

**Análisis sociojurídico de la eficacia del artículo doce (12) de la constitución política a partir del garantismo de Luigi Ferrajoli.**

**Socio -legal analysis of the effectiveness of article twelve (12) of the political constitution from the guarantee of Luigi Ferrajoli.**

Ernesto Raúl Ariza De Castro<sup>1</sup>

Elvis Mercado Billar<sup>2</sup>

Corporación Universitaria Remington

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Programa de Derecho

2024

---

<sup>1</sup> Ernesto Raúl Ariza de Castro, estudiante de Especialización en Responsabilidad Contractual y Extracontractual del Estado, segundo semestre de la Corporación universitaria Remington de la ciudad de Medellín. Abogado egresado de la Corporación Universitaria Remington sede Bucaramanga, Correo electrónico: [ernesto.ariza.5008@miremington.edu.co](mailto:ernesto.ariza.5008@miremington.edu.co).

<sup>2</sup> Elvis Mercado Billar estudiante de Especialización en Responsabilidad Contractual y Extracontractual del Estado, de la Corporación universitaria Remington de la ciudad de Medellín. Abogado egresado de la Corporación Universitaria Remington sede Bucaramanga, Correo electrónico: [elvis.mercado.3586@miremington.edu.co](mailto:elvis.mercado.3586@miremington.edu.co)

## Resumen

El artículo trece de la Constitución Política establece que toda persona es libre y tiene derecho a la libertad personal. Sin embargo, la realidad muestra que muchas personas son privadas de su libertad, y a menudo se ven afectados sus derechos constitucionales. El objetivo de este artículo, es mostrar a la luz del pensamiento de Luigi Ferrajoli una herramienta útil para analizar la eficacia del artículo doce de la Constitución Política, ya que se enfoca en la protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, que estén en condiciones inhumanas, para concluir que al realizar un análisis sociojurídico de la eficacia del artículo doce de la Constitución Política a partir del Garantismo de Luigi Ferrajoli permite identificar deficiencias en la protección de los derechos constitucionales de las personas privadas de la libertad y proponer soluciones basadas en esta teoría. Este análisis puede contribuir a la mejora del sistema de justicia penal y a la protección efectiva de los derechos humanos en general, y de la población privada de la libertad en particular.

**Palabras clave:** modelo garantista, penas crueles, derechos humanos.

## Abstract

Article thirteen of the Political Constitution of Colombia establishes that every person is free and has the right to personal liberty. However, reality shows that many people are deprived of their liberty, and their constitutional. The objective of this article is to show, in the

light of Luigi Ferrajoli's thought, a useful tool to analyze the effectiveness of article twelve of the Political Constitution, since it focuses on the protection of the fundamental rights of persons deprived of liberty, who are in subhuman conditions, to conclude that by carrying out a socio-legal analysis of the effectiveness of article twelve of the Political Constitution based on Luigi Ferrajoli's Guarantee allows us to identify deficiencies in the protection of the constitutional rights of persons deprived of liberty and propose solutions based on this theory. This analysis can contribute to the improvement of the criminal justice system and the effective protection of human rights in general, and of the population deprived of liberty in particular.

**Key words:** guarantee model, cruel penalties, human rights.

## **Introducción**

El presente artículo, abordará un análisis socio jurídico del artículo doce (12) superior, el cual nos establece: “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, (Constitucion Politica de Colombia, 1991). Teniendo presente la teoría del garantismo Constitucional propuesto por Luigi Ferrajoli aportando a los derechos fundamentales que tienen las personas privadas de la libertad en Colombia, tanto la población masculina como la población femenina, observando las dificultades, las vulneraciones entorno a la problemática carcelaria frente a la efectividad de los Derechos Humanos.

El modelo garantista de Luigi Ferrajoli, se caracterizó por ser un esquema político fundado en derechos individuales. En el garantismo las instituciones políticas y jurídicas se

justifican no solo como “males necesarios”, sino también como instrumentos al servicio de los derechos. (Ferrajoli, 1995) Las condiciones como el hacinamiento en las cárceles, la falta de cobertura en salud, la infraestructura deficiente de los centros de reclusión y el abuso de autoridad atentan contra la dignidad de la población privada de la libertad en Colombia, materializándose situaciones de tortura y malos tratos.

### **La Problemática**

La falta de garantía a lo normado en el artículo doce (12) de la Constitución Política de Colombia, que a la letra versa: “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” CP, 1991, la vulnerabilidad de este derecho fundamental, se ve reflejado a diario en maltrato físico y verbal de la población privada de la libertad. Entre ellas se destacan: fracturas, golpes, aplicación del escorpión (esposado de manos y pies), amenazas de muerte, obligación a desnudarse, no permitir atención médica, acoso sexual, agresión y maltrato verbal a los visitantes. La mayoría de los casos han sido remitidos por competencia y muy pocos se han aperturado a una investigación disciplinaria.

