
El Estado garante de protección de derechos frente a la ineficacia de los sistemas penitenciarios de México y Colombia*

The Guarantor-of-Rights State in The Face of the Inefficiency of Prison Systems in Mexico and Colombia

Omar Huertas Díaz**

Universidad Nacional de Colombia
ohuertasd@unal.edu.co

Daniel Montero Zendejas***

Universidad Autónoma del Estado de Morelos
damoz7777@yahoo.com.mx

Cristina Rumbo Bonfil****

Universidad del Valle de México
cristina_rumbo@my.uvm.edu.mx

Resumen

El Estado constitucional de derechos busca como principal objetivo la paz y el bienestar social, además de brindar los mecanismos necesarios para garantizarles a todos los miembros de la sociedad el pleno uso de sus derechos fundamentales y la seguridad jurídica necesaria para no vulnerar en ningún momento el goce de dichas facultades. El derecho penitenciario debe ser visto hoy en día más como aquella facultad sancionadora del Estado, que es, entre otras cosas, la posibilidad del saneamiento social y de la implementación de políticas públicas que acerquen o,

Fecha de recepción: 05 de abril de 2018

Fecha de aceptación: 25 de mayo de 2018

* Para citar este artículo: Huertas Díaz, O. Montero Zendejas, D. & Rumbo Bonfil, C. (enero-junio, 2018). El Estado garante de protección de derechos frente a la ineficacia de los sistemas penitenciarios de México y Colombia. *Revista Diálogos de Saberes*, (48) 197-211. Universidad Libre (Bogotá). <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.48.2018.4728>

Artículo desarrollado en el marco de la colaboración entre el grupo de investigación Escuela de Derecho “Nullum Crimen Sine Lege” UN, de la Universidad Nacional de Colombia, reconocido y clasificado en categoría A por Colciencias (2017), y el Doctorado en Derecho y Globalización de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (UAEM-Cuernavaca), de México. Este artículo es producto del proyecto “Debates criminológicos y dogmáticos entre el derecho penal clásico y el derecho penal moderno”, financiado por la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Proyecto Unijus código 37706.

** Abogado, investigador y profesor asociado; especialista en Derecho Penal y doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia; doctor en Ciencias de la Educación de la Universidad Simón Bolívar; magíster en Derecho Penal de la Universidad Libre, sede Bogotá, Colombia; magíster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad de Alcalá, España, y magíster en Educación de la Universidad Pedagógica Nacional. Socio de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP); miembro de honor de la

mejor dicho, terminen con la “brecha” entre la pena y su ejecución. El Estado ya no puede tan solo crear leyes cada vez más duras para inhibir conductas antisociales y antijurídicas, tiene además que concebir los mecanismos para que aquellos sujetos que en estricto apego a la ley penal hayan cumplido con esa sanción tengan la posibilidad de “reinsertarse adecuadamente a la sociedad”, no solo en un afán garantista, sino como la única forma de prevenir nuevas conductas delictivas.

Palabras clave: Estado constitucional, derechos humanos, sistema garantista, derecho penitenciario, México, América Latina, convencionalidad, cárceles.

Abstract

The main objectives of the constitutional rule of law are peace and social welfare, in addition to providing the necessary mechanisms to guarantee all members of society the full use of their fundamental rights and the necessary legal security to avoid their violation. Penitentiary law must be seen today as the penalizing faculty of the State. This faculty is, among other things, the possibility of social sanitation and the implementation of public policies that help bridge the gap between the penalty and its execution. The State can no longer create harder laws to inhibit antisocial and unlawful behavior. It must devise the mechanisms that allow individuals who, in strict adherence to criminal law, have complied with their penalty to “reinsert themselves properly into society”, not only in the spirit of a guarantee, but as the only way to prevent new criminal behavior.

Keywords: constitutional rule of law, human rights, right-based system, Penitentiary law, Mexico, Latin America, conventionality, prisons.

Introducción

Actualmente, vivimos en un mundo globalizado por los aspectos preponderantemente económicos y políticos, sin embargo, estamos también sujetos a un sistema jurídico internacional que propugna por la colocación de todo

un conjunto de documentos e instrumentos formulados por los organismos internacionales y que cada vez tienen mucha mayor injerencia en el mundo de lo político y lo gubernamental. Todo ello, a partir de la ebullición de los distintos cambios sociales que reclaman cada

Fundación de Victimología, y miembro honorario de la Asociación Colombiana de Criminología. Correo electrónico: ohuertasd@unal.edu.co

*** Doctor en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México con estudios en la Georgetown University, de Washington. Profesor investigador de tiempo completo, definitivo titular C del Sistema Nacional de Investigadores; docente y especialista en Derecho Penal, Derecho Penitenciario y Lavado y Blanqueo de Activos. Conferencista internacional en Argentina, Colombia e Italia. Correo electrónico: damoz7777@yahoo.com.mx. Identificador ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3159-9592>.

**** Magíster en Derecho y Doctorante en Derecho y Globalización de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Ha realizado múltiples estudios, trabajos y estancias de investigación sobre el tema del sistema carcelario y la ejecución penal en México, Colombia (Universidad Nacional), España (Universidad de Valencia) e Italia (Universidad de Trento). Catedrática de la Universidad del Valle de México y de la Universidad de Ciencias Jurídicas. Correo electrónico: lic.cristinarb@gmail.com / cristina_rumbo@my.uvm.edu.mx. Identificador ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6724-5147>.

día con más fuerza la inclusión de los grupos llamados *minorías* hacia el reconocimiento de sus derechos humanos.

