigación denominado: Patrones culturales y macro criminales que permitieron las violencias basadas en género perpetradas por los actores del conflicto: caso Villas de San Pablo – Barranquilla, el cual fue financiado por la Universidad Simón Bolívar. Este estudio tuvo como fin analizar los patrones culturales y macro-criminales, que permitieron las violencias basadas en género perpetradas por los actores del conflicto en casos de estudio en Villa San Pablo, bajo el enfoque metodológico cualitativo, en donde se trabajó con 40 mujeres de la zona. En los resultados de la investigación se pudo determinar que existen patrones culturales (tradicionales) que delimitan el poder de la mujer tanto en lo público, como en lo privado, demostrándose los estereotipos masculinos y femeninos que genera discriminación, desigualdad, inequidad y violencias contra las mujeres.

**Palabras clave:** conflicto armado, estereotipos de género, patrones culturales, violencias, Villa San Pablo.

### Abstract

This work was derived from the research project called: Cultural and macro criminal patterns that allowed gender-based violence perpetrated by the actors in the conflict: the villas de san pablo - Barranquilla case, which was funded by the Universidad Simón Bolívar. The purpose of this study was to analyze the cultural and macro-criminal patterns that allowed the gender-based violence perpetrated by the actors of the conflict in case studies in Villa San Pablo, under the qualitative methodological approach, where work was done with forty (40) women of the area. In the results of the investigation, it was possible to determine that there are (traditional) cultural patterns that delimit the power of women, both publicly and privately, demonstrating the stereotypes of men and women that generate discrimination, inequality, and violence against women.

**Keywords:** armed conflict, cultural patterns, gender stereotypes, violence, Villa San Pablo.

## INTRODUCCIÓN

El departamento del Atlántico a lo largo de la primera década comprendida entre los años 2000 a 2006 experimentó el ingreso de grupos armados al margen de la ley a su territorio, especialmente la presencia de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC, que ejercían su poder en los departamentos del Magdalena, Atlántico y Bolívar. Según el Diagnóstico de la

Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR, 2008, p.4 citado en Acevedo, 2015) En octubre de 2006, este grupo guerrillero conformó la Compañía Libertadores, producto de la unión del frente 37 y 35, que hace presencia en los municipios de Tenerife, Plato y Pivijay, sin embargo, sus acciones también afectaron al departamento del Atlántico.

Este proceso, coadyuvó la presencia de los grupos de autodefensas que incursionaron en el departamento de forma simultánea afectando a la ciudad de Barranquilla y su área metropolitana especialmente los municipios de Soledad, Malambo y Puerto Colombia. En este sentido, la incursión de estos grupos inició en el año 2000 con la masacre de un grupo de campesinos en la vereda de Pita del municipio de Repelón; hasta 2006, ejercieron una especie de control territorial contra la guerrilla y en una segunda etapa de 2006 a junio de 2007 se registró la desmovilización de estos para dar paso al surgimiento de las Bandas Criminales dedicadas al narcotráfico (Acevedo, 2015).

Las acciones criminales de los grupos paramilitares, afectaron la vida e integridad de líderes en la defensa de derechos humanos, sindicalistas y a todos aquellos considerados de ideología y partidos políticos de izquierda; lo más grave fueron las acciones en contra de la población desplazada la cual sufrió procesos de revictimización, como lo consigna este estudio, “hostigaron a algunos desplazados, a quienes tildaban de colaboradores de la subversión. Muchos de estos ciudadanos debieron desplazarse por primera y segunda vez de sus lugares de residencia”. (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales [CLACSO], 2008, p.5)

Las condiciones generales del desarraigado al arribar a las poblaciones receptoras, representa un reto para administración de estas entidades territoriales; estas poblaciones generalmente consideradas en riesgo social enfrentan no solo los problemas propios del desarraigo, sino que suman a su condición las graves problemáticas sociales propias del nuevo entorno. En este contexto, las mujeres desplazadas representan en el caso de Villa de San Pablo - corregimiento de Juan Mina un número sustancial de víctimas directas o víctimas indirectas de delitos que atentan contra la integridad física. Estas mujeres, afrontan problemas significativos en medio de esta etapa crucial en su desarrollo psicosocial, arriban a un escenario plagado de problemas de escasez, amenazas a la integridad y condiciones hostiles de la comunidad circundante.

## **ESTADO DEL ARTE**

De acuerdo con encuestas realizadas por la Cámara de Comercio de Barranquilla (CAMCO, como se citó en Centro de Investigaciones y Análisis del Delito del Atlántico [CIAD], 2013) en el 2008 y 2009, Soledad, Barranquilla y Malambo, con 60,6 %, 60 % y 53,6 % respectivamente, referenciadas en el Estudio de la Secretaría del Interior del departamento del Atlántico realizado a través del Centro de Investigaciones y Análisis del Delito del Atlántico (CIAD, 2013) son los territorios del departamento del Atlántico en donde sus habitantes consideraron que la inseguridad era el problema más grave que tenían es sus comunidades. Desde la perspectiva subjetiva, el problema se siguió consolidando; la Encuesta de Convivencia y Seguridad Ciudadana del Departamento Nacional de Estadística (DANE,

2012) señaló que en Barranquilla y su área metropolitana el índice de percepción de inseguridad se ubicó en un 70 %.

En términos objetivos el problema de inseguridad, según el estudio anteriormente mencionado CIAD (2013), realizó el análisis de los hechos violentos y los conflictos que atentan contra el orden público y la tranquilidad en el Atlántico, se determinó que existe una serie de factores de riesgo que atentan contra la población de mujeres en condición de desplazamiento y víctimas de otros hechos violentos.