De acuerdo a lo anterior podemos formular: ¿Cuál es la eficacia del artículo doce (12) de la Constitución Política en comento, a partir del garantismo de Luigi Ferrajoli? El análisis sociojurídico de la eficacia del artículo doce (12) de la Constitución Política a partir del Garantismo de Luigi Ferrajoli es una tarea relevante y necesaria en cualquier sociedad que aspire a ser justa y democrática. El Garantismo de Ferrajoli establece que el Estado debe

garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales a través de mecanismos concretos y efectivos.

Este análisis sociojurídico de la eficacia del artículo doce de la Constitución Política a partir del Garantismo de Luigi Ferrajoli radica en la importancia de garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales de la población privada de la libertad en una sociedad democrática y justa. En donde inferimos que, puede contribuir a la identificación de deficiencias en la protección de los derechos constitucionales y a la propuesta de soluciones efectivas para mejorar la situación de las personas privadas de la libertad. Por lo tanto, es de gran importancia porque permite identificar:

- 1) Las deficiencias en la protección de los derechos constitucionales de las personas privadas de la libertad.
- 2) Proponer soluciones basadas en la teoría del Garantismo.
- 3) Asimismo evaluar y mejorar la protección de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad.

## **1. Contexto Doctrinal Luigi Ferrajoli**

El garantismo de Ferrajoli, nace en el derecho penal como una réplica a las controversias o divergencias en contraste con la normativa constitucional con lo que realmente pasaba en la realidad y divide su libro en varias fases:

A. Modelo normativo de derecho garantismos: para esto, el sistema debe ser apegado a la estricta legalidad con control del poder sistema que tutele garantías y libertades derechos y

minimice la violencia, sistema jurídico donde las normas sean claras y precisas es garantista quien cumpla con esos parámetros. Diferencia entre derechos y lo que es la garantía (Ferrajoli, 2006).

B. Teoría jurídica de validez y de efectividad: garantismo significa que el derecho pueda justificarse de manera interna si las normas jurídicas se ajustan a lo que está en la constitución para ver si dicha norma es válida y vigente. Una norma puede ser vigente a su vez y no se puede decir que es válida, ya que la validez depende de la conformidad material y o de la conformidad sustantiva con los derechos fundamentales y con el conjunto supremo del ordenamiento que se trate. Ciencia jurídica, separación entre derecho y moral, diferente entre delito y pecado y la no necesariamente aplicación entre validez y vigencia (Ferrajoli, 2008).

C. Filosofía política que pone al derecho y al estado la carga de justificarse: así mismo para el garantismo estos no son entes naturales son entes artificiales que tienen que justificarse (para eso no desde el plano interno, no desde el derecho porque sería autoritarista, debe hacerse desde el plano externo es decir desde principios éticos políticos principios meta jurídicos que estén por fuera del sistema jurídico), Thomas Hobbes dice en el leviatán “el estado es un artificio creado por la razón humana, es algo artificial diferente a algo natural como lo es el agua, la lluvia” (Hobbes, 1651).

Hace la separación del derecho y la moral, modelo de ciencia jurídica, cumplir con los intereses generales los derechos fundamentales en un estado social de derecho, “La justificación externa es la que expresa los valores extras o meta jurídicos fundamentales a los intereses que la

necesidad de naturales cuya satisfacción representa la justificación o razón de ser" (Locke, 1990).

D. Garantismo: en efecto significa tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción contra intereses de la mayoría es el fin justificador del derecho penal. La inmunidad de los ciudadanos contra lo arbitral de los castigos, la defensa de los débiles mediante la máxima todos somos iguales ante la ley, la dignidad de la persona y la garantía de la libertad mediante el respeto a su verdad.

E. Teoría del derecho: las fuentes del derecho agregan un grado de complejidad que supone la fisiológica presencia en el ordenamiento de lagunas y antinomias, es decir, la falta de normas que deberían existir para poder tener un ordenamiento jurídico completo con todas las garantías con el desarrollo de todos los mecanismos de tutela que permitan dar efectividad a los derechos fundamentales. Cuando se habla del Garantismo de Luigi, se habla de una filosofía política o teoría de la justicia. (Ferrajoli, 2008).