Con ello, los Estados tienen la urgente necesidad —y obligación— de incluir en sus instrumentos normativos, específicamente en la constitución, la adecuación e incorporación de estas modificaciones, y es necesario que estas generen cambios sustanciales en la estructura garantista, que, más que una corriente filosófica-política, se ha convertido en una imperante necesidad normativa, puesto que el reconocimiento de derechos y el ejercicio de las garantías significan la transición más visible del Estado legal al Estado constitucional de derechos.

Así, los ejercicios de reforma constitucional sirven para modificar nominativamente el contenido constitucional, pero no traen aparejado su cumplimiento, que en todo momento tendrá que recaer en los entes públicos estatales en cuanto a su ejecución e implementación de forma efectiva y atendiendo a estos cambios globales en cumplimiento y armonización del derecho internacional humanitario, proceso en el que, precisamente, son los Estados los que modifican y reforman sus propios instrumentos.

En ese sentido, no debe desestimarse que las reformas ocurridas de forma reciente en México, tanto la de 2008 (reforma al sistema de justicia penal) como la de 2011 (reforma en materia de derechos humanos), significaron la modificación del propio sistema jurídico mexicano y revolucionaron la impartición de justicia en el país, al darle entrada al control de convencionalidad difuso al mismo tiempo que matizaron el monopolio del control de constitucionalidad depositado en los tribunales federales.

Esto mismo ha pasado en su momento con los cambios constitucionales realizados en Colombia en 1991, que dieron paso a la llamada “Constitución de los derechos humanos” (Upegui Mejía, 2009), con lo que el constitucionalismo se ve reformado y, con ello, el paradigma de aplicación de los derechos humanos y la convencionalidad se vuelven obligatorios: el mismo proceso que en el caso mexicano, pero con una afortunada ventaja en el tiempo de su reconocimiento. La aplicación tendrá que configurar en ambos casos el principal reto a vencer, como lo mencionaremos más adelante.

Problema de investigación

Los Estados latinoamericanos (especialmente México y Colombia, Estados en los que se centrará el presente trabajo de investigación) comparten profundas similitudes que van más allá de la estructura lingüística, colonial, social o incluso de la estatal o de gobierno. Comparten, en gran medida, los mismos problemas y las mismas heridas de arrastrar con profunda vehemencia cambios estructurales en sus sistemas jurídicos y reformatorios con miras al establecimiento de políticas de gobierno que puedan asegurar el *statu quo* de la relación social. Frente a ello, el sistema jurídico ha tenido que sortear el paso del tiempo y la pugna por dejar en el olvido las normas positivistas y acercarse más al comienzo del todo: al derecho natural o, diríamos hoy, al garantismo jurídico.

Esto ha hecho necesario adoptar sistemas que no solo se reformen, sino que además muten a unos en los que se privilegien los derechos humanos, en los que la norma le sirva al individuo y no viceversa, a un sistema que no solo castigue, sino que se muestre empático

con la conducta y que entienda que más allá de la norma está el individuo en su esquema más simple y más complejo —a la vez—. Uno de esos paradigmas en los que la relación fáctica de la aplicación normativa se vence ante la inoperancia estatal e institucional es el sistema penitenciario.

En este sentido, el sistema penitenciario se convierte en “la región crítica de los derechos humanos, el ámbito en el que estos quedan en mayor predicamento” (García Ramírez, 2004, párr. 6): la prueba de fuego del Estado garante y la comprobación más efectiva —o no— frente al cumplimiento de los derechos, si es que acaso la condición de protección de los derechos humanos no está entre signos de interrogación y si socialmente nos permitimos considerar esta prerrogativa como algo no solo natural sino obligatorio. Y es justo en ese momento cuando el *statu quo* vacila y poco comprende la naturaleza de este ente social.

Resulta complicado comparecer a favor de quien ha herido, y más difícil es entenderlo en su carácter de persona. Tal vez sea por eso que no nos importa lo que pase dentro de las prisiones, siempre y cuando se quede ahí. El problema es, también, que desde hace ya muchos años lo que sucede dentro de las prisiones no se queda en ellas, pues regresa con más ira a las calles, a la sociedad, al sistema. Y el peor de esos problemas es que los sistemas han estado conteniendo el sistema penitenciario por años, han ocultado y callado las incontables violaciones a los derechos humanos que —justificadas o no— padecen miles de personas que se encuentran privadas de la libertad y se niegan rotundamente a hacer un reconocimiento frente a tales privaciones. Pero lo más peligroso sucede cuando es

el mismo Estado el que crea mecanismos normativos de imposible alcance y aplicación; tal y como si se tratase de una ilusión, nos da motivos para pensar que se ha consolidado un Estado respetuoso de la aplicación irrestricta de los derechos humanos, pero en la praxis la aplicación es totalmente engañosa: a ello Ferrajoli (2011) lo llamó *falacia garantista*.

Metodología

En el desarrollo de esta investigación, se hará uso primordialmente del método de investigación científica hipotético-deductivo, a través del cual se busca dar seguimiento a una serie de pasos dentro del desarrollo de la investigación, haciendo uso de una compilación descriptiva de los hechos que han marcado los sistemas penitenciarios de América Latina, especialmente de México y Colombia, y que han derivado en el estado de cosas que actualmente suceden. Esto se hace teniendo como principal consideración el número de eventos documentados y señalados de una reiteración de violaciones de derechos humanos en el sistema penitenciario, frente a un Estado constitucional que ha dejado muchas expectativas por cumplir, especialmente en cuanto a los derechos de los internos en cualquier centro penitenciario.

