

# Estudios de Derecho

Fundada en 1912



UNIVERSIDAD  
DE ANTIOQUIA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Año LXXVIII – segunda época  
Enero - junio de 2021  
Volumen LXXVIII, N.º 171

ISSN-e: 2145-6151  
ISSN-L: 0120-1867  
Estud. Derecho

# Estudios de Derecho

Directora  
**Luisa Fernanda Cano Blandón**

Editora temática invitada:  
**Diana Patricia Arias Holguín**

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
MEDELLÍN, COLOMBIA

Año LXXVIII- segunda época.  
Enero - junio 2021  
No. 171

## **Directora**

Luisa Fernanda Cano Blandón  
Doctora en Derecho, profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Universidad de Antioquia, Colombia.

## **Comité Editorial**

María Rocío Bedoya Bedoya	Doctora en Gobierno y Asuntos Públicos, profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia.
Mónica Vásquez Alfaro	Doctora en Derecho, profesora del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte, Colombia.
Adrián Albala	Doctor en Ciencia Política, profesor en el Instituto de Ciencia Política de la Universidad de Brasilia, Brasil.
Manuel Alberto Restrepo Medina	Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia.
Karen Isabel Cabrera Peña	Doctora en Derecho, profesora del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte, Colombia.
Gloria Amparo Rodríguez	Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, profesora de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia.
Mónica María Bustamante	Doctora en Derecho, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia.
Andrés Gómez Rey	Magíster en Derecho Administrativo, profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia.
Julia Sandra Bernal Crespo	Doctora en Derecho, profesora del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte, Colombia.
Diego Eduardo López Medina	Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Colombia.
Sorily Figuera Vargas	Doctora en Derecho, profesora de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Ecuador.
Carolina Isaza Espinosa	Doctora en gobierno y administración pública, profesora en la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia, Colombia.
Alessandro Somma	Doctor en derecho comparado, profesor del Departamento de Jurisprudencia de la Università degli Studi di Ferrara, Italia.
Gerardo Antonio Durango Álvarez	Doctor en Derechos Fundamentales, profesor de la Facultad de Ciencias Humanas y Económicas de la Universidad Nacional de Colombia, Colombia.

Martha Esthela Gómez Collado	Doctora en Paz, Conflictos y Democracia, profesora de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales Universidad Autónoma del Estado de México, México.
Diego M. Papayannis	Doctor en Derecho, profesor del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Girona
Mary Luz Alzate Zuluaga	Doctora en Ciencia Política, profesora de la Facultad de Ciencias Humanas y Económicas de la Universidad Nacional de Colombia, Colombia.
Jorge Eduardo Vásquez Santamaría	Magíster en Derecho, profesor de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, Colombia.
Mercedes Fernández López	Doctora en Derecho, profesora del área de Derecho Penal de la Universidad de Alicante, España.

## Comité Científico

Marcelo Cavarozzi	Doctor en Ciencia Política, profesor de la Universidad Nacional de San Martín, Argentina.
Victoria Camps	Doctora en Filosofía, profesora del Departamento de Filosofía de la Universidad Autónoma de Barcelona, España.
Silvia Barona Vilar	Doctora en Derecho Procesal, profesora del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, España.
Juan Carlos Monedero	Doctor en Ciencia Política, profesor del Departamento de Ciencia Política y de la Administración en la Universidad Complutense de Madrid, España.
Jaime Pastor Verdú	Doctor en Ciencia Política, profesor colaborador honorífico del Departamento de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España.
Manuel Atienza Rodríguez	Doctor en Derecho, profesor del Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Privado de la Universidad de Alicante, España.
Guillermo Lariguet	Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Miembro del Programa en Ética y Filosofía Política de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.
Ricardo Hoyos Duque	Exmagistrado del Consejo de Estado. Profesor universitario, Colombia.
Juan Antonio García Amado	Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de León, España.
Benoit Delooz Brochet	Doctor en Ciencias Jurídicas, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile, Chile.
Juan Antonio Cruz Parcero	Doctor en Derecho, investigador del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Jean Pierre Matus A.	Doctor en Derecho Penal, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Chile.
Josep Maria Vallès	Profesor emérito de la Facultad de Ciencias Políticas y de la Administración de la Universitat Autònoma de Barcelona, España.
Adrián Rentería Díaz	Doctor en Filosofía Analítica y Teoría General del Derecho por la U. de Milán. Profesor de Filosofía del Derecho en la Università degli studi dell'Insubria, Italia.
Coordinador editorial:	Santiago Carmona Cardona
Auxiliares:	Paula Andrea Chaverra Madrid
Edición y revisión de textos	Laura Marcela Bedoya Álvarez
Comunicaciones:	Pamela Natalia Zamora Giraldo
Traducción y revisor de textos en inglés y portugués	Elvira Yannett Angel Franco
Diseño y diagramación	Agencia de Traducción Universidad de Antioquia
Impresión	Carolina Velásquez Valencia, Imprenta Universidad de Antioquia
	Imprenta Universidad de Antioquia Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13 Correo electrónico: <a href="mailto:imprenta@udea.edu.co">imprenta@udea.edu.co</a>

*Estudios de Derecho* aparece registrada en los siguientes índices y bases bibliográficas:

- Dialnet
- Zenodo
- Web Of Science (Emerging Sources Citation Index)
- Lexbase
- Sociological abstracts
- International Bibliography of the Social Sciences
- CLASE
- Latindex
- EBSCO PUBLISHING
- MIAR
- International Bibliography of the Social Sciences (IBSS)
- International Political Science Abstracts (IPSA)
- Political Science Complete
- vLex
- Worldwide Political Science Abstracts
- Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico (REDIB)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Biblat
- LatinRev
- Academia.edu
- American History and Life
- ERIH PLUS
- DOAJ
- HeinOnline



El contenido de esta revista está amparado bajo licencia de Creative Commons:  
Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional. 4.0 Internacional.

ISSN-L: 0120-1867

Estud. Derecho

Hecho en Colombia / Made in Colombia

Portadas y separatas:

Silvia Alejandra Cifuentes Manrique

Angélica Rubiano Vélez

Esta revista contó con el aporte del Fondo de apoyo para la publicación de las revistas especializadas de la Universidad de Antioquia

CANJE / EXCHANGE / PERMUTA / AUSTAUSCH VON PUBLIKATIONEM

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

Dirección: calle 70 No. 52-72, oficina 404, edificio de Extensión

Teléfono: (574) 219 58 55

Correo electrónico: [revistaestudiosdederecho@udea.edu.co](mailto:revistaestudiosdederecho@udea.edu.co)

Página web: [www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho](http://www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho)

## Índice

### Editorial

#### **Política criminal, reclusión y derechos humanos en la era del encarcelamiento masivo**

*Diana Patricia Arias Holguín*.....8-11

### **Teoría heterogénea del concepto de persona en derecho**

*Franco Alirio Ceballos Rosero* .....12-35

### **Crítica do direito: perspectivas contemporâneas**

*Ricardo de Macedo Menna Barreto*.....36-64

### **De la cárcel al barrio.**

#### **Caracterización cualitativa de la reincidencia criminal en Colombia**

*Libardo José Ariza, Manuel Iturralde, Fernando León Tamayo Arboleda* .....65-87

### **Cárceles para mujeres: la necesidad de implementar el enfoque de género en el proceso de superación del estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria y carcelaria en Colombia**

*Kelly Giraldo Viana*.....88-116

### **Crisis en los sistemas penitenciarios: derechos humanos, hacinamiento y desafíos de las políticas criminales. Una aproximación desde la producción bibliográfica**

*William Chará Ordóñez* .....117-138

### **La detención domiciliaria para las madres reclusas en Colombia en garantía del principio de interés superior del niño**

*Ethel Maydú García Patiño, Delia Alejandra Pérez López*.....139-170

**Sistema penal y revolución de las sociedades de control: suplicio, prisión e inocuic平ación. Desde la sociedad de control al control de la sociedad**

*Manuel L. Ruiz-Morales* ..... 171-199

**Courts of Accounts go to prison: administration of public resources in securing prisoners' rights**

*Carolina Cutrupi Ferreira* ..... 200-222

**Decisión judicial y situación carcelaria en Colombia: la encrucijada de los fallos estructurales**

*Diego Mauricio Olarte Rincón* ..... 223-244

**La influencia del proceso de vinculación laboral en la resocialización de los sancionados penalmente. Sus particularidades en Cuba**

*Jorge Luis Barroso González, Leidy Rodríguez León* ..... 245-270

**La paradoja del uso racional de la fuerza. Cárcel colombianas en tiempos de COVID-19**

*Norberto Hernández Jiménez, María Catalina Rodríguez -Borrero, Valeria Echeverry Rodríguez* ..... 271-296

**Justicia restaurativa y resiliencia familiar de las personas privadas de libertad en México**

*Rafael Cantizani Maíllo* ..... 297-318

**Cárcel legal y Cárcel real: una mirada a los derechos fundamentales de los reclusos en el municipio de Segovia (Antioquia)**

*Juan David Posada Segura, Cristian Leonel Guardia López* ..... 319-351

**La función selectiva del sistema penal por el origen étnico y el género, según los datos de mujeres extranjeras en prisión en España por tráfico de drogas**

*Gloria González Agudelo* ..... 352-387

**El estado patológico del sistema de salud penitenciario en Chile**

*Jörg Stippel, Luis Vergara, Paula Medina* ..... 388-416

**Instrucciones para quienes deseen publicar en la revista Estudios de Derecho** ..... 417

## Editorial

### Política criminal, reclusión y derechos humanos en la era del encarcelamiento masivo

Diana Patricia Arias Holguín\*

La残酷 en el castigo penal, el hacinamiento carcelario, el abuso de la prisión preventiva y una selección de la población carcelaria de las zonas de mayor marginación social son notas características de lo que se ha denominado, en el debate contemporáneo, como la era del encarcelamiento masivo que viven, no sólo los países europeos y Estados Unidos, sino también los países latinoamericanos.