La existencia de factores sociales y culturales, agrupan una serie de condiciones cuya presencia aumenta las posibilidades que las personas se vean involucradas en conductas violentas o hechos delictivos. Por ejemplo, la proliferación de armas, el consumo de alcohol y drogas, y las condiciones de vulnerabilidad, marginalidad, desigualdad o exclusión que limiten los espacios de realización personal y las posibilidades legales de acceso a bienes y servicios. Factores como la pobreza, el desempleo y el bajo nivel educativo dificultan las posibilidades del individuo de participar en los espacios de interacción social tradicionales, haciendo que se sienta al margen de la comunidad (CIAD, 2013, p.10).

En un escenario de postconflicto, este segmento de la población, requiere de la sociedad todos los recursos para potencializar su capacidad de resiliencia, la estabilización de las familias, el retorno a sus tierras de origen, la restauración del delicado tejido social al que se integraban y en el caso de los que deciden permanecer en el territorio receptor, obtener del Estado y la comunidad las oportunidades para establecer sus nuevas rutinas de vida con seguridad y dignidad.

Existen dos dimensiones desde las que se analizan los patrones culturales que permitieron las violencias basadas en género perpetradas por los actores del conflicto en el caso Villas de San Pablo. Una primera dimensión son los patrones propios (tradicionales) que se dan por región o lugar de procedencia de cada una de las mujeres teniendo en cuenta los roles de ellas y los hombres, y por otro lado los hechos derivados, antecedentes o accesorios del conflicto; como producto de un estilo de violencia que afecta especialmente a las mujeres.

El Estado colombiano por motivos de conflicto ha dejado a las mujeres sometida a situaciones de vulnerabilidad que les han dificultado acceder de forma efectiva a sus derechos. De esta manera, las mujeres pueden ser víctimas directas o indirectas de distintos fenómenos y situaciones bajo el marco del conflicto interno armado, por el solo hecho de ser mujeres, o como resultado de sus relaciones afectivas y roles como hijas, madres, esposas, compañeras, hermanas o por el ejercicio mismo de su liderazgo o defensa de su autonomía.

Dentro de los factores de riesgo y vulnerabilidad que de manera particular afectan de forma exponencial la vida y el ejercicio de los derechos de las mujeres, se encuentran las áreas de influencia de Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley en zonas rurales del país, en donde las principales víctimas son mujeres indígenas, campesinas y afrodescendientes, aunque no escapan de este fenómeno algunas féminas en las capitales o zonas urbanas del país. Las víctimas están sujetas a amenazas, señalamientos, detenciones, secuestros, raptos, torturas, agresiones, violaciones sexuales con consecuencias

de embarazos no deseados, discriminaciones y a todo tipo de hechos violentos en muchos casos por su participación social, política, ubicación geográfica o por el hecho de reclamar y defender sus derechos, pero en la mayoría de las ocasiones, por el solo hecho de ser mujer. Red Nacional de Información de la Unidad de Víctimas (2019).

Al momento de hablar de las cifras se pueden observar los números de personas víctimas de conflicto armado por género, análisis por edad actual y género como variable. La Unidad para la Atención y Reparación Integral a las víctimas (UARIV) a través de la Red Nacional de Información indica que el total de personas víctimas identificadas de manera única ya sea por su número de identificación, por su nombre completo o por una combinación de ellos, suman a la fecha 7.028.776 personas, de las cuales 3.481.244 es decir el 49,5 % de la población total de víctimas del conflicto armado son mujeres como lo muestra la siguiente Tabla:

**Tabla 1.** Estadísticas de víctimas

GÉNERO	PERSONAS
Hombre	3.485.025
Mujer	3.481.244
No Informa	42.187
No Definido	19.286
LGBTI	1.034

**Fuente:** Red Nacional de Información de la Unidad de Víctimas, 2019

Con respecto a la categoría edad actual, se identifica que el mayor número de mujeres víctimas del conflicto armado cuenta con edades entre los 27 y 60 años (1.294.601), seguido por

aquellas que están entre los 18 y 26 años (603.150) y entre 6 y 12 (455.212), Con respecto al tipo de hecho victimizante se identifica para el caso de las mujeres que 3.085.575 son víctimas de desplazamiento; 427.498 por feminicidios –aunque en el análisis se refiere como homicidio este delito se tipifica de esta manera puntual para el caso de las mujeres–; 109.805 por amenaza; 69.786 a causa de desaparición forzada; 33.477 por pérdida de bienes muebles o inmuebles y 32.472 debido a actos terroristas, atentados, combates y hostigamientos.

La Red Nacional de Información de la Unidad de Víctimas, (2019) resalta que frente al subregistro del delito contra la libertad y la integridad sexual en donde solo se evidencian 6.431 casos reportados de forma individual según el Auto 092 del 200828 los efectos de la violencia sexual sobre el ejercicio de los derechos fundamentales de sus víctimas se perpetúan en las distintas secuelas que aquella puede conllevar, las cuales limitan las denuncias y búsqueda de justicia frente a este delito.

Estas situaciones de violencia contra las mujeres se enfatizan en contextos sociales patriarcales en donde la hegemonía masculina se refuerza en los contextos de guerras y el cuerpo de las mujeres representa territorios de poder. El conflicto y post conflicto sigue aumentando la desigualdad, pobreza, corrupción y discriminación en donde las víctimas principales han sido las niñas, adolescentes y mujeres en entornos rurales, en los corregimientos y pueblos trayendo consigo desplazamiento forzado. La violencia se ha naturalizado asumiendo prácticas desde múltiples formas violencia psicológica, física, sexual, prostitución forzada, trata de mujeres, violencia patrimonial, secuestro, entre otras.