Para ello, se ha de observar una serie de teorías e hipótesis que pudieron haber dado paso a esta realidad, que, de forma concreta, ha puesto en detrimento la veracidad del Estado constitucional. Finalmente, hemos de ofrecer, luego de hacer un análisis sobre lo anteriormente referido, una teoría y una conclusión propias para dar por finalizado el presente trabajo de investigación.

La inconstitucionalidad del Estado constitucional

En palabras de Carpizo (2015),

tanto el control constitucional como el control de convencionalidad tienen por objeto hacer respetar y potencializar los derechos y libertades de fuente nacional o internacional, la única diferencia estriba en las instancias encargadas de ejercerlo, por lo regular jueces conforme al control interno o externo. (p. 45)

Con ello y solo a través de ello, se fortalecen los mecanismos de protección de los derechos fundamentales dentro del Estado de derecho, que debe estar apegado a un sistema internacional y con estricta vigilancia de los órganos interamericanos.

Sin embargo, que los derechos humanos hayan pasado por un estricto proceso de positivación en un sistema jurídico (Colombia en 1991 y México en 2011) no ha garantizado en absoluto su irrestricto cumplimiento, sino, al contrario, ello ha fijado estándares muy altos de protección que han imposibilitado el ejercicio de los órganos jurisdiccionales y que, lejos de convertirse en herramientas de uso, han sido lastres y obstáculos para la administración de justicia.

La constitución, por bien redactada que esté, no puede cambiar por sí sola una realidad de constante violación de los derechos. Nos corresponde a todos emprender una tarea que se antoja complicada, pero que representa hoy en día la única ruta transitable para que en México y Colombia se respete la dignidad de todas las personas que se encuentran en sus territorios. De ahí que, además de ser una

tarea inmensa, sea también una tarea urgente e indeclinable.

Bajo estos parámetros que coexisten en una relación jurídica y social y en este punto tan crítico que viven los sistemas de justicia en México y Colombia y en sí misma la sociedad global, que constantemente se polariza y divide, es inevitable no preguntarnos si sirve de algo el reconocimiento de los derechos fundamentales. Estrictamente, la respuesta tendría que ser que sí, puesto que estos no solo han permitido hasta ahora cumplir con los compromisos adquiridos a nivel internacional, sino que han abierto la puerta para que se pueda exigir su reconocimiento, ya no solo a los administradores de justicia del país (jueces, tribunales y cortes constitucionales, etc.), sino al Estado mismo.

“La evolución del Estado va en sintonía con la evolución del hombre, de ahí que sea considerado como una entelequia que oscila como la mejor expresión de organización moderna, aunque nos refiramos a su consideración añeja de su devenir” (Montero Zendejas, 2015, p. 496). Frente a ello, las reformas normativas no dejan de llenarnos de solo buenas intenciones para la administración de justicia y su ámbito de aplicación sigue dejando mucho que desear, no solo por la gran necesidad de que los jueces sepan aplicar un eficiente control difuso, sino, principalmente, porque el Estado se olvida de que ha dejado de ser un espectador de la administración de justicia para pasar a ser un actor de significativa valía en cuanto hace al reconocimiento de los derechos humanos y la persecución de aquellos que han decidido no apegar su función pública y social a lo expuesto en las respectivas cartas magnas.

Tal y como lo habíamos mencionado, Ferrajoli ha denominado como *falacia garantista* a este falso ejercicio institucional, “que consiste en creer que basta con buenas razones para un derecho y que este sea reconocido jurídicamente en la ley o en la Constitución, para que, por este mero hecho, quede garantizado, es decir, protegido”. (Cruz Parceró, 2015, p. 1518). El reconocimiento de los derechos humanos fundamentales en México, en Colombia y en general en toda América Latina no es más que una buena razón, reconocida en la constitución, que aún no termina de encontrar esa valía en el derecho que dé plena justificación a su reconocimiento.

Para que exista una correcta aplicación y observancia de los derechos, es estrictamente obligatoria la presencia de un Estado que sea garante de estos, no solo en su reconocimiento, sino en cuanto a los mecanismos que permitan un acceso eficiente, es decir, la consolidación de un Estado de derecho, pues este se basa en la consolidación misma de un Estado constitucional que se rija bajo los parámetros del contenido constitucional, que es en esencia el alma del ordenamiento jurídico vigente de cualquier Estado que se califique a sí mismo como garante.

Un Estado constitucional hace parte de un andamiaje complejo que da cabida a la protección de derechos, pero que además le da certeza a la ciudadanía y se rige bajo un estricto apego a la legalidad, la justicia y la igualdad. El Estado constitucional tiene como parámetros los enmarcados en la constitución, y todo acto que contravenga lo ahí establecido será, por tanto, contrario a la carta magna.

Sin embargo, un Estado constitucional no solo está delimitado por normas, sino que también

se determina a través de un sistema político que es consecuencia de un sistema jurídico-político internacional sujetado a diversos modelos y estándares. En ese sentido, se dice que “un Estado constitucional actualizado y congruente se allana a la constante interacción, hasta ahora positiva, del sistema de inversión extranjera, de reconocimiento y protección a la dignidad humana y de los órganos nacionales e internacionales que mantienen objetivos similares” (Carpizo, 2015, p. 16).