Tal situación se puede corroborar, desde el punto de vista empírico, fijando la atención en la relación que existe, en países tan diversos como Estados Unidos y Colombia, entre prisión y hacinamiento. En el primer caso, como relata Zysman (2013), la precariedad en aspectos como la alimentación, la salud y el ocio de las personas recluidas, llegó a tal punto que “no se teme utilizar el término tortura para describir el efecto del hacinamiento carcelario en los presos” (*Brown v. Plata*, 2011; Newman y Scott, 2012). En Colombia, el trato proferido a las personas privadas de la libertad en los Centros de Reclusión Transitoria evidencia el descenso hasta límites inadmisibles desde la perspectiva del derecho a vivir libre de humillaciones. Por ejemplo, las estaciones de policía de Medellín, y otros sitios de reclusión transitoria del Valle de Aburrá, tienen una capacidad total de habitabilidad de 683 personas. Sin embargo, para el día 21 de noviembre de 2020, se reportaron 2.556 personas detenidas en estos lugares que, por su destinación (una restricción de la libertad no superior a 36 horas), no tienen las condiciones mínimas de infraestructura, salud y demás mínimos constitucionales que el Estado debe garantizar en atención a la relación de sujeción que se establece entre este y las personas privadas de la libertad.

\* Profesora titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia. Correo electrónico: diana.arias@udea.edu.co. ORCID: 0000-0002-0675-4888

En la misma línea, en un caso conocido recientemente por el Consejo de Estado se declaró la responsabilidad del Ministerio de Justicia, del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- y de la Unidad Especial de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC-, “por los daños a la dignidad e integridad causados por las condiciones inhumanas que padecieron las mujeres que estuvieron recluidas en el pabellón femenino del EPCMS del Cundinamarca, en Florencia Caquetá, en cualquier momento entre el 1 de enero de 2012 y el 14 de junio de 2013”<sup>1</sup>. Tal decisión adquiere especial relevancia porque reconoce que, en el contexto de una estrecha relación de sujeción con el Estado, las personas privadas de la libertad en Colombia padecen tratos crueles, inhumanos y degradantes y las autoridades competentes son responsables de ello.

En este número, Estudios de Derecho aborda estos y otros debates actuales alrededor de la política criminal, la reclusión y los derechos humanos en la era del encarcelamiento masivo. Me referiré, a continuación, a algunas de las contribuciones publicadas en esta oportunidad.

En primer lugar, los límites a la efectividad de los fallos constitucionales que se han ocupado de tal situación en Colombia son objeto de reflexión en “**Decisión judicial y situación carcelaria en Colombia: la encrucijada de los fallos estructurales**”, artículo que aborda las limitaciones de tales decisiones para lograr un impacto real en la superación del estado de cosas inconstitucional.

En segundo lugar, una mirada a la intervención judicial respecto de las condiciones carcelarias se presenta en el artículo **Courts of Accounts go to prison: administration of public resources in securing prisoners' rights**. De su lectura puede inferirse que la experiencia en el control constitucional de las condiciones carcelarias en Brasil está en un momento distinto a la discusión constitucional colombiana. Pese a que el artículo enfoca la atención en una auditoría realizada por el Tribunal Federal de Cuentas al sistema penitenciario, y fija la mirada en aspectos presupuestales y de políticas públicas, se encuentran puntos en común en ambos sistemas penitenciarios. Uno de ellos es la tendencia al encarcelamiento por encima de la capacidad del sistema para albergar a las personas encarceladas en unas condiciones conformes a los estándares internacionales de derechos humanos de los recluidos.

En tercer lugar, **Cárceles para mujeres: la necesidad de implementar el enfoque de género en el proceso de superación del estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria y carcelaria en Colombia** pone la vida de las mujeres, y la atención diferencial que requieren, en las coordenadas del debate sobre el estado de cosas inconstitucional en las cárceles colombianas,

---

1 Sentencia del 20 de noviembre de 2020. Radicación 18001233300020130021601, Sección Tercera. Consejero Ponente Alberto Montaña Plata.

al punto que explica la forma en que las mujeres ven rerudcidas las condiciones inconstitucionales de la reclusión. Desde este enfoque diferencial también se encuentra, en cuarto lugar, el artículo **La Detención Domiciliaria para las Madres Reclusas en Colombia en Garantía del Principio de Interés Superior del Niño** el cual involucra, además, la perspectiva de los menores, como sujetos de especial protección constitucional que también viven las condiciones degradantes de la vida en las prisiones colombianas.

En quinto lugar, el artículo **La función selectiva del sistema penal por el origen étnico y el género, según los datos de mujeres extranjeras en prisión en España por tráfico de drogas**, con una mirada interseccional, describe los procesos de selectividad penal que operan en España en la política criminal que se activa contra el tráfico de drogas. Evidencia, con rigor metodológico y empírico, la relación entre cárcel y marginalidad, y el rerudcimento de la selectividad con la que opera el sistema penal cuando, además, se verifican condiciones diferenciales relativas al origen étnico y al sexo. Este análisis se realiza en materia de tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, asunto que ha llevado al encarcelamiento masivo selectivo de las personas más vulnerables en el continente americano, ya sea con ocasión de la raza, del sexo o la pobreza. (Chaparro y Pérez, 2017).

En efecto, la selectividad y la marginalidad son las condiciones que caracterizan las instituciones a través de las cuales se profiere el dolor penal en los distintos contextos sociales. Por ejemplo, en Estados Unidos Zysman (2013) señala que la población carcelaria está conformada, principalmente, por afrodescendientes y latinos, mientras que, en Europa, tal población es mayoritariamente inmigrante (Brandariz, 2014). En Colombia, la situación penitenciaria parece responder a los rasgos de una política criminal que, en todos sus segmentos de criminalización (primaria, secundaria y terciaria), se caracteriza por la exclusión, la incapacitación, la selectividad y la desigualdad. Así, la selección de quiénes vivirán el encarcelamiento se concentra en la población más marginada de los modos de apropiación económica y cultural de los sistemas sociales, situación que quedó evidenciada en el mal manejo institucional de la pandemia causada por el coronavirus en los establecimientos de reclusión del país, incluyendo los centros de reclusión transitoria.

En sexto lugar, el estudio **De la cárcel al barrio. Caracterización cualitativa de la reincidencia criminal en Colombia**, a través de técnicas cualitativas, aporta una mirada desde las personas recluidas en la Cárcel Modelo de Bogotá que han tenido la experiencia de más de un encarcelamiento, sobre algunas de las condiciones que dificultan los procesos de inserción en el sistema social. Además, aporta datos acerca de los perfilamientos policiales en los que se expresa la selectividad y la desigualdad, en este caso, de los procesos de criminalización secundaria. También alerta sobre la implementación de métodos de predicción

de la reincidencia en Colombia, a partir del perfilamiento de las personas que podrían reincidir.

Los artículos mencionados son solo algunos de los textos que conforman este número de la revista *Estudios de Derecho* de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia que, de manera general, presenta estudios criminológicos y político criminales que amplían la mirada académica en asuntos concretos para mostrarnos las regularidades del ejercicio del poder de castigar en varios países. La producción académica que respondió a la convocatoria “Política criminal, reclusión y derechos humanos en la era del encarcelamiento masivo” cumple, de esta manera, el propósito de conocer y divulgar estos ejercicios académicos para reflexionar, desde una perspectiva interdisciplinaria (criminología, política criminal, derecho penal, derecho constitucional, etc.), sobre los procesos de selección, exclusión y degradación que caracterizan la criminalización y, principalmente, sobre los costos que esta representa en términos de libertades y vidas humanas.

## Referencias bibliográficas

- Brandaniz García, J. A. (2014). *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea*. Madrid: Dikison, pp. 137 y ss.
- Chaparro, S. y Pérez, C. (2017). *Sobredosis carcelaria y política de drogas en América latina*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.
- Zysman, D. (2013). *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*. Madrid: Marcial Pons.
- Newman, W. J. y Scott, Ch. L. (2012). Brown v. Plata: Prison Overcrowding in California”. *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online December*, 40 (4), 547-552.



*Serie Desde la raíz.* Fotografía Digital. Silvia Alejandra Cifuentes Manrique

**Estudios  
de Derecho**  
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD  
DE ANTIOQUIA**

# Teoría heterogénea del concepto de persona en derecho\*

Franco Alirio Ceballos Rosero\*\*

## Resumen

Persona es un concepto central del Derecho, pues es a la vez su eje al girar sobre este el constructo jurídico como sujeto de derechos. Persona es un concepto antropocéntrico equivalente a ser humano, sea en su ser biológico, o bajo la figura de las personas jurídicas, que son de su creación. Sin embargo, ante la crisis ecológica, social y humana que atravesamos, se han abierto paso sujetos de derechos no humanos tales como los ecosistemas o algunos seres sintientes, desantropologizando el Derecho: ¿Personas no humanas? Ante la transformación que atraviesa el Derecho con la irrupción de los sujetos de derecho no humanos, se hace urgente delinear una teoría alternativa para el concepto de persona, en un espectro de derechos más amplio, incluyente y heterogéneo. El siguiente texto, desde una metodología dogmática, presenta el punto de partida para la construcción de una Teoría Heterogénea del concepto de Persona en Derecho.