Por otra parte, fue preciso para el estudio, la implementación de varios enfoques de intervención desde lo social y analizar las respectivas historias de vida de cada una de las mujeres, así como examinar el acceso a la justicia real que puedan tener las mujeres víctimas; esto permitió consolidar esas dos grandes vertientes de patrones –ámbito regional-conflicto– y ámbito legal; dichos enfoques son estrictamente pertinentes referenciarlos en este punto, así pues, los enfoque utilizados son:

- **Enfoque Jurídico:** La Corte Interamericana en su reglamento expresa que “víctima es la persona cuyos derechos humanos han sido violados de acuerdo con la sentencia emitida por la Corte” (Feria, s.f., p.1). La definición anterior se hace extensiva a todas las resoluciones y emitidos por ese mismo organismo en concordancia con la Comisión Interamericana. El concepto de víctima es la premisa de este enfoque jurídico, especialmente para los abogados, es utilizado en todas las etapas del litigio y recobra protagonismo por sus aplicaciones sustantivas, pues permite de manera fácil identificar el sujeto pasivo del daño y por ende el titular o sujeto de los derechos afectados, a esto se le unen dos condiciones especiales: Por un lado, la legitimación y la correlativa capacidad de actuar dentro del proceso.

Sin duda alguna es importante entender que la violencia contra la mujer en Colombia al igual que en el mundo es un problema de salud pública, pero en este país está marcado por el problema del conflicto armado el cual se mantuvo por más de 60 años de guerras. En décadas pasadas la violencia contra la mujer no era considerada un tema de atención prioritaria de agenda pública.

Las mujeres víctimas enfrentaban sus situaciones en medio de la discriminación, exclusión y vulneración de derechos. Lo cual se fundamenta en estructuras patriarcales de estereotipos imaginarios que la convierten en actos cotidianos, que naturalizan y legitiman las violencias contra las mujeres.

En este sentido, la defensa y derechos de las mujeres se encuentra prevista en instrumentos internacionales con énfasis en el obligatorio cumplimiento por los Estados, como la Declaración Universal de los derechos humanos DDHH, la Carta de las Naciones Unidas, y lo establecido en el Pacto Internacional de los derechos civiles políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales, asimismo la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer, la Convención de Beijing-China, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, 1992).

No obstante, en Colombia, el acceso a la justicia para las mujeres víctimas aún permanece bajo un modelo excluyente, el enfoque del derecho es androcentrista, racista, homofóbico, patriarcal; las mujeres son discriminadas y no reconocidas como sujetos de derechos, el país ha avanzado en materia legislativa pero aún persisten obstáculos en el verdadero goce de sus derechos.

En Colombia existen sentencias, protocolos, normas para favorecer los derechos de las mujeres, tenemos la Ley de la No violencia contra la Mujer, Ley 1257 (2008) y sus decretos reglamentarios, Ley 1719, contra la violencia sexual, Ley 1761(2015) Rosa Elvira Cely, contra el feminicidio, Ley 1763 (2016) Natalia Ponce para los delitos de agentes químicos a las mujeres y

la Ley 1448 (2011) de protección a las mujeres víctimas del conflicto armado.

Esta ley tiene por objeto establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3º de la presente ley, dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales. (Ley 1448, de 2011, p.1)

Asimismo, la mencionada Ley refiere entre sus principios generales la dignidad fundamentándose en el derecho a la verdad, la justicia y la reparación, el respeto a la integridad y a la honra de las víctimas. Estas deben ser tratadas con respeto tomando en consideración y puedan participar en las decisiones que le conciernan además de contar con información, asesoría y acompañamiento necesario y obtener la tutela efectiva de sus derechos.

De igual forma, dentro de los parámetros establecidos en la Ley 1448 de 2011, en su artículo 47 de ayuda humanitaria de manera inmediata en donde se les pueda socorrer, asistir, proteger y atender todo tipo de necesidades en cuanto a: alimentación, aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica de emergencia, alojamiento transitorio partiendo de un enfoque diferencial. Las víctimas de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, recibirán

asistencia médica y psicológica especializada de emergencia. Lo cual corresponde a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación (UAEAR), tomando las acciones pertinentes ante las distintas entidades que conforman el Sistema Nacional de Atención.

Muy a pesar de estos lineamientos los obstáculos persisten en la atención de las mujeres víctimas en la rutas de atención en ámbitos de salud, administrativos y judicial, así lo asevera Cabrera y León (2016) en el ámbito de salud hay omisión en la mayoría de los centros de salud (IPS), en la conformación y consolidación de equipos básicos en la atención de las mujeres víctimas de violencia sexual, falla en el talento humano, faltando capacitación, hay rotación del personal, y ausencia de inducción en el abordaje de la violencia sexual, deficiencias en tomas de muestras con fines forenses, deficiencias para los kits de profilaxis para evitar las infecciones de transmisión sexual, no hay garantías de la atención inicial en salud para las víctimas, ausencia de rutas internas para la asistencia a víctimas de violencia sexual, ausencia de seguimiento, desarticulación, entre otros.

Cabrera y León (2016) en las áreas judiciales, administrativas y procesales afirman las autoras que sigue dándose la situación de impunidad en los feminicidios, así se presentó el reporte del informe de seguimiento de la Mesa 1257. Asimismo, por información de la Fiscalía General de la Nación (FGN) entre los años 2009-2014 solo 7 de 30 Direcciones Seccionadas reportaron haber considerado la agravante punitiva por el hecho de ser mujer en investigaciones por el delito de homicidio. La FGN

muestra contradicciones en relación con las cifras manejadas por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INMLCF) que estableció entre el año 2009-2013; 586 casos donde la mujer había sido asesinada por pareja o expareja, mientras que la FGN solo calificaron 12 casos de feminicidios entre estos años.

La democracia exige el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres los cuales deben expresarse de manera real y efectiva no solo en la normativa institucional esto constituye una necesidad para avanzar hacia sociedades más democráticas en donde todos y todas puedan ejercer sus derechos de forma plena. Señala Benavente y Valdés, (2014), que la justicia de género es parte de la justicia social y contiene los principios de igualdad, pero también la justicia de género contempla el principio de igualdad diferenciada, es decir, reconoce a la población femenina como grupo históricamente menoscabado en sus derechos, siendo así la justicia de género significa el logro de la igualdad entre mujeres y hombres además de las medidas de reparación de las desventajas que conducen a la subordinación de las mujeres.