## **2. Mecanismos especializados de protección de derechos humanos frente a la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes:**

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT). Aunque la prohibición de la tortura estaba establecida en todos los principales instrumentos de derechos humanos, la gravedad y la continua práctica de la tortura necesitaban una regulación más detallada y de un mecanismo eficaz de supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales. Por esta razón, la comunidad internacional decidió

redactar la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT), la cual fue adoptada en 1984.

Comité contra la Tortura: La Convención contra la Tortura no sólo definió la tortura, sus elementos y modalidades. El artículo 17 también estableció el Comité contra la Tortura, que es un órgano de vigilancia de la Convención contra la Tortura, el cual inició sus actividades en 1987. Está integrado por diez expertos elegidos por los Estados Partes con un mandato de cuatro años. Sus sesiones ordinarias se llevan a cabo en Ginebra, en mayo y noviembre, en periodos de sesiones de tres y dos semanas, respectivamente. Sus principales funciones son:

1. Recibir y examinar informes de los Estados Partes. Recibir comunicaciones de un Estado contra otro.
2. Elaborar recomendaciones u observaciones generales.
3. Recibir y tramitar peticiones individuales.

## **2.1 Determinación de existencia de prácticas sistemáticas de tortura en los Estados parte**

**(Artículo 20):** El artículo 20 de la Convención establece que «Si el Comité recibe información fiable que a su juicio parezca indicar de forma fundamentada que se practica sistemáticamente la tortura en el territorio de un Estado parte, invitará a ese Estado parte a cooperar en el examen de la información y a tal fin presentar observaciones con respecto a la información de que se trate» (PIDCP, 1966)

El Comité tiene, además, la facultad de iniciar investigaciones de conformidad con el artículo 20 de la Convención. El Comité ha realizado investigaciones de oficio en Turquía (1993), Egipto (1993), Perú (2001), Sri Lanka (2002), México (2003). El Comité para este procedimiento tiene que:

1) En una primera etapa, determinar si se practica sistemáticamente la tortura en un determinado Estado. Para esto, realiza un examen preliminar de la información fiable y le solicita al Estado que formule observaciones al respecto.

2) En una segunda etapa, una vez establecida la práctica sistemática, el Comité realiza una investigación confidencial sobre el particular, pudiendo visitar el país en cuestión, buscando en todo momento la cooperación del Estado.

3) En una tercera etapa, el Comité aprueba un informe con sus conclusiones, observaciones y recomendaciones que lo transmite de manera confidencial al Estado, que debe informar en un plazo razonable sobre el cumplimiento de las recomendaciones.

4) Finalmente, el informe es publicado con un resumen de los resultados de la investigación

Este procedimiento se activa cuando un Estado considera que otro Estado parte no cumple con las disposiciones de la Convención y después de haber enviado una comunicación escrita y haber recibido una explicación o una declaración, el asunto no se resuelve a satisfacción, cualquiera de ambos Estados partes tendrá derecho a someterlo al Comité, mediante

notificación dirigida al Comité y al otro Estado. El procedimiento es confidencial y «el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados Partes interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto de las obligaciones establecidas en la presente Convención». (PIDCP, 1966). Dentro de los doce meses, el Comité presentará un informe en el cual se expondrá los hechos y, en caso de acuerdo, la solución convenida.

Trámite de un caso individual (Art. 22): Para que el Comité pueda recibir comunicaciones de individuos víctimas de tortura es necesario que el Estado que ejerce la jurisdicción haya aceptado la competencia del Comité. Éste es un procedimiento en contradictorio, con dos fases, la primera de admisibilidad y la segunda de fondo, que termina con un informe donde se concluye si hubo violación de la Convención e incluye las recomendaciones del Comité al Estado. Colombia ratificó la Convención en diciembre 1987, pero no ha aceptado la competencia del Comité para tramitar peticiones individuales (otorgada por el artículo 22), ni la competencia para tramitar comunicaciones interestatales (artículo 21), de manera que, respecto de Colombia, el Comité puede solamente hacer procedimientos de investigación bajo el artículo 20. Quienes aleguen que han sido víctimas de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, pueden presentar comunicaciones o peticiones individuales ante el Comité de Derechos Civiles y Políticos, establecido por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, invocando la vulneración del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966).