**Palabras clave:** persona(s); derecho(s); ser humano; ecosistemas; seres sintientes.

## Heterogeneous theory of the concept of person in Law

## Abstract

Person is a central concept of Law, as it is both its axis when turning it on the legal construct as a subject of rights. Person is an anthropocentric concept equivalent to human being, whether in his/her biological being or under the figure of legal persons, which are of their creation. However, given the ecological, social, and human crisis that we are going through, subjects of non-human rights such as ecosystems or some sentient beings have started to be part of the picture, de-anthropologizing Law: Non-human people? Given the transformation that the Law is going through with the irruption of non-human Law subjects, it is urgent to delineate an alternative theory for the concept of person, in a broader, inclusive and heterogeneous spectrum of rights. From a dogmatic methodology, the following text presents the starting point for the construction of a heterogeneous theory of the concept of person in Law.

**Keywords:** person(s); law(s); human being; ecosystems; sentient beings.

## Teoria heterogênea do conceito de pessoa em direito

## Resumo

Pessoa é um conceito central do Direito, pois é o eixo central ao girar sobre a construção teórica jurídica como sujeito de direitos. Pessoa é um conceito antropocêntrico equivalente ao ser humano, seja em seu ser biológico, ou sob a figura das pessoas jurídicas, que são de sua criação. Porém, diante da crise ecológica, social e humana que atravessamos, foi feito um caminho para sujeitos de direitos não humanos como os ecossistemas ou alguns seres vivos desantropologizando o Direito: pessoas não humanas? Diante da transformação que atravessa o Direito com a irrupção dos sujeitos de direito não humanos, se faz urgente definir uma teoria alternativa para o conceito de pessoa, num espectro mais amplo de direitos, inclusivo e heterogêneo. O seguinte texto, desde sua metodologia dogmática, apresenta o ponto de partida para a construção de uma Teoria Heterogênea do conceito de Pessoa em Direito.

**Palavras-chave:** pessoa(s); direito(s); ser humano; ecossistemas; seres vivos.

\* Artículo de reflexión derivado de investigación. Propuesta exploratoria de tesis doctoral para una *Teoría heterogénea del concepto de persona en derecho*. Texto derivado del proyecto *Nuevos Sujetos de Derecho: Inteligencias Artificiales, Androïdes y Robots*, financiado por la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Pasto - Colombia. Investigadores Franco Ceballos Rosero y Romel Armando Hernández.

\*\* Abogado y Magister en Etnoliteratura (Universidad de Nariño), Colombia. docente e investigador Grupo la Minka, Facultad de Derecho Universidad Cooperativa de Colombia seccional Pasto. **Correo electrónico:** franco.ceballosr@campusucc.edu.co **ORCID:** 0000-0002-2706-224X

Cómo citar este artículo: Ceballos Rosero, F. A. (2021). Teoría heterogénea del concepto de persona en derecho.

*Estudios de Derecho*, 78 (171), 12-35

Doi: 10.17533/udea.esde.v78n171a01

**Fecha de recepción:** 08/06/2020 **Fecha de aceptación:** 31/08/2020



## Teoría heterogénea del concepto de persona en derecho

### Introducción

Las transformaciones del Derecho de corte antropocéntrico en sus cimientos, si bien son evidentes, no parece que vayan a afectar seriamente la forma en que este se enseña y se practica por el momento. Empezando por reconocer la pluralidad de sujetos de derecho o personas actualmente posibles gracias a la conquista de los derechos de la naturaleza y los seres sintientes, que deja de manifiesto la necesidad de buscar *lazos jurídicos* distintos al de la propiedad, para regular la vida entre los seres humanos y la naturaleza.

Esas transformaciones, si bien afectan los cimientos mismos del Derecho, poco efecto han tenido sobre una realidad que sigue siendo dominada por el dinero y la razón al servicio de este, como lo demostró desde sus primeros ensayos lejos de la ciencia Ernesto Sabato y diversos autores que han señalado los peligros del pensamiento racional al servicio del capital (Grupo Permanente de Trabajo sobre Alternativas al Desarrollo, 2013; Lalander, 2015; Leonard & Conrad, 2010; Sabato, 1951), como demuestra que en Colombia coexistan las categorías de cosas, bienes y recursos sobre los ecosistemas y los seres sintientes en momentos de *emergencia ecológica*<sup>1</sup>. Sin embargo, hay que seguir avanzando en la reflexión, abriendo caminos de interpretación que rehagan los cimientos mismos de la teoría jurídica,

---

1 Si bien es cierto que existen justificaciones teóricas más allá del antropocentrismo de corte racional, científico, mercantilista y utilitario para ubicar a los animales y la naturaleza en la categoría de cosas (el humanismo cristiano, por ejemplo, y el desarrollo del concepto de persona a partir de razonamientos teológicos que ubican al hombre como centro de la creación y recipiente del espíritu (Fisichela, 2011)), para el presente documento es evidente que cualquier justificación teórica en ese sentido, como la falta de voluntad y comprensión racional de los animales del mundo [y no lo sabemos realmente], por ejemplo, carecen de piso ético (Molina, 2014). En efecto, ¿por qué nuestra capacidad racional ubica a los demás seres en la categoría de cosas? ¿El háito divino, quizás? (Acosta, 2010; Gudynas, 2010; Grupo Permanente de Trabajo sobre Alternativas al Desarrollo, 2013). Pero todas las criaturas son obra de Dios, al fin y al cabo. En todo caso, es pertinente recordar que posturas como el humanismo cristiano, que justifican la superioridad del hombre como obra de la divinidad, también se ha sometido, o por lo menos adaptado, al capital, favoreciendo un mundo cada vez más dominado por el consumo desenfrenado que ha desencadenado la emergencia ecológica y social que atravesamos.

proponiendo alternativas teóricas heterogéneas, como la que se propone en el siguiente documento<sup>2</sup>.

Desde una metodología dogmática prospectiva, el siguiente documento aborda el concepto de persona, precisando la perspectiva teórica que permite ampliar su alcance más allá del ser humano y la concepción clásica de personas naturales y jurídicas, incorporando los sujetos colectivos de derecho personas naturales comunitarias, los ecosistemas y los seres sintientes; e introduciendo la categoría de los *sujetos de deberes*.

## 1. La Persona en el Derecho

Persona es el concepto central del Derecho, pues alrededor de este orbita el aparataje jurídico en su integralidad, dispuesto -en teoría- para la búsqueda de su bienestar y convivencia, particularmente en todos aquellos ordenamientos jurídicos herederos de la tradición jurídica occidental de origen romano-germánico y cristiana (Bravo, 1970; Bussani, 2018; Del-Arenal, 2016)<sup>3</sup>. Persona como concepto, según la posición jurídica dominante, es equivalente a ser humano, tal y como queda claro de los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), zanjando la discusión jurídica acerca de si persona es un concepto técnico o un sinónimo de humanidad<sup>4</sup>. Para el Derecho, sobre todo a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), los Seres Humanos son Personas, y estas solo Seres Humanos, aun bajo la modalidad de las personas jurídicas, que ficciones-racionales o no, siguen siendo compuestas por seres humanos<sup>5</sup>. Las personas son titulares de derechos derivados de su condición

2 Una serie de preguntas surgen de la afirmación acerca de *tener* que avanzar en rehacer los cimientos del ordenamiento jurídico, es el porque de esto; qué necesidad existe o cuál es el presupuesto epistemológico que lo amerita. La respuesta es evidente: la emergencia ecológica y social (desigualdades), que evidencia el maltrato que el ser humano ha dado a la naturaleza y sus seres. El Derecho, como disciplina de conocimiento y regulación social, es una construcción teórica que se ha cimentado a lo largo de siglos, en los cuales se ha ido aprendiendo sobre los límites que debe tener o cuales fronteras no cruzar. Hoy es evidente que el modelo tradicional de considerar que en el derecho solo existen personas y cosas ya ha sido revaluado, y esa perspectiva es importante en el planteamiento de la teoría que se propone en el siguiente documento.

3 Hay que hacer una distinción entre la tradición occidental jurídica de origen romano antiguo y la tradición posterior al cristianismo (Escobar, 2007) y, más aún, luego del Concilio de Nicea (Lell, 2019). Mientras que la segunda (y también algunos avances incipientes anteriores) apunta al beneficio y tutela de la persona, no ocurre lo mismo en la primera, cuando el concepto es meramente técnico y práctico. Esto incide en que justamente la supuesta claridad respecto de la búsqueda del bienestar y convivencia no sea tan clara. Sin embargo, para el presente documento es importante retomar la idea del concepto técnico de persona, pues permite separarlo del concepto de ser humano (Kelsen, 2009), no ya para crear una *ciencia positiva* del Derecho, sino para incluir, en el concepto técnico de persona a otros seres.

4 Para la discusión de la teoría propuesta no es relevante el uso lingüístico diverso del concepto de persona

5 Declaración Universal de los Derechos Humanos Artículo 1: *Todos los seres humanos* nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. / Artículo 2. *Toda persona* tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna

humana y la dignidad asociada a ella, hoy prevalente gracias a un largo camino de acumulación de saberes.

Pese a ello es evidente que la función del concepto de persona es sustraer al ser humano de su condición real (biológica, cultural, psíquica) hacia la abstracción jurídica de un sujeto de derechos, una suerte de avatar o máscara, una artificialidad que designa, según Kelsen, “un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas [...]” (Kelsen, 2009, p. 102). Esa construcción jurídica se adhiere al Ser Humano de forma natural con la concepción sintiente de su vida fetal que, en todo caso, puede tomarse como nacimiento de la personalidad jurídica humana, manifestada inicialmente como derechos del *nasciturus*, y con el nacimiento, con la plenitud jurídica del concepto salvo las restricciones hasta la mayoría de edad<sup>6</sup>. La persona es tal en cuanto entra en relación con el mundo desde la libertad y la voluntad, pues dice Puchta citado por Kelsen (2009), que la “[...] noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad [de cada individuo humano] de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad” (pág. 94), que lo distingue de los demás seres vivos, en particular aquellos que más se le parecen como seres sintientes y que actúan, en contraposición, guiados solo por el instinto.