De acuerdo con Carpizo, el Estado constitucional debe entonces determinarse a través de una positivación de mecanismos y sistemas *ad hoc* a la comunidad internacional en armonización con el sistema jurídico nacional; de esta manera, se consigue un Estado respetuoso de los estatutos y protocolos internacionales de protección de los derechos humanos.

Esto se da considerando, en la línea de acción del Estado constitucional, cuya actuación no solamente se basa en la constitución que le da origen, sino también en lo dispuesto en cuanto a derechos de fuente internacional y su respectiva interpretación, lo siguiente (Carpizo, 2015):

- a) La transición de Estado legal a Estado constitucional.
- b) Que la constitución es norma jurídica vinculante para todos los seres humanos, sean o no autoridades.
- c) Que entre derechos fundamentales y humanos no existe una mayor diferencia que la simple denominación.
- d) Que impartir justicia con mentalidad estática o legalista produce incalculables consecuencias negativas a nivel social o institucional.

- e) Que los métodos de interpretación, que existen desde hace más de dos siglos con el fin de comprender el derecho privado, actualmente devienen insuficientes para la adecuada aplicación del derecho público.
- f) Que la actividad inteligible tiene límites racionales.
- g) Que las realidades no jurídicas y la costumbre constitucional e internacional son elementos indispensables para la solución, si quiera plausible, de un conflicto constitucional o entre el ejercicio de los derechos.
- h) Que los compromisos internacionales que contengan derechos humanos deben ser apreciados y aplicados con la misma jerarquía y rigor que la constitución, con independencia de que la contravengan, salvo que exista una reserva en ese sentido y no haya voluntad en superarla.
- i) Que toda violación a un derecho humano implica no solo restitución material sino también la posibilidad de indemnizar al afectado.
- j) Que no existe control convencional interno.
- k) Que debemos aceptar derechos de fuente internacional frente a los de origen nacional.
- l) Que no hay monopolio en materia de reconocimiento y protección a los derechos humanos.
- m) Un margen referencia amplio.
- n) Que se debe superar la idea de poder constituyente permanente y distinguir entre el órgano legislativo originario y el constituido.
- o) La inaplicación expresa o implícita de la jurisprudencia contraria a derechos humanos.
- p) Las formas procesales al servicio del ser humano.

Esto permite conocer cuáles son los parámetros para poder establecer o determinar un Estado constitucional; sin embargo, en el inciso *a* se recomienda partir desde la diferencia entre *Estado legal* y *Estado constitucional*, lo que incluso se señala como una transición; luego, entonces, debemos definir qué es por principio de cuentas un Estado legal.

El Estado legal habla de una justicia ciega, de una justicia que no puede ver más allá de lo escrito en la norma o de lo querido por el legislador, es decir, aquello que la jurisprudencia clásica o estática identifica como ajustarse a los estándares del país con independencia de lo pactado a nivel internacional. Existe, pues, una enorme brecha al considerar un Estado constitucional por el mero orden normativo que la rige —como ya se ha mencionado con anterioridad—; se requiere, más que leyes, su eficacia, y ello es tan importante que determina la consolidación de un Estado u otro.

Desde hace muchos años, México y Colombia viven esta lucha, y pretenden revertirla a través de las múltiples reformas: validar un Estado constitucional que se legitima a través del contenido constitucional, pero que en mucho dista de la aplicación y el respeto este. En ambos casos, tenemos como consecuencia Estados en exceso legalistas y reformistas que en la práctica no alcanzan a cumplir con los consensos y las necesidades sociales; en suma, somos un país que reforma mucho y que aplica poco.

Es imprescindible mencionar “tanta modificación a la vida penal mexicana —ejemplo—, donde ya existe el principio de ‘obesidad legislativa’ con sus más de 600 reformas al texto constitucional vigente” (Carpizo, 2015, p. 44);

en su caso, la autoridad mexicana ha preferido legislar antes que confrontar con éxito esta realidad y colocar en la mesa de la discusión si este nuevo modelo de justicia penal acusatorio adversarial frente al crimen organizado es la opción viable al universo de justicia; dicho de otra manera, si este es viable para frenar y sancionar a la delincuencia organizada, que se suma a los ingredientes de corrupción, simulación e impunidad y al doble discurso institucional (Montero Zendejas, 2015).

Por el contrario, el Estado constitucional supera esos obstáculos a favor de la rendición de cuentas y del cuestionamiento de las normas emanadas de la actividad legislativa, con el objeto de establecer tendencias más garantes al ser humano y su entorno, corrientes que al final del camino postulan una simple actividad protectora de los derechos humanos carente de monopolio a favor de alguna u otra autoridad del Estado; la constitución deja de ser cúspide para convertirse en la base fundamental del desarrollo humano y de la preservación o maximización de su entorno.

Lo importante, entonces, sería poder transitar de un Estado legal a uno constitucional, es decir, de la dogmática a la práctica, o bien, de la reforma a la eficacia de la norma. Lo más complejo es, pues, lograr que el Estado constitucional sea constituido. En México, por ejemplo, la estandarización del propio sistema jurídico a un sistema internacional con protección garante de los derechos fundamentales abrió precisamente esta posibilidad o eso se pretendía cuando se modificó el artículo primero constitucional y se estableció el reconocimiento de los derechos fundamentales: transitar a un Estado respetuoso de los contenidos jurídicos internacionales y

propiciar no solo esa eficacia de la norma, sino el respeto incuestionable a la dignidad humana.