En el Congreso de la República, el ministro de Relaciones Exteriores radicó el Proyecto de Ley para la ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Este Protocolo Facultativo fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre del 2002, entrando en vigor el 22 de junio del 2006 y su objetivo principal es prevenir la tortura, abriendo los lugares de detención al escrutinio por parte de entidades independientes. La radicación del Proyecto de Ley evidencia la disposición del Gobierno nacional de tomar medidas efectivas a fin de solventar las problemáticas acaecidas en las cárceles en Colombia y de crear mecanismos efectivos para la prevención de la tortura. De igual forma, reitera la disposición del gobierno en trabajar articuladamente con los organismos de Naciones Unidas. (Cancillería de Colombia, 2023)

El OPCAT es un tratado internacional complementario a la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas que permite enfocar la acción del Estado en la prevención de estos crímenes en cualquier lugar donde haya personas privadas de la libertad en el país, de la mano de un Subcomité compuesto por diez expertos internacionales independientes, quienes realizan una visita inicial al Estado para hacer un diagnóstico y algunas recomendaciones sobre el tratamiento de personas privadas de su libertad y las mejores formas de prevenir la tortura.

Colombia es uno de los pocos países de Latinoamérica que aún no ha ratificado este instrumento. Hasta ahora los diferentes gobiernos justificaron su decisión de no ratificarlo en la existencia de una institucionalidad fuerte para prevenir la tortura en Colombia, a pesar de

décadas de llamados de las víctimas y de las organizaciones de derechos humanos que, como la Coalición Colombiana contra la Tortura -CCCT-, han denunciado la persistencia de este crimen en diversos contextos en nuestro país y han pedido la ratificación de este instrumento.

Por su parte, Óscar Ramírez, vocero de la Coalición Colombiana Contra la Tortura, expresó:

“El objetivo del OPCAT es establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. (Coljuristas, 2023)

### **Conclusiones**

En general, se podría concluir que, aunque la Constitución de Colombia y el garantismo de Ferrajoli establecen importantes garantías para la protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, aún existen desafíos significativos en la aplicación efectiva de estas garantías en la práctica. Las condiciones en las prisiones colombianas son a menudo duras y peligrosas, y la violencia, el hacinamiento y la falta de acceso a servicios básicos, incluyendo atención médica y legal, son problemas persistentes que afectan a la población carcelaria en Colombia. Por lo tanto, se necesitan medidas más efectivas para garantizar el pleno respeto de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en Colombia.

Una aplicación efectiva del artículo doce (12) de la Constitución Política de Colombia y del enfoque del Garantismo de Luigi Ferrajoli podría tener un impacto significativo en la

protección de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, lo que contribuiría a construir una sociedad más justa y equitativa, respetuosa de los derechos humanos y de la dignidad humana.

Se garantizaría su protección contra la tortura, tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes, lo que contribuiría a mejorar su calidad de vida y a respetar su dignidad como seres humanos. Aunado a lo anterior y con el fin de precisar algunos aspectos sobre el tema, podemos relacionar o enumerar lo siguiente:

1). Garantismo en efecto significa tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción contra intereses de la mayoría es el fin justificador del derecho penal, la inmunidad de los ciudadanos contra lo arbitral de los castigos, la defensa de los débiles mediante la máxima todos somos iguales ante la ley, la dignidad de la persona y la garantía de la libertad mediante el respeto a su verdad.

2). Todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

3). El uso de los medios de tortura fue condenado por la Declaración de los Derechos Humanos de 1948. El primer texto jurídico internacional para prohibir específicamente la “tortura” fue la declaración universal de los Derechos Humanos.

## Referencias

- Cancillería de Colombia*. (2023). Obtenido de <https://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/administracion-nos-hemos-trazado-poner-encima-cualquier-otra-consideracion-derechos>
- Coljuristas*. (7 de Febrero de 2023). Obtenido de [https://www.coljuristas.org/sala\\_de\\_prensa/gobierno-nacional-radico-proyecto-de-ley-para-ratificacion-el-protocolo-facultativo-de-la-onu-contra-la-tortura](https://www.coljuristas.org/sala_de_prensa/gobierno-nacional-radico-proyecto-de-ley-para-ratificacion-el-protocolo-facultativo-de-la-onu-contra-la-tortura)
- (Constitucion Politica de Colombia, 1991). Obtenido de <https://leyes.co/constitucion/12.htm>
- Ferrajoli, L. (1995). Altamirano, Madrid, España: Trotta, S.A. doi:ISBN 84-8769994-4
- Ferrajoli, L. (2006). Madrid, España: Trotta. doi:ISBN: 9706444734
- Ferrajoli, L. (04 de ABRIL de 2008). Madrid, Madrid, España: Trotta S:A. doi:ISBN: 9788498790054
- Ferrajoli, L. (2008). Madrid, Madrid, España: Trotta. doi:9788498790054
- Hobbes, T. (1651). *El Leviatan*.
- Locke, J. (1990). *Questions concerning the Law of Nature*. Ithaca: R. Horwitz, J. Strauss Clay y D. Clay.
- PIDCP*. (1966). Obtenido de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>