### 1.1. Origen y significado

Persona es un concepto jurídico desarrollado en la tradición griega, romana, medieval, renacentista y moderna del Derecho, que retoma la idea de persona como máscara, como rol y sujeto del poder político o de los derechos (Figueroa, 2007; Fortunat-Stagl, 2015)<sup>7</sup>. Este concepto, de ser una categoría exclusiva de

---

de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía (cursiva fuera del original) (Naciones Unidas, 1948).

- 6 Corte Constitucional de Colombia Sentencia n.º C-591/95: “La Constitución no establece que la existencia legal de la persona principie en el momento de la concepción. Desde el momento de su nacimiento, el hombre es persona, tiene personalidad jurídica. Tiene un estado civil, atributo de la personalidad. Y si antes de ese momento la ley, permite que estén suspensos los derechos que le corresponderían si hubiese nacido, ello obedece a razones de diverso orden: morales, de justicia, políticas, etc. Razones, en fin, que hacen que el legislador dicte normas acordes con las ideas y costumbres correspondientes a un determinado momento histórico” (1995). En todo caso, con la formalidad o no del calificativo de persona, el *nasciturus* es sujeto de derechos humanos, por su naturaleza. Con un enfoque múltiple para el concepto de persona es posible tener un espectro mucho más amplio e incluyente.
- 7 La idea de la máscara es recurrente en las culturas antiguas, particularmente como un artefacto que permite, a quién lo porta, tener un papel dentro de la sociedad (Altuna, 2009). En Grecia y Roma la máscara, aparte de ser un instrumento para el teatro, era una distinción para aquellos que intervenían en el escenario jurídico, es decir, un a distinción de privilegio y poder (el *páter familias*, por ejemplo) (Fortunat-Stagl, 2015).- En el Medievo la situación cambió, sobre todo a partir del ascenso del cristianismo al poder político, ya que trajo aparejada la idea de igualdad

ciertas élites (los *páter familias* en Roma, la nobleza o el clero en la Edad Media, por ejemplo), ha ampliado sus alcances a la totalidad del género humano, entre heterogéneas ideas y revoluciones que lo hicieron posible; particularmente con la influencia del derecho natural y las ideas de individuo, libertad e igualdad, basada en un concepto unitario y universalista: la persona humana, dotada de razón y conciencia (Velásquez, 2013).

La persona es, en este sentido, el revestimiento que tiene el ser humano, por sí o por interpuesta ficción (persona jurídica) (Reyes y Moliner, 2009), para actuar en el escenario jurídico, desempeñando un rol, un papel, como ciudadano, sujeto del poder político, capaz de elegir y ser elegido (libertad, voluntad). La máscara, la persona, se adhiere al ser humano (legalmente) desde el momento de su nacimiento y se despoja de este después de su muerte, cuando ha dejado de producir efectos jurídicos a través de una sucesión (persona natural) o una liquidación (persona jurídica). En todo caso, persona es un concepto histórico, ligado a la tradición europea, que miró en el símil de la máscara la naturaleza del sujeto de derechos humanos.

## 1.2. Persona natural y jurídica

La persona humana tiene dos formas de ser dentro de los ordenamientos jurídicos actuales como el colombiano. Bajo la condición biológica, cultural y psíquica humana, en cuyo caso se considera como natural (Artículo 74 Código Civil Colombiano); o a través de una abstracción racional para realizar funciones públicas o privadas, de forma individual o colectiva, en cuyo caso se considera como jurídica (Artículo 663 Código Civil Colombiano)<sup>8</sup>. La persona jurídica es múltiple, plural, heterogénea, pues su figura abarca desde los Estados y sus múltiples organismos, las grandes corporaciones y empresas, hasta las asociaciones ciudadanas que se acogen a algunas de las figuras existentes, como empresas, asociaciones, corporaciones, sindicatos u otras (Bueno y Rodríguez, 2011; Reyes y Moliner, 2009). El desarrollo del derecho privado está directamente relacionado con el desarrollo

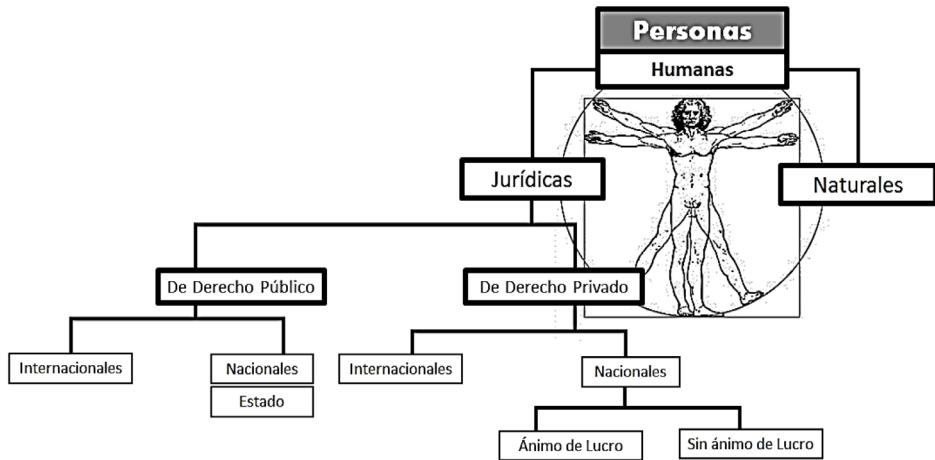
---

desarrollando el concepto de persona como inherente a la obra divina por ser su imagen. En el Renacimiento la máscara se desplegó desde concepciones racionales que intentaron minar los privilegios de castas reales que, aunque personas como los demás, gozaban del beneficio de la predestinación divina en el poder.

8 Es pertinente recordar que sobre el tema de las personas en el derecho colombiano está asociado a la legislación civil, siendo el principal teórico Arturo Valencia Zea (Valencia, 1989), aunque sus observaciones no dejan de ser técnicas al respecto y apegada al uso tradicional. “[...] vale anotar que la obra de Valencia Zea se compone de su Derecho civil, que cuenta con seis tomos: parte general y personas, bienes, obligaciones, contratos, familia y sucesiones. Esta división del abordaje del derecho civil obedece a influencias claramente francesas del siglo XIX (se pueden encontrar obras idénticamente divididas y tituladas, así como alemanas del siglo XX, solo por mencionar un par: Planiol, Ripert y Boulanger o Enneccerus, Lehmann – Enneccerus, Kipp, Wolf). Adicionalmente, existen tres obras magistrales, mucho menos dogmáticas y más propositivas en términos de técnica legislativa, de derecho comparado y de filosofía de la historia” (Castro, 2018, p. 33).

de la teoría de la persona jurídica, extensión del raciocinio y voluntad humanos. La persona, sea natural o jurídica, es una representación humana en el derecho<sup>9</sup>.

**Figura 1.** Teoría clásica del concepto de Persona en Derecho.



**Fuente:** elaboración propia (2019).

### 1.3. Persona natural comunitaria: pueblos indígenas

En Colombia el reconocimiento constitucional a la existencia jurídica de los pueblos indígenas u originarios en 1991 como una comunidad, como un cuerpo colectivo indisoluble y forjado en el devenir histórico, memorias, usos y costumbres para la pervivencia (artículos 7, 8, 10, 63, 68, 72, 246, 286, 321, 329, 330) (Ley 21 de 1991 o Convenio 169 de la OIT), complejizó el concepto de persona, sin que esto haya hecho mella en la teoría jurídica<sup>10</sup>. Los llamados sujetos colectivos de derechos no son una creación humana en el sentido racional, lógico, político y economicista que

9 Bajo la perspectiva de reconceptualización que se plantea en el documento, la persona jurídica no es una categoría propia como las *otras* personas que se intentan incluir dentro del concepto ampliado de persona, porque *es* una persona humana, una proyección de su voluntad, por regla general colectiva. La perspectiva de la teoría que se propone, *necesita* que la persona jurídica se conciba como humana (proyección de la voluntad, del libre albedrío, de la libertad, de la razón) para entender el tema de las Inteligencias Artificiales, Androïdes y Robots, también extensión de la voluntad humana.

10 En reiteradas sentencias de control de constitucionalidad, de unificación y de tutela, la Corte Constitucional de Colombia ha ratificado el carácter de unidad que poseen los pueblos indígenas u originarios, y como tal, titulares de derechos fundamentales. La Corte ha considerado que las comunidades indígenas, como tales, son sujetos de derechos fundamentales. Ha precisado que los derechos de las comunidades indígenas no deben ser confundidos con los derechos colectivos de otros grupos humanos. Con base en la anterior doctrina, ha señalado que los derechos fundamentales de los cuales son titulares las comunidades indígenas son, básicamente, el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida; el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende no sólo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación sino, también, de la prohibición de

impera para las personas jurídicas, sino producto del devenir histórico, y, por lo tanto, una suerte de personas naturales. Su creación no reposa en un acto jurídico, sino en lo que los pueblos indígenas u originarios denominan como historia propia, que se legitima en el acontecer y hacer diario bajo el poder de un mito o relato(s) fundamental(es) sobre el origen y destino; relatos que, por ejemplo, sitúan los orígenes de la vida en las aguas y páramos como los misak (Pueblo Misak, 2016), o pueblos nacidos de la tierra como plantas, como en Jenoy (Ceballos, 2018; Mamián, 2010). Estas personas naturales no se construyen como comunidad mediante una *voluntad colectiva* en el sentido que tienen las personas jurídicas, sino mediante una voluntad difusa que cohesiona mediante lazos sanguíneos, territoriales, de vecindad, religiosos o políticos u otros<sup>11</sup>.