Los derechos humanos han sido una base del concepto de Estado constitucional desde la época en que los movimientos sociales de Inglaterra, en el siglo XVII, y sobre todo de Francia, en el siglo XVIII, dieron lugar a la idea de un pacto social en el que se declinaban los poderes individuales de los integrantes del cuerpo social a favor de instancias gubernativas que protegieran y promovieran derechos fundamentales, como son la vida y la libertad (Lara Laponte, 2016, p. 35).

La transición del Estado de derecho al Estado garantista

Esta transición a la que nos referimos no se logra únicamente con un reconocimiento de los derechos humanos en la carta magna, pues se necesita mucho más que eso, incluido el respeto y reconocimiento de estos. La transición, en gran parte, se centra en la armonización de la norma con los operadores jurídicos. Esto es posible observarlo a través del control de convencionalidad, una vez que los países que la han adoptado se sujetan a hacer vinculantes las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cuando se da la sujeción al respeto irrestricto por parte de quienes se encargan de aplicar esos derechos humanos; con ello, se pugnó por que los jueces de todo nuestro país invocaran una serie de tratados, protocolos y sentencias que garantizaran el principio *pro homine* de protección de derechos y, con ello, se crearan nuevos mecanismos de protección (control difuso).

Por *garantismo* se entiende “un modelo de derecho fundado en la rígida subordinación

a la ley de todos los poderes y en los vínculos impuestos a ellos en garantía de los derechos”, con preferencia por los derechos fundamentales sancionados por la constitución.

En este sentido, el garantismo es sinónimo de “Estado constitucional de derecho”, es decir, de un sistema que reproduce el paradigma clásico del Estado liberal, ampliándolo en dos direcciones: por un lado, a todos los poderes, no solo al judicial sino también a los poderes legislativo y de gobierno [...]; por el otro lado, a todos los derechos, no solo a los de libertad, sino también a los sociales, con [las] consiguientes obligaciones [...], además de las prohibiciones de lesión, a cargo de la esfera pública. (Ferrajoli, s. f., p.3)

Incluso, Norberto Bobbio (2000) tiene una interesante tesis con respecto a los derechos humanos, el establecer que,

si bien los derechos humanos representan una realidad deseable que genera la necesidad de exponer razones para ampliar cuantitativa y cualitativamente su reconocimiento y respeto, la búsqueda de un fundamento es, en el último análisis, una ilusión, una labor inútil que, por tanto, debe ser sustituida por mejores causas; toda búsqueda del fundamento absoluto (en el plano de los derechos humanos) es, a su vez, infundida. (p. 120)

Y para validar esta tesis, Bobbio (2000) propuso, entre otros, los argumentos siguientes:

a. La categoría *derechos humanos* es en sí misma problemática, ya que no ha logrado un acuerdo que haya concluido con las disputas acerca de su significado: ¿cómo podríamos postular un fundamento para una realidad que no admite un conocimiento uniforme?

b. Desde una perspectiva histórica es relativamente fácil constatar que los derechos humanos se muestran como una realidad inestable: los han limitado de manera radical con posterioridad.

c. Los derechos humanos generan una serie de exigencias que en más de una ocasión se enfrentan con pretensiones igualmente amparadas en otro derecho humano: ¿cómo fundamentar unos derechos cuya realización choca con otros fundamentados con los mismos argumentos? (Rumbo Bonfil, 2013).

En definitiva, tal y como lo establece Bobbio, la adopción y el reconocimiento de los derechos humanos genera una serie de exigencias que permiten llevar al Estado —o no— a la transición, de forma eficiente, de un Estado legal a uno constitucional. Dentro de esta adopción de los instrumentos internacionales a una legislación local existe el proceso de “tropicalización normativa”, mediante el cual se espera adaptar a las necesidades sociales una serie de adecuaciones normativas que se espera que modifiquen en sentido favorable la implementación de correctos mecanismos para el acceso a la justicia y la armonización del texto constitucional.

El Estado constitucional de derechos busca como principal objetivo la paz y el bienestar social, además de brindar los mecanismos necesarios para garantizarles a todos los miembros de la sociedad el pleno uso de sus derechos fundamentales y la seguridad jurídica necesaria para no vulnerar en ningún momento el goce de dichas facultades. Pero no basta con que el Estado haga el reconocimiento de los instrumentos jurídicos vigentes y que haga extensa la demanda de salvaguardar los

derechos fundamentales, pues siempre que exista una brecha entre lo que el Estado ha llevado como un proceso de positivación y lo que la facticidad gubernamental ha logrado, habrá sin duda una falacia garantista que no deja a medias la labor estatal.

La acción estatal no es, pues, una mera labor legislativa, sino que en gran medida tiene que ver con la practicidad que logra al poner en acción a sus entes jurídicos y las normas vigentes, cuando dentro de los resultados existe un pleno goce de los derechos humanos fundamentales; cuando una vez que se violan estos, existen mecanismos eficaces para denunciarlo, y cuando no hay violencia, corrupción, injusticia e impunidad. Sin embargo, cuando esto no ocurre, cuando muy al contrario de la expectativa jurídica lo que se tiene es precisamente lo antes citado, estamos frente a una verdadera ficción gubernamental, y en ese momento no solo es válido, sino además justo, denunciar que estamos frente a un “Estado inconstitucional de derechos”.