Por su parte, Pérez (2010) afirma que la justicia de género es un tipo de justicia que comprende las diferencias en las relaciones existentes entre hombres y mujeres, intenta solucionar las diferencias y desventajas que llevan a la subordinación de la mujer. La justicia de género contiene elementos de compensación y restitución de derechos.

De igual manera, la Corporación Sisma (CORPOSISMA, 2018) que el Estado ha recibido diferentes recomendaciones que no

ha cumplido para garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las mujeres víctimas permaneciendo una situación de impunidad. Las mujeres enfrentan: miedo a las autoridades judiciales temiendo que estas puedan ser aliadas de los grupos armados, igualmente manifiesta que han sido amenazadas antes, durante y después de una violencia sexual y el alcance de las garantías de protección y seguridad no es lo suficiente como para protegerlas.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (IIDH, 2009) señala que el proceso de litigio con las víctimas debe tener en cuenta los siguientes elementos:

1. Convertir el proceso de litigio en una experiencia reparadora.
2. Elaborar psicológicamente su dolor.
3. Presentar sus testimonios.
4. No quedar ancladas en el lugar de víctimas y poder construir un nuevo proyecto de vida.
5. Comprender su contribución social combate contra la impunidad.

En el sentido amplio procura reconfigurar y hacer que la persona afectada no se identifique completamente como una víctima, sino por el contrario ser sujeto y parte del proceso. En este enfoque, la razón de ser es la víctima. Una de las desventajas en la aplicación de este enfoque, es que se puede presentar una revictimización, producto de los factores de riesgos en los que se ve expuesta la víctima dentro del mismo proceso de litigio

entre ellos tenemos: escuchar los testimonios de los victimarios los interrogatorios y otras diligencias de carácter judicial.

- **Enfoque psicosocial:** En el abordaje psicosocial no solo se habla de personas que necesitan ayuda, sino de personas a las cuales se han violado sus derechos y por ello deben tener un tratamiento diferente a la lógica del socorro. Ministerio de Salud, (MINSALUD, 2019). Partiendo de lo anterior este enfoque o abordaje implica el análisis de las relaciones de los individuos y los colectivos, esto representa la lectura de los contextos individuales y colectivos en el ámbito político, social, cultural, personal y familiar.

El enfoque o abordaje psicosocial en Colombia se ve enmarcado en el Programa de Atención Psicosocial y Salud Integral a Víctimas (PAPSIVI), considera que este “debe ser transversal a todas las acciones adelantadas en pro de la salud mental en los términos que lo plantea la Corte Constitucional (CCCO, 2010a) en la Sentencia T-045:

Una atención en salud mental que permita su recuperación, dentro de la que debe contemplarse la necesidad de romper el aislamiento, reconocer sus experiencias de miedo, identificar sus enfermedades, permitirles hablar de sus sentimientos de vergüenza y de culpa y romper los tabúes que los alimentan. Y lo más importante, permitirles hablar de lo que vivieron y facilitar la reflexión en la comunidad, combatiendo la estigmatización y promoviendo actitudes positivas que permitan el reconocimiento de las víctimas.

En el enfoque psicosocial, no se habla o se centra especialmente en la enfermedad o en el trastorno mental, sino en el análisis integral y el impacto de las violaciones graves a los derechos humanos e inclusive a las infracciones al derecho internacional humanitario. Como los contextos son diferentes en esa medida implica implementar varias o diferentes acciones que apunten a ese restablecimiento de la salud mental.

Frente a una situación de duelo, y su respectiva atención o incluso frente a un trastorno mental producto de hecho extremadamente violento, existen unos protocolos clínicos a seguir, pero el enfoque psicosocial implica que genere una contextualización de la situación del dolor, del trastorno o del sufrimiento. El enfoque psicosocial impone que se contextualice el dolor, sufrimiento o trastorno teniendo en cuenta los hechos que padeció o vivenció el individuo. Es decir, no responde única y exclusivamente a meros tratamientos médicos entre (medicamentos y otros) sino de atenciones integrales que arropa todas las dimensiones de la mujer víctima.

El Ministerio de Salud (MINSALUD, 2019) define Enfoque psicosocial como una:

Perspectiva que reconoce los impactos psicosociales que comprometen la violación de derechos en el contexto de la violencia y el desplazamiento en Colombia, sustenta el enfoque de derechos por lo que debería orientar toda la política pública, acción y medida de reparación a víctimas.  
(p.9)

Desde el enfoque en mención, el abordaje de la salud mental toma un matiz particular, en el entendido, es que se busca establecer,

comprender y analizar formas específicas de atención que validen y reconozcan los impactos o afectaciones psicosociales que se desprenden de las distintas formas de vulneración de los derechos de las víctimas.

Cuando se hace referencia al abordaje psicosocial en víctimas de violencia sexual es necesario anotar que este nace de la práctica terapéutica con personas sujeto de la represión, de la persecución política y de las diferentes guerras que se vivieron a lo largo y ancho de la historia de la humanidad. Una premisa que mantienen algunos doctrinantes que el trabajo psicosocial no se empieza en condiciones de normalidad o de felicidad, es un trabajo que lleva implícito una concepción de solidaridad con los que sufren, una visión altruista de la medicina, de la psicología, la antropología, lo política. Por lo tanto, no se puede ver como una entidad o un trabajo solamente técnico, se relaciona con situaciones en las cuales hay de por medio un conflicto social, político o militar (MINSALUD, 2019).

Refiere Castaño (s,f, p.2), “el término psicosocial aparece estrechamente vinculado a situaciones de conflicto como la guerra, tiene connotaciones políticas y en esa medida no es término neutral”. Se presume que el término precursor al psicosocial fue el concepto de trauma individual, el cual empieza a ser conocido a principio del presente siglo con el padre del psicoanálisis Sigmund Freud. En ese momento Freud plantea algunas observaciones y hallazgos sobre las huellas que dejan una serie de acontecimientos que marcan la vida y que a partir de ese momento se le llama Neurosis Traumática, luego se asociaron a términos como Neurosis de guerra y con los años se llamó síndrome de Estrés Postraumático.