Así, es más que evidente que las personas naturales no son únicamente los individuos, sino las comunidades que, como tales, son sujetas de derechos humanos análogos a los individuales, como el derecho a la vida, la libertad, el ambiente sano, entre otros. Además de los pueblos indígenas, las comunidades negras, raizales (Ley 70 de 1993) y rom (Decreto 2957 de 2010) ostentan la calidad de sujetos colectivos de derechos en el ordenamiento jurídico colombiano, estando en entredicho aún la calidad de tal de las comunidades campesinas, como sí ocurre en países andinos como Ecuador y Bolivia (Cordero, 2012; Colpari, 2011; Medici, 2010)<sup>12</sup>.

---

toda forma de desaparición forzada; el derecho a la propiedad colectiva; y, el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios" (Sentencia SU-510, 1998).

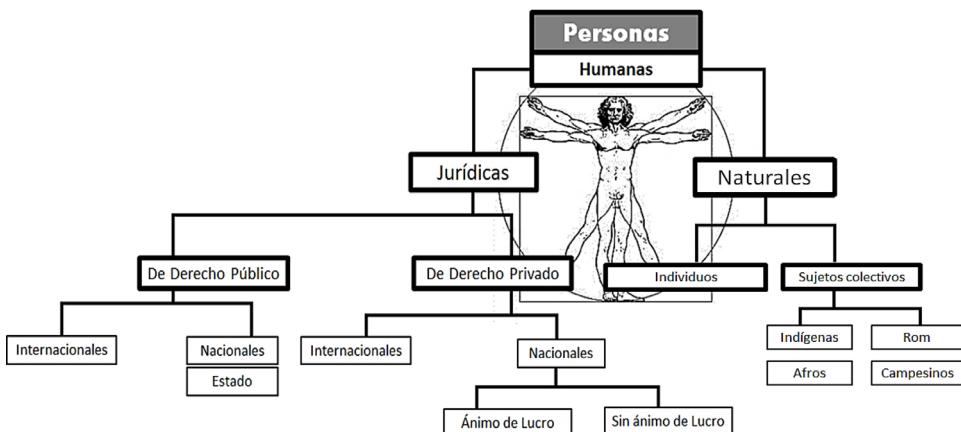
- 11 El mito es esencial para entender la existencia misma de una comunidad, pues es el relato colectivo que explica el cosmos particular. El mito circula, se transforma y rehace para entretenir, educar y *provocar* la comunidad, la cohesión, a través del relato común. El mito es, en este sentido, el medio por el que el poder fluye, es contextual, limitado y casuístico (Campbell, 1972; López, 2012; Oyaneder, 2003; Subirats, 2012).
- 12 Sobre el tema campesino existen múltiples caminos de aproximación a su realidad en Colombia, desde las más comunes (y constitucionales) que los sitúan como ciudadanos y trabajadores agrarios, hasta las idílicas, que les describen como guardianes de la tierra para la mitigación del cambio climático y defensores de la soberanía alimentaria, contrapuestos estos a las lógicas del desarrollo científico y económico del agro. En Colombia la jurisprudencia constitucional ha determinado que el campesino es un sujeto colectivo de especial protección, cuya dignidad humana se encuentra ligada a lo rural y los lazos de comunidad que teje con sus vecinos, determinados por la necesidad, la reciprocidad, la solidaridad, la pervivencia, entre otros. No todos los campesinos pueden ser considerados como sujetos de especial protección, pero existen aquellos que sí. Primera hipótesis: Hay poblaciones campesinas descendientes de antiguos pueblos y resguardos indígenas disueltos al tenor de la política integracionista impuesta desde la Ley 89 de 1890 (Ceballos, 2018; Mayorga, 2012, 2013, 2015). En los entornos de la ciudad de Pasto, por ejemplo, los pueblos quilla-singas fueron desaparecidos jurídico-políticamente a mediados del siglo XX, siendo transformados en campesinos colonos que, sin embargo, mantuvieron viva buena parte de su tradición en cuanto a sus usos y costumbres asociadas a su territorio e identidad. Hoy esos campesinos son la mayor población de los entornos rurales de Pasto, y aunque formalmente no se denominen a sí mismos como indígenas, son oriundos de su territorio y tienen la intención de mantener sus modos de vida. Para este tipo de campesinos no se necesita la formalidad de su reconocimiento como indígenas, para ser reconocidos como sujetos de derechos, equiparables a aquellos pobladores que se autoidentifican como indígenas y se acogen a este tipo de jurisdicción. Segunda hipótesis: los campesinos que se piensan como comunidad, y construyen proyectos identitarios ligados a los territorios que habitan, a sus costumbres, creencias, la defensa del territorio y la solución de conflictos, deben ser considerados como sujetos colectivos de derechos. A diferencia de los pueblos originarios o indígenas que son ancestrales, los campesinos de esta hipótesis aspiran a ser ancestrales. ¿Existe el derecho a querer ser ancestrales?

#### 1.4. Teoría ampliada del concepto de persona

La persona humana en el derecho colombiano puede ser o natural o jurídica; siendo la persona natural, al igual que la persona jurídica, de orden individual (ciudadanos) o colectivo (comunidades indígenas, afros, rom). Esta teoría ampliada del concepto de persona pone de relieve la necesidad de plantear una estructura jurídica más compleja para el Derecho, pues las personas naturales colectivas, al igual que sus análogas, los individuos, tienen una serie de derechos y atributos (nombre, capacidad, nacionalidad, domicilio, patrimonio y estado civil) que necesitan desarrollarse a nivel teórico para una práctica jurídica diferenciada y contextual que responda a la realidad imperante.

Estos sujetos colectivos de derecho, según la jurisprudencia constitucional (Sentencia SU-510 de 1998 y Sentencia SU-123 de 2018) tienen derechos considerados fundamentales análogamente a los derechos individuales, tales como: 1) La vida y pervivencia colectiva; 2) La integridad étnica, cultural y social de cada comunidad, expresada en sus usos y costumbres, saberes propios y aspiraciones comunitarias; 3) La participación política diferenciada dentro de los Estados en los que quedaron atrapados con los procesos de independencia y construcciones nacionales (Anderson, 1991), empoderándose de su destino (autonomía); 4) Las formas colectivas de propiedad, para garantizar la integridad de sus territorios.

Figura 2. Teoría ampliada del concepto de Persona en Derecho.



Fuente: elaboración propia (2020).

## 2. Crisis ambiental y deberes humanos

Tras la Segunda Guerra Mundial y el desenfreno que se desató en el mundo por el desarrollismo y el progreso tecnológico (Cayuela, 2000; Sabato, 1951, 2000), secundado por el fenómeno de crecimiento poblacional conocido como *Baby Boom*, el planeta sufrió una grave crisis ambiental apenas un par de décadas después del colapso bélico mundial. Hacia finales de la década del sesenta, era más que evidente que el desarrollo y el progreso estaban trayendo la destrucción planetaria a través de la producción de basuras y contaminación, ya que empezábamos a sobreponer los límites del crecimiento (Meadows, Randers, Behrens & Meadows, 1972), guiados por la preocupación por lo presente, lo cercano y efímero, en detrimento de una perspectiva de mayor alcance, como las que se alcanzan con el poder del mito.

En ese escenario de conciencia social frente a la destrucción de los ecosistemas por nuestras formas egoísticas de habitar el planeta, las naciones del mundo aceptaron la necesidad de ampliar el espectro de derechos (Ceballos, 2019, 2020; Meadows, *et al.*, 1972), protegiendo el ambiente mediante la concepción del ser humano como responsable de los hábitats en los que construye civilización (Ceballos, 2016).

### 2.1. 1972 y el Derecho Ambiental

La Declaración de Estocolmo de 1972 sobre el ambiente humano es el punto de partida e inflexión para el derecho ambiental, pues a partir de esa Declaración quedó establecido que el ser humano tiene derecho al ambiente sano, pero este es, al tiempo, su responsabilidad, su deber. ¿Sobre quiénes recae ese deber de cuidado con el ambiente? Sobre la naturaleza y los seres que la habitan, y consecuencialmente, sobre el ser humano, obra y artífice del hábitat planetario. Esta coyuntura fue el escenario para la adopción en Colombia del vigente Código de Recursos Naturales, Decreto Ley 2811 de 1974, que ha soportado el giro constitucional de 1991.

Quizás el elemento más importante agregado al derecho ambiental concebido en la segunda mitad del siglo XX, sea el concepto de desarrollo sostenible (Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1987; Toca, 2011; Urteaga, 2008), bajo la idea de que las generaciones por venir tienen los mismos derechos que las presentes, a disfrutar de la naturaleza de forma responsable. ¿Las generaciones por venir? Sí, un nuevo sujeto colectivo de derechos, a quienes les debemos mantener las condiciones planetarias en estabilidad.

Los deberes de cuidado, respeto y preservación hacia la naturaleza, reverso necesario e ineludible de cualquier derecho de corte ambiental, es sin duda la génesis de los llamados derechos de la naturaleza, que rompen la barrera

antropocéntrica de considerar a la naturaleza como cosas, bienes o recursos (Ceballos, 2019)<sup>13</sup>.

## 2.2. Pueblos Indígenas y sacralidad de los territorios

La idea de la naturaleza como algo sagrado es ancestral y contrapuesta a la visión técnico-racional, utilitaria, científica, economicista y egoísta que ve en ella la fuente de los recursos para las civilizaciones humanas (Leonard & Conrad, 2010). ¿Es la naturaleza un cúmulo de cosas, bienes o recursos a disposición de la humanidad? ¿Cuál es el fundamento ético, político o jurídico para ello? Los pueblos originarios de América, y en general del mundo, conciben a la naturaleza desde perspectivas míticas, espirituales y sagradas que, valoradas objetivamente, son importantes para una visión alternativa para el planeta y los seres que lo pueblan (Ortiz, 2013; Vasco, 2012). Para el derecho de corte romano germánico y anglosajón, que rige a los Estados contemporáneos con matices amplios de interpretación, la naturaleza es un conjunto de cosas, bienes y recursos sobre los que ejercer soberanía y propiedad; en tanto para el derecho de sociedades indígenas la naturaleza no se entiende si no es en su dimensión *sagrada*; dimensión que permite trascender la esfera racional de la defensa ambiental, integrando la dimensión mítica.