La función garantista del derecho penitenciario

Después de todo lo referido y partiendo de la tesis de que el neopositivismo, o garantismo, es una nueva corriente filosófica-política que ha generado una concepción distinta en la forma en que se crea y administra el derecho en muchos de los países latinoamericanos (Colombia, Argentina, Chile y México, entre otros), se debe comprender que la observancia de los derechos humanos ha jugado un papel primordial en la administración estatal, y es por ello que no es extraño que el mismo derecho penitenciario tenga que sufrir una reestruc-

turación que permita la implementación y observancia de estos.

Durante décadas, el sistema penitenciario en México, y prácticamente también en Colombia, Guatemala, Argentina o Brasil —por citar algunos países de América—, ha sufrido un claro estancamiento (Rumbo Bonfil, 2013). Existen programas y leyes que se han modificado de forma reiterada, sumando abundantes reformas penitenciarias que han intentado adicionar una forma más eficaz de implementación de un modelo de administración carcelario más sano y adhiriendo inclusive reformas estructurales, en el caso mexicano, a los artículos 18 y 21 de la Constitución (García Ramírez, 2009), así como la incorporación de figuras tan importantes como el juez de ejecución de sanciones. Sin embargo, pareciera que todos esos cambios no han permitido la mutación del sistema y se han mantenido como meros intentos por sanear un sistema que se desmorona y colapsa ante la ineficacia de dichos ordenamientos jurídicos (Zepeda Lecuona, 2013).

Para el caso colombiano, al igual que sucedió en México en 2011, la Constitución Política colombiana también dispuso que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en el estado de excepción prevalecieran en el orden interno, así como que los derechos y deberes consagrados en la Carta se interpretaran de conformidad con dichos tratados. Con fundamento en dicha norma, la Corte Constitucional colombiana, a través de su jurisprudencia, ha venido ampliando el ámbito de protección de los derechos humanos fundamentales, acudiendo a los tratados y convenios de

derechos humanos y con fundamento en la teoría del “bloque de constitucionalidad” (Rumbo Bonfil, 2013).

Volviendo un poco al caso mexicano, Roldán Quiñones y Hernández Bringas (1998) realizan una crítica al sistema penitenciario al decir que “en estos tiempos en que amanece la democracia y nace una verdadera república, existe la necesidad imperiosa de reestructurar y modificar esa maquinaria de aplastamiento de la dignidad humana que es el sistema penitenciario” (p. 11). Aunque duras y frías las palabras de Roldán Quiñones y Hernández Bringas, sin duda representan la visión vigente de una realidad que difícilmente se puede negar o esconder: en los últimos años, la violencia en México y en general en el mundo ha crecido de una forma descomunal, lo que ha hecho necesario crear mecanismos que estén próximos a cubrir las “nuevas” necesidades sociales, que principalmente nacen de críticas como esta, que reprueban que los actos del Estado no acortan la brecha entre la realidad histórica y social y la tangibilidad normativa, que se reduce a una oscura ineficacia.

Muchos son los interrogantes que quedan sin resolver si se cuestionan la efectividad y la implementación de dichas reformas. El proceso penal ha sido para muchos una marejada de buenas y malas intenciones, desde la implementación de los juicios orales (México y Colombia incluidos) hasta la permanencia de figuras tan polémicas como el arraigo y, más recientemente, la adopción —de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación— de un carácter vinculante en las sentencias de la Corte Interamericana para las diversas instituciones judiciales y administrativas del Estado mexicano (Silva Meza, 2015).

Ya hace más de dos siglos, Cesare Beccaria (2000), el gran precursor de lo que ahora se conoce como la intervención penal mínima, decía que, “si hubiera una exacta y universal escala de las penas y de los delitos, tendríamos una común y probable medida de los grados de tiranía y libertad y del fondo de humanidad, o de malicia, de todas las naciones” (p. 7). Un estudio más a profundidad que lo dicho por Beccaria y su tratado de los delitos y las penas nos lo da Luigi Ferrajoli al ilustrarnos, en su teoría garantista, sobre cómo funciona el Estado y por qué la inoperancia de sus programas, pues el autor se plantea, en su teoría del garantismo penal, el garantismo como un tercer modelo de Estado de derecho (Ferrajoli, 2001).

En el modelo de Ferrajoli se destacan las insuficiencias del modelo liberal de Estado de derecho, pues recuerda que estas descansan en tres ideas básicas: la primera, la insuficiencia del Estado liberal para satisfacer las desigualdades sociales y económicas; la segunda es la necesidad de revisar los alcances de la legalidad, y la tercera idea es la proyección del modelo garantista a nivel global, en virtud de la decadencia del concepto de soberanía. Sostiene además que, al intentar superar estas desigualdades, se alcanza un estado de bienestar o, como él lo nombra, el *welfare state* (Ferrajoli, 1999). En consecuencia, y aunado a lo que nos propone Ferrajoli, se concluye que el Estado no logra resarcir estas desigualdades ni mucho menos brindar los mecanismos necesarios, como los de legalidad y bienestar social.