A través de este enfoque se analizan las respectivas vulneraciones que se derivan como consecuencia por algún tipo de violencia sexual o en su defecto de homicidios (víctimas indirectas), producen un daño en las condiciones físicas, psicológicas y emocionales de las personas así como en su proyecto de vida. También suele afectar los vínculos que las víctimas directas o indirectas establecen entre sí, otros miembros de su familia, la comunidad y la sociedad.

En la dimensión individual se pueden presentar algunas manifestaciones tales como:

1. Alteraciones en el bienestar emocional.
2. Disminución en las capacidades de relacionarse con otras personas.
3. Insomnio.
4. Pérdida del apetito.
5. Humillación a las comunidades.
6. Culpabilización.
7. Ansiedad.
8. Tristeza.
9. Pánico.
10. Desconfianza.

Es pertinente aclarar que cada persona reacciona de manera distinta ante los hechos violentos y sus respuestas también dependen a factores como sus características psicológicas,

las relaciones familiares que poseían en el momento del hecho violento, entre otros.

En el ámbito de la dimensión familiar se han identificado varias afectaciones o circunstancias de las cuales podemos destacar:

1. Cambio de roles.
2. Alteración de las funciones de protección emocional.
3. Incremento de relaciones conflictivas entre los miembros del grupo familiar.
4. Relaciones, que marcan ciclos de sentimientos de odio, aislamiento, se tornan agresivos, se presenta en muchas ocasiones consumo desmedido de alcohol; en consecuencia existe un pacto real en la tipología y/o composición familiar. Gómez, (2006)

## MÉTODO

El estudio se llevó a cabo bajo el modelo mixto de investigación un conjunto de procesos sistemáticos, empíricos y críticos de la investigación, así como la recolección y análisis de los datos tanto cuantitativos como los cualitativos, realizando integración y discusión conjunta.

Pero predominantemente se utilizó el paradigma cualitativo el cual Martínez (2011) lo describe como un modelo que posee fundamentos humanistas para entender la realidad social de la posición idealista. Establece la realidad percibida como objetiva, viva, cambiante, mudable, dinámica y cognoscible para todos los participantes en la interacción social. Desde la mirada del

enfoque fenomenológico el cual se preocupa por la comprensión de los actores sociales y la realidad subjetiva, es decir comprende los fenómenos a partir del sentido que adquieren las cosas para los actores sociales en el marco de su proyecto del mundo. El interés teórico de la investigación cualitativa es la comprensión de sentido y la orientación y liberación de la acción humana. De igual manera, el modelo feminista definido por la filósofa Harding (1998) como el abordaje de los problemas sociales de las mujeres, siendo un modelo fundamentalmente cualitativo sin perder la rigurosidad científica y la posibilidad de utilizar instrumentos cualitativos. Con ello se pretende documentar a las ciencias sociales sobre los aspectos de las desigualdades de género.

Como método se utilizó la Investigación acción-participativa (IAP), basado en un análisis crítico, con la participación activa de los grupos implicados, que se orienta a estimular la práctica transformadora y el cambio social. La IAP combina dos procesos: El primero conocer a las comunidades que se estudian para analizar y comprender mejor la realidad de la población. Y el segundo, permite actuar, les permite planificar acciones y medidas para transformarla y mejorarla; el refuerzo y ampliación de sus redes sociales, su movilización colectiva y su acción transformadora. Martínez (2011).

- **Observación participante:** Como señala Martínez (2011) “observar, en el lenguaje corriente apunta a mirar y estudiar algo detenidamente, concentrando nuestra atención en aquello que nos proponemos conocer”. La observación puede ser directa o indirecta, la primera

hace referencia a donde el investigador procede a la recopilación de la información sin dirigirse a los sujetos involucrados, se crean indicadores fijados previamente. En la observación indirecta el investigador se dirige al grupo para obtener la información deseada, interviene en la producción de información.

- **Entrevista semiestructurada:** La cual parte de una guía de preguntas con los elementos claves que se quieren investigar. Indica Martínez (2011) las preguntas pueden ser planteadas de diferente manera o varios informantes si es el caso, esto implica que no hay secuencia en el orden de la pregunta y depende mucho de las respuestas dadas. El marco de realización de este tipo de entrevistas debe ser abierto y en un ambiente de cordialidad, para ello debe existir la relación de empatía con el informante. Además de ello, se realizó registro de diario y trabajo de campo.

## **POBLACIÓN Y MUESTRA**

La población estudio se realizó en la comunidad de Villas de San Pablo en el corregimiento Juan Mina del departamento del Atlántico. La muestra seleccionada fue de 40 mujeres las cuales habían sido víctimas de violencias por el conflicto armado.

### **Criterios inclusivos de la muestra**

- Mujeres pertenecientes a la comunidad mencionada.
- Víctimas de violencia sexual por grupos armados pertenecientes al conflicto.
- Con edades comprendidas entre 18-45 años.

### **Criterios de exclusión de la muestra**

- Negativa de consentimiento por parte de las mujeres víctimas a brindar información.

### **RESULTADOS**

Para realizar las acciones metodológicas se categorizaron las respuestas en las entrevistas realizadas, construcción de historia de vida, así como se analizaron datos estadísticos los cuales brindaron información porcentual de algunos aspectos del estudio que tiene relación con el tipo de delito, edades más frecuentes en las víctimas, grupo armado más frecuente, nivel educativo de las víctimas, ayuda humanitaria del gobierno. De igual manera, se logró establecer que en los departamentos como Bolívar, Atlántico, Magdalena, Cesar y La Guajira, de donde son oriundas las sobrevivientes víctimas de violencia sexual asentadas hoy en Villas de San Pablo –corregimiento de Juan Mina– distrito de Barranquilla se acreditan patrones culturales (tradicionales) de machismo que restringen el poder de la mujer en lo público, aspectos que se transmiten de generación en generación especialmente en las zonas rurales.