## 2.3. Los derechos de la naturaleza en Ecuador y Colombia

El derecho ambiental ha presentado transformaciones a lo largo de los años, incorporando conceptos como el del desarrollo sostenible o la lucha contra el cambio climático; pero es quizás la transformación más relevante la desantropologización del derecho con la constitucionalización de los derechos de la naturaleza en Ecuador (2008); y, posteriormente, en Colombia a través de la jurisprudencia constitucional con la declaración del río Atrato (2016) y la Amazonía (2018) como Entidades Sujetas de Derechos. Argumentó La Corte Constitucional colombiana(2016):

[...] dimensionando el ámbito de protección de los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia de protección del medio

13 Confluyen en los derechos de la naturaleza, como sus contrapartes de deberes, el cuidado que el ser humano debe a los territorios planetarios para su conservación de las generaciones futuras, entendidas estas no como seres humanos por venir, sino como comunidades integradas a ecosistemas, cosa que no hacemos al producir basura de manera exponencial conforme crece la población humana y el consumo de bienes y servicios (Leonard & Conrad, 2010). Hay que encontrar alternativas (Grupo Permanente de Trabajo sobre Alternativas al Desarrollo, 2013). Hay un largo camino para esas alternativas. Entonces, para la concepción de los derechos de la naturaleza, es necesario integrar a estos los derechos de las generaciones futuras de la humanidad, porque son parte de los ecosistemas. El revés de esos derechos de la naturaleza está en el deber de la humanidad presente, de cuidar su hábitat, su hogar. A ese nivel hablamos de las teorías del buen vivir (Molina, 2014; Santana, 2015).

ambiente, la Constitución Ecológica y los derechos bioculturales (...), que predicen la protección conjunta e interdependiente del ser humano con la naturaleza y sus recursos, es que la Corte declarará que el río Atrato es sujeto de derechos que implican su protección, conservación, mantenimiento y en el caso concreto, restauración. Para el efectivo cumplimiento de esta declaratoria, la Corte dispondrá que el Estado colombiano ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó; de esta forma, el río Atrato y su cuenca -en adelante- estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Estado colombiano. (Sentencia T-622 de 2016)<sup>14</sup>

Esos derechos de la naturaleza reconocidos en Colombia a la existencia, el mantenimiento de los ciclos vitales y la restauración de los daños ambientales son, sin embargo, aún de origen antrópico, pues necesitan de la conjunción de dos perspectivas *jurídicas* humanas para existir: 1) la del derecho ambiental estatal (tratados internacionales, Constitución Ecológica), y 2) la de las *formas jurídicas* comunitarias que viven y/o dependen de los ecosistemas para existir (derechos bioculturales). El paso hacia los derechos de la naturaleza, sin embargo, pasa más por el caso ecuatoriano, al reconocer que "La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 52)<sup>15</sup>.

## 2.4. Derechos de los Seres Sintientes.

En Colombia, a través de la Ley 1774 de (2016), se declaró que los animales no son cosas como lo establece el derecho civil, sino seres sintientes, y como tal, sujetos

14 Despues de las declaraciones como sujetos de derechos al río Atrato y la Amazonía, el camino para el reconocimiento de tal categoría a otros ecosistemas necesita litigarse siguiendo los precedentes. El río Cauca, por ejemplo, tiene la misma connotación jurídica según decisión de la Sala Cuarta Civil del Tribunal Superior de Medellín de 2019, y seguramente muchos otros ecosistemas tendrán ese reconocimiento. Se intentó con el río Pasto, llegando la discusión a través de la revisión de tutela, a la Corte Constitucional, que tomó la decisión de declarar improcedente el camino de tutela para discusión, regresando la discusión al principio.

15 Sobre los derechos de la naturaleza se ha dicho lo suficiente como para saber que implican deberes de cuidado humanos, tanto en el quehacer cotidiano, como en el plano jurídico. El modelo constitucional ecuatoriano es por *reconocimiento* directo de los derechos de la naturaleza, ateniéndose a concepciones filosóficas y políticas de origen andino y amazónico. El modelo constitucional colombiano es por litigio, casuístico y en una zona que necesita regulaciones pertinentes. Para el presente documento es importante, respecto a los derechos de la naturaleza, plantear el tema, no desarrollarlo, porque los caminos de acción son amplios. ¿Existen derechos comunes entre los derechos de la naturaleza y los derechos humanos? ¿Cuáles son? Una primera idea a desarrollar; es tomar el agua como el primero de los derechos de la naturaleza, al ser la esencia misma de la vida, pues tres cuartas partes de los seres humanos están hechas de agua, al igual que el planeta. El agua es el elemento común a todas las criaturas vivas, por lo que es importante pensar en este como derecho común a la humanidad y el planeta. Ya se han propuesto, junto al agua, el aire, el alimento, el hábitat y la pervivencia como los otros derechos comunes o bio derechos (Ceballos 2019, 2020).

de protección en su derecho a la vida, así como el respeto y el trato digno de parte del ser humano, que encuentra límites a su libertad en estos derechos (Ocampo, 2014; Regan, 1999, 2007; Rincón, 2018; Singer, 2003). Dice Regan (2007) que “Vista con suficiente perspectiva, la consideración de los derechos [hacia los animales] establece importantes restricciones a nuestra libertad para explotar o destruir el mundo natural” (p. 117)<sup>16</sup>.

Sin embargo, la declaración es intrascendente aún, pues la Corte Constitucional colombiana (2016, Sentencia C-467), ante una demanda de inconstitucionalidad de varios artículos del Código Civil que se refieren a los animales como cosas, declaró que son compatibles en los animales las categorías de ser sintiente y cosa, sujeta al comercio y trato civil humano, ya que la Ley 1774 nunca tuvo el objetivo de sacar a los animales de la esfera de las cosas, sino dotar de nuevas herramientas para prevenir el maltrato animal<sup>17</sup>.

Esta salida esconde la necesidad de transformación que requiere el derecho con la aparición de los seres sintientes. ¿Debemos considerarlos sujetos de derechos? ¿Personas no humanas? El asunto no es, como lo resolvió la Corte Constitucional (2016, Sentencia C-467), un asunto lingüístico o de técnica del derecho civil, ni de un reforzamiento de los derechos de protección animal, sino de una nueva concepción de la realidad jurídica, en el que los animales adquieren una categoría especial que los asemeja a las personas humanas en la titularidad de derechos comunes como la vida y otros<sup>18</sup>.

16 Regan (2007): “Poseer derechos morales es tener un tipo de protección que podemos describir como una señal invisible de «prohibido el paso». ¿Qué prohíbe esta señal? Dos cosas. Primera: los demás no son moralmente libres para hacemos daño; decir esto es decir que los demás no son libres para quitarnos la vida o dañar nuestro cuerpo a su antojo. Segunda, los demás no son moralmente libres para dificultar nuestra libre elección; decir esto es decir que los demás no son libres para limitar nuestra libre elección a su antojo. En ambos casos, la señal de «prohibido el paso» pretende proteger nuestros bienes más importantes (nuestra vida, nuestro cuerpo, nuestra libertad) limitando moralmente la libertad de los demás” (p. 118).

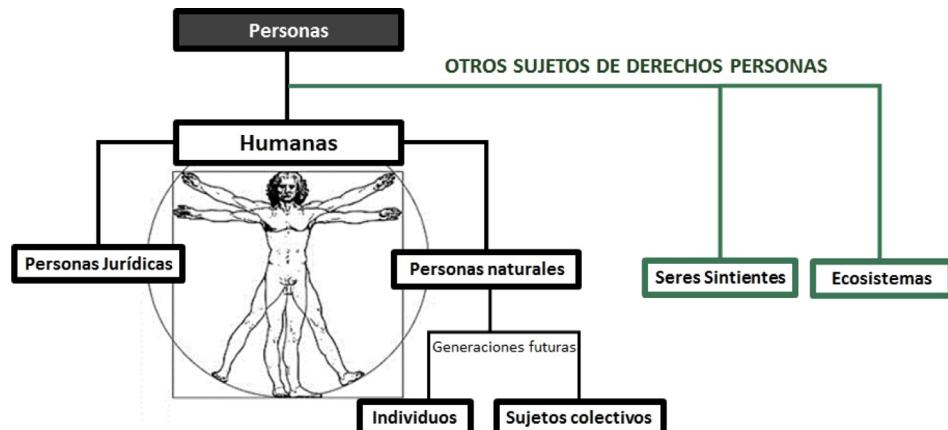
17 Exposición de motivos de la Ley 1774 Gaceta No. 479 del 10 de septiembre de 2014: “[...] la Ley 84 de 1989 [...] constituyó en su momento un importante avance en la legislación colombiana en relación con los temas ambientales y, en particular, con la protección de los animales [...] sin embargo [...] no ha sido eficaz debido a que no tiene los instrumentos necesarios que le permitan a las autoridades hacer efectiva la protección a los animales [...] por esta razón es urgente una reforma para tipificar algunas conductas, establecer sanciones efectivas, dar herramientas eficaces a las autoridades, ampliar el concepto de protección, implementar procedimientos más eficaces y, ante todo, propender por una educación de la sociedad en una ética de la no violencia hacia los seres vivos”.