Posicionándonos desde la problemática de los centros penitenciarios, esto nos da mucho sentido, y si además agregamos que la vida

en prisión se vuelve destructiva debido a que nunca se reducen al mínimo los efectos nocivos del internamiento —como son el efecto de prisionalización, la despersonalización, el cambio de conducta, la agresividad, la depresión y el abandono familiar—, la brecha a la que hacíamos referencia se abre aún más. Lo que se debería hacer es favorecer más los vínculos sociales, la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas y el acceso a las prestaciones públicas, pues así podría comprobarse que la prisión ha perdido la función represiva, de castigo y venganza, para convertirse en un medio para recuperar a las personas que muestran conductas no adaptadas a la sociedad.

Con todo ello, y atendiendo el punto medular, lo cuestionable radica en la implementación efectiva de las reformas de 1991 y 2011, celebradas por todo lo alto en Colombia y México, respectivamente, y, en todo caso, también en lo decidido años más tarde en Colombia a partir de las sentencias T-153/98 y T-388/13 (Corte Constitucional de Colombia, 2013), que declararon el estado inconstitucional de cosas en el sistema carcelario en Colombia, así como los instrumentos jurídicos que para ello fueron adheridos a este sistema, ya tan deteriorado. Pero, entonces, teniendo todos estos elementos tan a la vista y tan claros, ¿cuáles son los elementos que hacen falta para concebir un sistema penitenciario conforme a la ley y con observancia de derechos humanos y los instrumentos internacionales de protección de las personas privadas legalmente de la libertad?

Sin duda, esa es la pregunta que se intenta responder a través del uso y la implementación de principios como el *pro homine*, el control de convencionalidad, el garantismo jurídico y

otros criterios jurídicos doctrinarios que llevan ya años tratando de adherirse a los modelos de justicia americanos como figuras novedosas y transitables, pero que, sin embargo, tienen muchos años más transitando de un continente a otro brindando la posibilidad de que los americanos aprendamos de la historia europea y de que reconozcamos de una vez por todas la urgencia de un reconocimiento de los derechos humanos real, sin simulacros y sí con mecanismos de acceso.

México y Colombia son países que, aún con todo lo que les pudiera criticar un Estado respetuoso de los acuerdos y tratados internacionales, han ratificado y adicionado un sinfín de instrumentos internacionales que observan la implementación de derechos humanos; sin embargo, esto no ha sido suficiente. La realidad social que nos golpea de frente da muestra de ello, además de que reclama que se termine de adherir lo que tanto hemos estado recalando a lo largo de estas páginas: la concepción positiva de leyes y tratados y la adición fáctica de estos en los procedimientos administrativos y judiciales. Es por ello que se debe analizar desde la raíz el problema penitenciario, puesto que, si el problema de su ineficacia no está en las leyes, la concepción de aquellas debe por consecuencia tener un problema más hondo y más complejo que su simple aplicación.

El derecho penitenciario debe ser visto hoy en día más como aquella facultad sancionadora del Estado y como la posibilidad del saneamiento social y de la implementación de políticas públicas que acerquen o, mejor dicho, terminen con la “brecha” entre la pena y su ejecución. El Estado ya no puede tan solo crear leyes cada vez más duras para inhibir

conductas antisociales y antijurídicas, tiene además que concebir los mecanismos para que aquellos sujetos que en estricto apego a la ley penal hayan cumplido con esa sanción tengan la posibilidad de “reinsertarse adecuadamente a la sociedad”, no solo en un afán garantista, sino como la única forma de prevenir nuevas conductas delictivas y de reincidencia.

En mención a lo anterior, se debe agregar también que esta posibilidad de reestructurar la función que guarda la sanción y ejecución de las penas proviene de la facultad *ius puniendi* del Estado; sin embargo, el Estado, además de contar con facultades, cuenta también con obligaciones en cuanto a lo determinado constitucional e internacionalmente, y dichas obligaciones radican —como ya se ha mencionado— en una condición *sine qua non* de la protección de los derechos de todas las personas legalmente privadas de la libertad. En ese sentido, la posición del Estado como garante de los derechos de estas personas habrá de darse, de acuerdo con el Dr. Sergio García Ramírez (2014), con apego a una triple dimensión (pp. 13-16):

- a. La primera dimensión tiene alcance general en relación con todas las personas sujetas a la “jurisdicción” de un Estado, como indica el artículo 1.º de la Convención Americana de los Derechos Humanos, entendida esta palabra en su más amplio significado, que abarca el poder efectivo de aquel, no solo su jurisdicción en sentido estricto, suma de atribuciones formales.
- b. En segundo término, el Estado tiene una “posición especial de garante”, esto es, cuenta con deberes más acentuados y particularizados en relación con la observancia de derechos humanos y con la capacidad de

llevar a cabo la tutela eficaz de esos derechos con medios propios.

- c. El Estado participa en lo que se denomina “garantía colectiva” de los derechos humanos. En este sentido, es garante de la observancia de tales derechos, junto con otros Estados vinculados por acuerdos de esa materia. Desde el momento en que la comunidad internacional resuelve reconocer extensamente la condición del individuo como titular de derechos que deben ser atendidos por aquella comunidad, a la luz de costumbres, pactos o tratados, los Estados ingresan en el régimen de garantía colectiva, implícito en diversos instrumentos, y explícito en el Convenio europeo de 1950.

De esta forma, debe quedar reconocido que el Estado garantista habrá de ser aquel que en ejercicio de sus facultades pueda ejercer y ejerza la protección integral de los derechos de los internos bajo estas tres condiciones: reconocimiento, garantía y observancia de los derechos fundamentales con estricto apego a lo contenido en los instrumentos internacionales.