Entre los hallazgos más significativos se encontraron:

- No es aceptado en las niñas cuestionar los estereotipos de lo masculino llegando a recibir regaños, reprimendas y castigos.
- En algunos caseríos o resguardos indígenas por razón de la costumbre, “obligan” a las adolescentes a contraer matrimonio con hombres desconocidos, a través de

negociaciones por dinero, agenciadas por las familias nucleares o en ausencia de esta; la familia extensa asume dichas negociaciones.

- Se ha constatado también que se mantiene la práctica de ablación a niñas y recién nacidas, a pesar del llamado de prohibición de algunas jurisdicciones y pronunciamientos realizados por organizaciones defensoras de derechos humanos, esta se efectúa bajo la autorización de los líderes espirituales o autoridades indígenas.
- Se inhiben las expresiones afectivas en los niños, esta última fue restringida por una masculinidad agresiva y hegemónica.
- La actitud de misoginia se acentúa mayoritariamente en las urbes. Los juicios en relación a la mujer agredida, violentada o vulnerada suelen ir acompañados de expresiones como: “algo habrá hecho”, “se lo buscó”, “ella lo provocó”, “mínimo hizo algo” y sobre todo “era una prostituta”, “una zorra” “quita macho”.
- Las mujeres sujetos y unidades sociales de esta investigación efectivamente han cargado en silencio y con llanto oculto la tragedia sobre sus hombros. Se entiende de manera abierta e incluso entre líneas la existencia en la cultura de la supremacía masculina, por no decir machista y el absoluto desprecio hacia las mujeres como algo que trasciende de la esfera privada a lo público.

En este sentido, el lenguaje sexista utilizado a lo largo y ancho de la costa Caribe colombiana deja vislumbrar en las historias de vidas relatadas por las víctimas que la narrativa lingüística

colabora activamente a establecer y mantener la supremacía masculina, desde lo simbólico, lo cognitivo, afectivo y social. Asimismo, el colectivo de mujeres sobrevivientes recibe discriminación, rechazo, desvalorización, muy lejos de recibir acompañamiento y apoyo por parte de la comunidad.

Invisiblemente en lo cotidiano se encuentra presente el hecho de naturalizar, banalizar o ridiculizar cualquier intento de cuestionamiento en las acciones violentas de lo masculino, no obstante, estas conductas pueden observarse en el lenguaje sexista, las reglas explícitas e implícitas en los grupos sociales, así mismo, se evidenció que las agresiones se exacerban en las comunidades cuando el discurso intenta restablecer los derechos de las mujeres.

## **HALLAZGOS CUANTITATIVOS**

De la recolección de la data en la investigación se pudo conocer que de la muestra del estudio el 80 % de participantes fueron víctimas de violencia sexual, un 6 % fueron víctimas de prostitución forzada, otro 7 % fue víctima de aborto forzado, y un 7 % de servicio doméstico forzado.

De igual forma, se encontró que en el 83 % de los casos, la agresión se les atribuye a grupos paramilitares, específicamente al Bloque Resistencia Tayrona, seguido del 9 % a la guerrilla, el 8 % a agentes estatales.

En cuanto a las edades de las víctimas se pudo constatar en mayor porcentaje se ubican entre los 14 y 30 años que representa el 83% de las mujeres atendidas. En segundo orden se ubican las edades entre 31 y 43 años.

En relación con las ayudas humanitarias contempladas por el Estado colombiano para las víctimas del conflicto armado, las mujeres campesinas manifiestan que solo el 17 % ha recibido al menos una de estas, consistente en un auxilio económico. El 83 % de las mujeres manifiestan no haber recibido ninguna ayuda hasta al momento.

Por lo anterior, se propone exponer todos los argumentos posibles sobre los patrones macrocriminales en la Costa colombiana que favorecen las violencias contra las mujeres. La investigación lleva un proceso que tiene una duración de dos años o más para poder establecer vínculos de confianza y empatía con las víctimas atendidas, que poco a poco facilitaron sus experiencias traumáticas. De acuerdo con lo encontrado fue posible determinar los siguientes patrones macrocriminales:

- Homicidios selectivos.
- Amenazas selectivas.
- Marginación social.
- Marginación política.
- Marginación económica.
- Conocimiento por parte de la comunidad de rumores de posibles acontecimientos violentos, información que en su momento fue comunicada a las autoridades competentes, y no se tomaron las medidas respectivas, por lo cual estaríamos hablando que el Estado incumplió su obligación de garantía.

Ahora bien, esta obligación de garantía representa para el Estado colombiano el deber de organizar todo el aparato gubernamental

y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público –rama ejecutiva, legislativa y judicial de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Serrano y Sanabria (2013).

### **Consecuencias posteriores a los hechos violentos**

- Posterior a las violaciones se presenta un patrón que es el constreñimiento hacia las víctimas para que no denuncien.
- Las mujeres víctimas de violencia encontraron obstáculos de acceso a la justicia dada la naturalización de los actos asociados a factores culturales, en donde la violencia sexual, por ejemplo, puede ser vista como obstrucción de la paz comunitaria, dejando a las mujeres en condiciones de estigmatización si se atreven a denunciarla (Cabrera y León, 2016).
- Así mismo, dentro de los patrones macrocriminales encontrados en los relatos de la presente investigación, se ubican situaciones como militarización, la criminalización de los movimientos sociales, de la protesta, el surgimiento de bandas emergentes, crimen organizado internacional, su conexión con agentes estatales y la permeabilidad de la corrupción en todas las esferas de gobernabilidad.
- Se reafirma a través de las entrevistas e historias de vida la existencia de “actos de violencia sexual perpetrados como parte de operaciones violentas de mayor

envergadura como masacres, tomas, actos individuales por miembros de todos los grupos armados, violencia sexual como retaliación y de amedrentamiento de las comunidades, contra jóvenes y niñas reclutadas por los grupos armados”. (CCCO, 2008b).