18 Este es un fragmento de un texto trabajado con **Marino Hernández Chanchi**, estudiante de la Maestría en Derechos Humanos y Gobernanza de la Universidad Cooperativa de Colombia, y es pertinente para la reflexión, ya que sintetiza lo que Hernández concibe como zoopolítica, o perspectiva zoológica de la condición humana, para reconocerse como ser sintiente: Actualmente se discute sobre la pertinencia de considerar 1) la existencia de los animales o seres sintientes como sujetos de derechos o personas no humanas, y 2) qué tipo de derechos se les puede reconocer o conceder: ¿la vida, la dignidad, la libertad? La lógica prevalente es la humanización de los animales, reconociendo derechos en ellos por su semejanza con el humano bajo el concepto de Persona No Humana. Los Seres Sintientes, sin embargo, tienen una serie de derechos inherentes a su naturaleza, compartida por los humanos por su calidad de animales, y que podemos denominar como bioderechos como el agua, el aire, el alimento, el hábitat y la pervivencia, que bien pueden considerarse no solo de los seres sintientes incluido el ser humano, sino de la naturaleza. /En esta perspectiva, es necesario repensar la lógica de humanizar a los animales para reconocerles derechos, por una

Es necesario desarrollar la categoría jurídica de la ser sintiencia más allá de lo simbólico, pues es más que evidente que hoy la humanidad enfrenta el desafío de redefinir su relación jurídica con los otros seres naturales, sean estos considerados como ecosistemas, o ya sea a nivel de especies o individuos de estas. Particularmente con aquellos seres sintientes de los que dependemos, tanto emocional como materialmente.

Una primera aproximación advierte que los seres sintientes se clasifican, para la reflexión jurídica, según el arbitrio, interés y discriminación antrópica, en seres sintientes de afecto y compañía; domésticos de trabajo y consumo; y los naturales, aquellos sobre los que el ser humano no establece dependencia de ninguna especie salvo su contemplación mística y científica. ¿Bajo qué principios se debe pensar la relación con cada tipo de ser sintiente, siendo evidente que no todos son o pueden llegar a considerarse iguales? ¿Respeto, solidaridad, reciprocidad, mutualismo, comensalismo, parasitismo [...]? ¿Qué tipo de relación debe guiar el vínculo jurídico entre las personas humanas y las no humanas?

**Figura 3.** Teoría Heterogénea del concepto de Persona en Derecho.



**Fuente:** elaboración propia (2020)<sup>19</sup>.

lógica inversa, que reconozca el zoo en los humanos, su esencia de ser sintiente, y desde esa perspectiva, repensar los sistemas jurídicos y políticos a partir de la pluralidad de sujetos de derecho o personas. En Colombia, a partir del caso sobre la libertad del Oso Chucho, que llegó hasta la Corte Constitucional, se ha abierto la reflexión acerca de la personalidad jurídica y derechos para los seres sintientes, hasta ahora una categoría complementaria a la de cosas, prevalece dentro del derecho colombiano. Esas reflexiones deben, entre otras cosas, clasificar a los seres sintientes en categorías, porque a diferencia de los humanos, no podemos considerar como iguales a estos, por el filtro de la discriminación antropocéntrica (Hernández, 2020).

19 Las personas jurídicas no se conciben, para la presente teoría, como una categoría autónoma a lo humano, porque es lo humano su razón de existir, como ficciones que le permitan construir instituciones y proyectos. Las personas jurídicas son humanas a diferencia de las otras personas que se proponen en la teoría, que *no son* humanas.

### 3. Heterogeneidad en el Derecho a partir de la irrupción de otros sujetos de derecho.

Dadas las realidades imperantes, y en particular la necesidad de afrontar la emergencia ecológica que atraviesa el planeta (en buena medida causada por el ser humano), el concepto de persona en el derecho debe pensarse más allá de la dimensión antropocéntrica, desde la perspectiva de lo múltiple, diverso y heterogéneo. Ello implica romper la concepción ortodoxa (y anacrónica) que considera equivalentes los conceptos de persona y ser humano, en pos de una teoría que recoja las luchas y movimientos sociales que sobrepasan la retórica ambientalista.

La heterogeneidad de los sujetos de derecho posibles gira alrededor de la protección de la vida como derecho que sobrepasa la dimensión humana como es evidente (biocentrismo) (Gudynas, 2010), tal como lo valoran muchos pueblos (indígenas) de la Tierra, para quienes todo tiene vida, función y significado profundo, para el que debemos respeto (Seattle, 2010). La heterogeneidad en la concepción de los sujetos de derecho debe propiciar reflexiones que pongan en marcha transformaciones profundas en los cimientos jurídicos, pues derechos como el de propiedad, por ejemplo, ejercido sobre la naturaleza y sus seres, queda obsoleto ante la nueva perspectiva, en la que la propiedad deberá ceder su lugar a relaciones jurídicas basadas en las relaciones biológicas tales como el mutualismo, el comensalismo u otras, como la depredación para el caso humano (piénsese en la industria cárnica). En este sentido, teniendo en consideración que tanto los ecosistemas como los seres sintientes pueden ser sujetos de derechos o personas, es necesario re-enfocar el derecho en función de un conjunto de derechos más amplio, quedando los Derechos Humanos subsumidos dentro de los Derechos de los Seres Sintientes, parte a su vez del conjunto de los Derechos de la Naturaleza.

#### 3.1. Teoría heterogénea del concepto de persona.

**3.1.1.** Una teoría heterogénea del concepto de persona es heterodoxa frente a la concepción antropocéntrica del derecho, pues reconoce la pluralidad en la conceptualización de sujetos de derechos o personas, sin desconocer que esa pluralidad depende de la perspectiva (ética y política) humana, pues no todos los seres sintientes ni ecosistemas son iguales, como si los son las personas humanas. Ciertos ecosistemas, por ejemplo, tendrán menor protección frente a actividades extractivistas y agrarias, porque están destinados a la producción de los bienes y servicios necesarios para el modo de vida imperante, y aunque se quieran proteger, de su explotación dependen miles de personas, insertas en una cadena de producción, consumo y disposición, que no es posible romper de golpe sin crear emergencias sociales.

**3.1.2.** Esta teoría del concepto de persona incorpora la perspectiva de las ciencias biológicas y físicas para determinar el cómo y los límites para la materialización de los derechos de los seres sintientes y de la naturaleza. Es necesaria la existencia de clasificaciones científicas para los seres sintientes y los ecosistemas destinadas a la regulación jurídica, que exploren la dignidad propia de cada animal y/o ecosistema y los pongan en balance con el interés humano.

**3.1.2.1.** Los seres sintientes se clasifican, según el interés humano (discriminación antropocéntrica) en: 1) Animales de afecto y compañía como perros y gatos, principalmente; 2) Animales domésticos, 2.1) De consumo, como vacas, cerdos, gallinas y otros, 2.2) De trabajo y servicio como bueyes, perros, vacas, entre otros; 3) Animales cosificados destinados a la producción industrial como cerdos, aves, vacas y otros; 4) Animales naturales, conocidos como salvajes.

**3.1.2.2.** Los ecosistemas se clasifican en: 1) Ecosistemas estratégicos, relacionados con los ciclos del agua, regulación del aire u otros; 2) Ecosistemas sagrados y naturales, aquellos sobre los que recaen los mitos de pueblos rural agrario ancestrales; 3) Ecosistemas de producción agrícola y ganadera; 4) Ecosistemas para la extracción minera y petrolera destinada a los bienes y servicios básicos y fundamentales; 5) Ecosistemas de amplia explotación minera y petrolera; 6) Ecosistemas mixtos.

**3.1.3.** La teoría heterogénea del concepto de persona reconoce, así mismo, la existencia de las personas (humanas) naturales comunitarias (indígenas, afrodescendientes, rom, campesinas); y que, como *personas*, necesitan de una conceptualización que clarifique y delimite el campo de acción jurídico en relación con las personas naturales individuales y las jurídicas.

Para una teoría heterogénea del concepto de persona es importante establecer los principios que guiarán las relaciones jurídicas de las personas naturales comunitarias frente a las personas ecosistémicas, así como con los seres sintientes que las cohabitán, reconociendo como parte del diálogo, además de los saberes científicos, los saberes y conocimientos de los pueblos involucrados.

**3.1.4.** Una teoría heterogénea del concepto de persona, además de lo antedicho, reconoce la existencia de creaciones humanas que sobrepasan la dimensión de cosas sin acercarse del todo al concepto de las personas jurídicas; dotadas de raciocinio y ciertos grados de autonomía en sus interacciones con la humanidad: las Inteligencias Artificiales (IAs)-Androides y Robots (Barrera, 2012; Cáceres, 2006; López y González, 2017), predichos por la ciencia ficción *oficialmente* por Karel Čapek en 1921, pero con raíces históricas más profundas (Ruiza y Tamayo, 2004)<sup>20</sup>,

20 Robot es un concepto acuñado en el siglo XX por Karel Čapek, escritor checo de una obra de teatro titulada *Robots Universales Rossum*, de 1921, en la que una fábrica produce humanos artificiales para asumir la carga laboral, rebelándose al final y esclavizando a la humanidad. La obra, aparte de la alusión a la esclavitud de trabajadores en las fábricas

y hoy una realidad que empezamos a percibir mediáticamente a finales del siglo XX a través de Deep Blue y su triunfo sobre el campeón de ajedrez G. Kasparov<sup>21</sup>. Actualmente desde la investigación físico-matemática, médica, espacial, militar y digital, la humanidad interactúa con Inteligencias Artificiales, obteniendo éxitos sorprendentes (Kriegman, Blackiston, Levin Michael, & Bongard, 2020; López y González, 2017) y que presuponen desafíos que es necesario pensar de cara no ya al futuro, sino al presente.