Lo más importante es señalar que esta observancia de los derechos fundamentales, dentro de las obligaciones de las que forman parte hoy los Estados mexicano y colombiano, ha sido producto de una transición poco pacífica y bastante extensa, no solo por mencionar las ya multirreferenciadas reformas constitucionales, sino porque particularmente la incorporación de modelos garantistas en los nuevos modelos estatales de administración de justicia se ha ido gestando en México, Colombia, Chile y otros tantos países de América Latina con una actitud un tanto de obligación, dados los

múltiples casos de violaciones de derechos, así como las ya lamentables condiciones en que cohabitan cientos de presos en las cárceles de casi toda Latinoamérica.

Todo lo anterior se resume en que la actuación del Estado como ente garantista ha pasado de una facultad de este frente a sus soberanos a una obligación determinada por los múltiples compromisos internacionales; la sumisión de estos países al modelo garantista se ha dado —como se ha establecido con anterioridad— gracias al cumplimiento de una serie de pactos entre Estados que nos han traído por un sinuoso camino.

Conclusiones

En síntesis, se puede establecer que los derechos humanos son garantías jurídicas universales que protegen a los individuos y a los grupos de acciones que interfieren con las libertades fundamentales y la dignidad humana. Las normas de derechos humanos obligan a los gobiernos a hacer ciertas cosas y les prohíben hacer otras.

Desde esta perspectiva, ha quedado claro que el reconocimiento y la adopción de los derechos humanos en los modelos jurídicos, políticos y de administración de justicia de los Estados que se adhieren a y adoptan esta tendencia internacional tiene que permear no solo a todos los individuos que integran este Estado, sino además a todos los aspectos de su vida social y personal, teniendo claro que el Estado será el ente idóneo para la protección de dichos derechos y mucho más cuando se hayan reconocido por el máximo instrumento jurídico del que goza un país, que en estricto sentido es su Constitución Política.

Se suele pensar que, al garantizar los derechos humanos, la labor del Estado está terminada, pero no hay nada más falso que ello, puesto que no basta con el reconocimiento, sino que la obligación que nace de los llamados *derechos subjetivos* tiene que ver con defender, reclamar o protegerlos.

Las violaciones a los derechos humanos a las cuales se enfrentan miles de personas recluidas en los distintos centros penitenciarios de América hacen prueba fiel de las inconsistencias normativas y administrativas de los Estados, pues no solo se hacen evidentes con la creciente ola de violencia que se vive, con los movimientos migratorios y con la polarización social, sino que se presentan en muchos otros aspectos de nuestra vida cotidiana y especialmente en aquellos sectores que no figuran por ser un tema de poca importancia, en aquellos que no denotan preocupación puesto que son los sectores sociales más abandonados y más repudiados por la carga social que representan: estamos hablando, específicamente, del sistema penitenciario de América Latina.

Referencias

- Beccaria, C. (2000). *De los delitos y de las penas. Facsimilar de la Edición Príncipe en italiano de 1764, seguida de la traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (2000) *El problema de la guerra y las vías de paz*. Barcelona: Gedisa.
- Carpizo, E. (2015). *Retos constitucionales*. México: Porrúa.
- Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia T-388/13*. Recuperado de

- <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>
- Cruz Parceró, J. A. (2015). Concepto de derechos. En J. L. Fabra Zamora y V. Rodríguez Blanco (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (pp. 1503-1520). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferrajoli, L. J. (s. f.). ¿Qué es el garantismo? Recuperado de https://www.palermo.edu/Archivos_content/2018/derecho/abril/derecho-garantismo/ferrajoli.pdf
- Ferrajoli, L. J. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (3.ª ed.). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. J. (2001). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. J. (2011). *Principia juris. Teoría del derecho y la democracia*. Madrid: Trotta.
- García Ramírez, S. (2004). Crimen y prisión en el nuevo milenio. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 37(110). Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332004000200005
- García Ramírez, S. (2009). *La reforma constitucional penal ¿democracia o autoritarismo?* México: Porrúa.
- García Ramírez, S. (2014). *Presos y prisiones. El sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos*. México: Porrúa.
- Lara Laponte, R. (2016). *Derechos humanos, derechos políticos y justicia electoral*. México: Porrúa.
- Montero Zendejas, D. (2015). Los retos del Estado constitucional frente a la democracia participativa en Iberoamérica: soberanía y globalización (pp. 495-512). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3980/26.pdf>
- Roldán Quiñones, L. & Hernández Bringas, A. (1998). *Las cárceles mexicanas*. México: Grijalbo.
- Rumbo Bonfil, C. (2013). Los retos del proceso de reinserción social en el estado mexicano, frente a la figura del penitenciarismo en Colombia. *Revista Logos, Ciencia & Tecnología*, 5(1), 150-153.
- Silva Meza, J. (2015). La internacionalización de los Derechos Humanos, el turno de la justicia mexicana. En M. Carbonell Sánchez, H. Fix Fierro y D. Valadés (eds.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Derechos humanos* (tomo V, vol. 2) (pp. 451-477). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Upegui Mejía, J. C. (2009). Cuatro indicios de la influencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en el constitucionalismo colombiano. *Revista Derecho del Estado*, (23), 191-212.
- Zepeda Lecuona, G. (2013). *Situación y desafíos del sistema penitenciario mexicano*. México: México Evalúa, Centro de Análisis de Políticas Públicas, A. C. Recuperado de <http://www.mexicosos.org/dossier/estudios/228-situacion-y-desafios>