- Otra finalidad subyacente de la barbarie y de la violación de derechos humanos y al derecho internacional humanitario de los hechos investigados es el dominio y concentración de territorio y población, privación de la libertad y violencia sexual entre las filas, bloques o frentes y tropas con el principal objetivo que “es el de desarraigar a las personas especialmente mujeres en su trabajo de denuncia o investigación; obtener información; exterminar una organización, un grupo social o político; recompensar y cohesionar por sus “éxitos militares” al interior de los grupos armados”. Corporación Humanas (CORPOHUMANAS, 2009, pp.23-33).
- Otro hallazgo es la consolidación del discurso de la centralidad de los imaginarios colectivos de la propiedad del cuerpo, como instrumento coaccionador que inflige daño, y a conducta a la comunidad.
- Se observó escogencia selectiva de las niñas, adolescentes y mujeres cabeza de familia cuyas parejas estaban ausentes, el criterio que predomina entre ellas es la ausencia de compañero se debe a la presunta pertenencia a la guerrilla o las autodefensas unidas de Colombia.
- Imposición de cánones por física intolerancia, sectarismo, xenofobia, homofobia y persecución a personas con opciones sexuales diversas.

- Y por último, no siendo menos importante la esclavitud sexual y secuestro tanto de mujeres, niñas, adolescentes y población LGBTI para que realicen tareas domésticas y sexuales para los combatientes.

## DISCUSIONES Y CONCLUSIONES

Se puede señalar, que en este contexto regional, la violencia contra la mujer y en específico la violencia sexual se encuentra relacionada con la agudización de la pobreza y la desigualdad social, la explotación indiscriminada de los recursos naturales a través de la industria extractivista de la megaminería y por ende las ya conocidas consecuencias al medioambiente.

Con todos los derechos vulnerados y los patrones culturales encontrados en la construcción de las historias de las víctimas hoy asentadas en Villa de San Pablo, se reafirma el papel que debe asumir el Estado frente a las obligaciones que les impone el haber firmado y ratificado la Convención Americana de los derechos igualmente, “atribuye a los Estados parte de la Convención una conducta gubernamental y un orden normativo que haga posible la eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (Corte IDH, 1988a).

De la misma forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009b) dentro de su competencia afirma que la obligación de garantía la compone, entre otros, el deber de: (1) prevenir razonablemente, y en la medida de lo posible, las violaciones de los derechos humanos, (2) investigar seria e imparcial, y con los medios a su alcance, las violaciones que se hayan cometido dentro de su jurisdicción y (3) asegurar una adecuada reparación a la víctima.

Dicho de otra manera, en los 40 casos documentados de Villas de San Pablo se logra determinar patrones específicos que facilitaron la comisión de delitos contra la integridad física y moral, esto quiere decir, que hubo ausencia de medidas de carácter jurídico, político, administrativo, social, cultural. El deber de prevención, impone al Estado la obligación de tomar todas las medidas posibles “que busquen asegurar “que las eventuales violaciones a los derechos humanos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito” (Corte IDH, 2009b).

En efecto se considera es una obligación de medio y no de resultado es decir, su incumplimiento no se demuestra por el solo hecho de que un derecho humano haya sido violado, sino que será necesario probar que la violación se podía prevenir por parte del Estado, y no lo hizo Corte IDH (1989c).

De cualquier manera, sean patrones culturales o patrones macrocriminales las mujeres del caso Villas de San Pablo fluctuaron entre la vulneración de derechos fundamentales y vulneración de derechos humanos, situación reafirmada desde el principio hasta el final de sus días gracias “a que la cultura patriarcal hegemónica las define” como seres controlables, utilizables, maltratables, mercantilizables, cosificables, «violables» y eliminables” (Schongut, 2012).

En los 40 casos abordados relacionados no existe una garantía real y efectiva en las investigaciones, se encuentran en su mayoría (70 %) archivadas y no existe ni una sola condena o condenado hasta el momento. A pesar de que existen rutas de atención para las víctimas de violencia sexual, los funcionarios que investigan y enjuician no poseen una formación, ni cuentan

con recursos o dotaciones adecuadas especialmente en las zonas rurales.

Es cuestionable los estereotipos sobre violación y la violencia sexual, que se centra en que las únicas responsables del hecho victimizante son las propias mujeres y niñas. Por otra parte, las investigaciones en donde se ven envuelto agentes estatales, no avanzan y existe por parte del Ministerio de Defensa una postura de flexibilidad y tolerancia frente a crímenes de violencia sexual. Hasta el momento los sindicatos no han sido separados del servicio militar y por el contrario han sido trasladados con enormes posibilidades de interferir en las investigaciones e intimidar a las víctimas y testigos. De igual manera, el acceso gratuito a asesoramiento, información, pruebas, tratamientos para las enfermedades de transmisión sexual, VIH/SIDA no son oportunos sobre todo para las mujeres que viven fuera de las ciudades.

En este sentido, para el afrontamiento de la violencia contra las mujeres las actividades para superar las afectaciones deben estar integradas al enfoque de género, que permita la transformación de las desigualdades que sufren las niñas, los niños y las mujeres víctimas de violencia sexual así como debe existir la coordinación con el ente territorial como una estrategia local, regional y nacional de recogida de información fiable sobre todas las formas de violencia contra las mujeres, especialmente para las zonas rurales

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acevedo, T (2015). Monografía Político Electoral Departamento de Santander 1997 a 2007. [citado 2019 mayo 10].

Recuperado de: [https://www.academia.edu/16029572/Monograf%C3%ADa\\_Pol%C3%ADtico\\_Electoral\\_DEPARTAMENTO\\_DE\\_SANTANDER\\_1997\\_a\\_2007](https://www.academia.edu/16029572/Monograf%C3%ADa_Pol%C3%ADtico_Electoral_DEPARTAMENTO_DE_SANTANDER_1997_a_2007).

Benavente, M. y Valdés, A. (2014). *Políticas públicas para la igualdad de género: Un aporte a la autonomía de las mujeres*. ISBN 978-92-1-121865-7. Recuperado de: <https://biblioteca-digital.ccb.org.co/handle/11520/23429>

CEDAW. (1992). Recomendación General No. 19. [citado 2019 abril 10] Recuperado de: [http://archive.ipu.org/splz-e/cuenca10/cedaw\\_19.pdf](http://archive.ipu.org/splz-e/cuenca10/cedaw_19.pdf)

Centro de Investigaciones y Análisis del Delito del Atlántico. (2013). Pandillas juveniles: factor de riesgo en la seguridad ciudadana. Recuperado de: [https://www.atlantico.gov.co/images/stories/ciad/investigaciones/pandillas\\_juveniles\\_factor\\_de\\_riesgo\\_en\\_la\\_seguridad\\_ciudadana.pdf](https://www.atlantico.gov.co/images/stories/ciad/investigaciones/pandillas_juveniles_factor_de_riesgo_en_la_seguridad_ciudadana.pdf)

Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. (2008). [citado 2019 mayo 10]. Recuperado de: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/cinep/20100915103344/defenderyproteger-lavida.pdf>

Corporación Humana (2009). Aportes al acceso a la justicia de las mujeres en Colombia. ISBN: 978-958-99471-7-3. Recuperado de: <https://www.humanas.org.co/archivos/Aportesjusticia4.pdf>

Cabrera, L y León, A (2016). Obstáculos para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual en Colombia. [citado 2019 Abril 11]. Recuperado en: <http://www.sismamujer.org/wp-content/>

uploads/2016/12/33.-Obst%C3%A1culos-de-Acceso-a-Justicia-de-Mujeres-V%C3%ADctimas-de-Violencia-Sexual-en-Colombia.pdf

Corporación Sisma Mujer (2018). Boletín N° 16. Informe Especial. [citado 2019 abril 11] Recuperado: [https://www.sismamujer.org/wp-content/uploads/2018/11/24-11-2018-Bolet%C3%ADn-25-de-Noviembre-de-2018\\_SISMA-MUJER.pdf](https://www.sismamujer.org/wp-content/uploads/2018/11/24-11-2018-Bolet%C3%ADn-25-de-Noviembre-de-2018_SISMA-MUJER.pdf)

Corte Constitucional. (1993). Sentencia No. C-412/93. [citado 2019 abril 11] Recuperado de: <http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/1993/C-412-93.htm>

Corte Constitucional. (2010). Sentencia T-045/10. [citado 2019 abril 12] Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-045-10.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1988a). Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009b). Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1989c). Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo.

Dane. (2012). Encuesta de convivencia y ciudadanía. [citado 2019 mayo 10]. Recuperado de: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/seguridad-y-defensa/encuesta-de-convivencia-y-seguridad-ciudadana-ecsc/ecsc-2012>.

Feria, M. (s. a). La Víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a 25 años de su funcionamiento. [citado

2019 mayo 10] Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08060-4.pdf>

Gómez, O. (2006). Módulo aspectos psicosociales de la reparación integral. [citado 2019 mayo 10] recuperado de: <http://www.psicosocial.net/historico/inicio/centro-de-documentacion-gac/violencia-y-cambio-politico/justicia-verdad-y-reparacion/318-aspectos-psicosociales-para-la-reparacion-integral/file>.

Harding, S. (1998). *Whose Science? Whose Knowledge? Thinking from women's lives*. Nueva York: Cornell University.

Ley 1448 de 2011. (2019). Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. [citado 2019 Abril 12] Recuperado de: <https://www.unidad-victimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/ley-1448-de-2011.pdf>

Martínez R. (2011). Métodos de investigación cualitativa *Revista de la Corporación Internacional para el Desarrollo Educativo Bogotá - Colombia* [Internet]. [citado 2019 mayo 16]. Recuperado en en: <http://www.cide.edu.co/doc/investigacion/3.%20metodos%20de%20investigacion.pdf>

Ministerio de Salud. (2019). Programa de atención psicosocial y salud integral a víctimas en el marco de la Ley 1448 de 2011. [citado 2019 Abril 12]. Recuperado de: [citado 2019 Abril 12] Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/anexo-tecnico-proponentes-papsivi.pdf>

Pérez, Y. (2010). Tesis de maestría en política social “La atención integral a mujeres víctimas de violencia sexual, un compromiso interinstitucional en la ciudad de Bogotá D.C” [citado 2019 Abril 12] Recuperado de: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/politica/tesis361.pdf>

Red Nacional de Información de la Unidad de Víctimas, (2019). Mujeres y conflicto armado [citado 2019 Abril 12] Recuperado de link: <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/mujeres.PDF>

Schongut, N (2012). La construcción social de la masculinidad: poder, hegemonía y violencia. [citado 2019 abril 12] Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/4758/475847408003.pdf>

Serrano, A. y Sanabria, J. (2013). Obligaciones de los Estados Partes. [citado 2019 abril 12]. Recuperado de: <file:///C:/Users/Teknos/Downloads/Dialnet-ObligacionesDeLosEstadosParteDeLaConvencionAmerica-5104983.pdf>

**Cómo citar este capítulo:**

Manjarrés, S. J., López Rodríguez, E. y García Terán, L. (2020). Patrones culturales y macro criminales que permitieron las violencias basadas en género perpetradas por los actores del conflicto caso Villas de San Pabla, Barranquilla. En: D. de J. Anibal Guerra y C. del C. Llinás Torres, (Comp) *Realidades contemporáneas desde el enfoque de los derechos humanos*. (pp.151-184). Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.