### 3.2. ¿Y las Inteligencias Artificiales, Androïdes y Robots qué son?

El mundo, con el avanzado y acelerado desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, además de los desarrollos en computación cuántica, ha colocado en escena la existencia de IAs, Robots y/o Androïdes (Barrera, 2012; Cáceres, 2006; Carlini, 2018; Hardy, 2001; Luján, 2018; Villalba, 2016), quienes interactúan en diversos planos con los seres humanos, con diferentes grados de autonomía y decisión en las interacciones. La existencia de IAs, Robots y/o Androïdes es una realidad, quizá aún no con las dimensiones (apocalípticas) predichas por la ciencia ficción, pero con repercusiones en el acontecer social de la humanidad; algunas con connotaciones jurídicas, como las derivadas del uso de los datos e información que la humanidad deja en el mundo digital. Google, por colocar solo un ejemplo de la situación, ofrece la asistencia de Inteligencia Artificial para coadyuvar en la administración de las empresas con la promesa de eficiencia, al tiempo que *conoce* a sus usuarios y clientes para ofrecerles mejores servicios.

¿Qué son las Inteligencias Artificiales, Androïdes y Robots? Evidentemente son mucho más que cosas, bienes o herramientas, acercándose más a la categoría

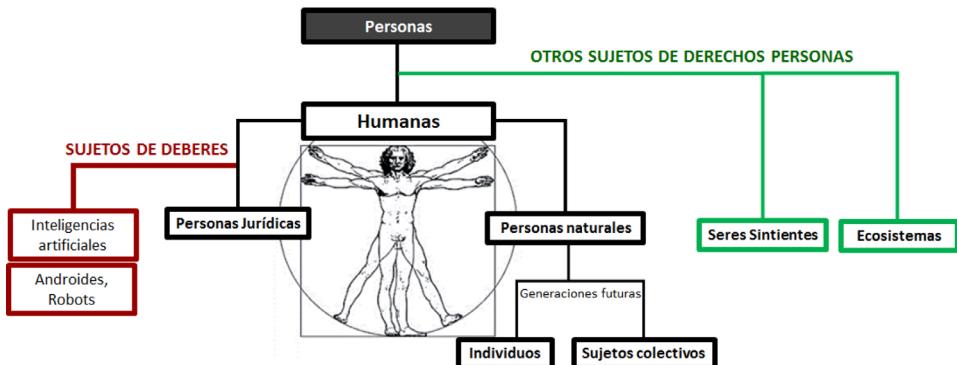
---

mediante la mecanización y la lucha de clases, pone de relieve la capacidad humana para crear copias de sí misma, a su imagen y semejanza, a la manera en que los dioses lo habían hecho milenios atrás; y en los que la humanidad era la creación, la imitación. / Un androïde es también un robot, es decir, un esclavo al servicio de la humanidad, solo que a imitación visual humana. Si bien el término robot nació para designar a humanos artificiales, generalmente es más amplio en su concepción visual, pudiendo ser cualquier máquina programable para realizar tareas humanas. Un androïde, en cambio, es una imitación no solo de las capacidades físicas e intelectivas humanas, sino de su apariencia, capacidad de aprendizaje y comportamiento. / Una IA es un programa informático, programado para cumplir una serie de tareas demasiado complejas para un humano o un grupo de humanos, que puede (y debe) estar presente dentro de un androïde y un robot. Una IA se define, ya no como una emulación de la inteligencia humana, sino como una Inteligencia Artificial capacitada para aprender, lo que hace que cada día mejoren sus procesos de forma autónoma.

- 21 Sobre el ajedrez, en 1997 un equipo de IBM compuesto por seis personas (Feng-Hsiung Hsu, Joe Hoane, Chung-Jen Tan, Joel Benjamin, Jerry Brody y Murray Campbell), que habían trabajado tres años desarrollando el programa Deep Blue de ajedrez por ordenador, ganó al campeón del mundo en ese momento, Gari Kasparov, en un torneo celebrado a seis partidas según condiciones internacionales. Deep Blue era capaz de explorar 200 millones de posiciones por segundo, realizaba un alfa-beta paralelo, utilizaba una extensa biblioteca de aperturas y finales (4.000 aperturas, todos los finales con 5 piezas y muchos con 6 piezas), e incluía novedades como las extensiones singulares. Disponía de una extensa base de datos con 700.000 partidas a nivel de gran maestro para extraer recomendaciones. Realizaba de forma habitual búsquedas a profundidad 14, aunque en algún caso llegó a profundidad 40. La función de evaluación incluía 8.000 variables. Kasparov, poco feliz con el resultado del torneo, tuvo que reconocer que "la cantidad se había vuelto calidad" (López y González, 2017, pp. 121-122).

de *sirvientes*; herramientas razonablemente pensantes e interlocutores en ciertos campos del saber con la humanidad. ¿Asistentes, quizá? Partiendo de la hipótesis que si es posible asignarles personalidad jurídica creaciones humanas *fictas* como las personas jurídicas, es también *possible, pertinente y necesario*, otorgarle una especie de figura análoga a las Inteligencias Artificiales, Androides y Robots, pero siguiendo un sentido inverso, es decir, considerándolas como *sujetos de deberes* en el sentido en que Isaac Asimov concibe las leyes de la robótica para proteger a los seres humanos (Asimov, 1984). Estos sujetos de deberes tendrían, como principales leyes: 1) Proteger la vida de los seres humanos, los seres sintientes y los ecosistemas, 2) Obedecer las órdenes humanas siempre que estas no atenten contra la primera ley, 3) Preservar su propia existencia a menos que esta entre en conflicto contra las dos primeras leyes, 4) Proteger la libertad, intimidad y demás derechos humanos frente a sí mismas, otras IAs, así como otros humanos, y 5) Planear, desarrollar y ejecutar, mancomunadamente con la humanidad, la búsqueda del buen vivir.

**Figura 4:** Teoría Heterogénea del concepto de Persona en Derecho.



**Fuente:** elaboración propia (2020).

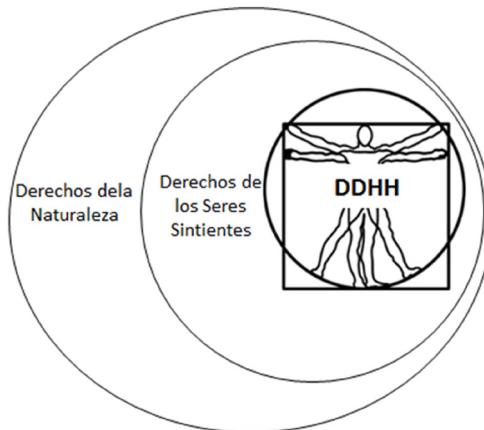
#### 4. Conclusión

Actualmente el concepto de persona o de sujeto de derechos es heterogéneo, si entendemos por persona un concepto de técnica jurídica destinado a otorgarle, en principio, a todo ser humano, un rol igualitario dentro del escenario jurídico. Es indispensable, por tanto, separar los conceptos de ser humano y persona tanto en los procesos de enseñanza como de práctica del derecho, dejando de lado los usos lingüísticos filosóficos, antropológicos o de otra naturaleza fuera del derecho.

El concepto de persona es heterogéneo ya que no solo el ser humano es un sujeto de derechos, sino que esa posición (hasta el momento antropocéntrica) ha

sido reclamada (por acción de los movimientos sociales) en favor de otros seres tales como los ecosistemas o los seres sintientes en el contexto de la emergencia ecológica y la oposición al maltrato animal. El concepto de persona, pues, debe ubicarse dentro de estructuras jurídicas más amplias, que conjuguen nuestro derecho de corte antropocéntrico dentro de conjuntos de derechos más amplios, como el de los seres sintientes (a los que pertenece el ser humano) y de la naturaleza.

**Figura 5.** Los Derechos Humanos dentro de sistemas jurídicos más amplios, incluyentes, heterogéneos y justos.



**Fuente:** elaboración propia.

Esa realidad complejiza el derecho tal como lo concebimos, y particularmente en sus cimientos conceptuales, necesitándose una teoría incluyente que recoja lo avanzado y a la vez posibilite alternativas y caminos de interpretación de un derecho que rebasa la dimensión humana para la búsqueda del bienestar planetario o buen vivir.

## Referencias bibliográficas

- Acosta, A. (2010). Hacia la Declaración Universal de los Derechos de la naturaleza. *AFESE, 54*.
- Altuna, B. (2009). El individuo y sus máscaras. *Ideas y valores, (140)*, 33-52.
- Anderson, B. (1991). *Las comunidades imaginadas*. México: Fondo de Cultura Económica. Recuperado de <https://drive.google.com/file/d/1dGI4U7GuNQCy-p4QPiG-trP4LUd9IcUW/view>

- Asimov, I. (1984). *Yo robot*. Barcelona: Edhasa/Ciencia Ficción. Recuperado de <https://wired-7.org/hum/src/1568276829584.pdf>
- Barrera, L. (2012). Fundamentos históricos y filosóficos de Inteligencia Artificial. UCV-HACER. *Revista de Investigación y Cultura*, 1(1), 87-92.
- Bravo, B. (1970). *Formación del Derecho Occidental*. Santiago: Editorial jurídica de Chile.
- Bueno, S. y Rodríguez, V. (2011). *Práctica jurídica civil. Parte general: derecho de la persona*. Madrid: Editorial Reus, ProQuest Ebook Central. Recuperado de <https://bbibliograficas.ucc.edu.co:4058/es/lc/ucc/titulos/46465>
- Bussani, M. (2018). *El derecho de occidente. Geopolítica de las reglas globales*. Madrid: Marcial Pons.
- Cáceres, E. (2006). Inteligencia artificial, derecho E-Justice (el Proyecto IIJ-Conacyt). *Boletín mexicano de derecho comparado*, 39(116), 593-611.
- Campbell, J. (1972) *El héroe de las mil caras*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. Recuperado de <https://drive.google.com/file/d/1tefJ0bs90-3BW0LxljRW1yQp-nwG7yaPM/view?usp=sharing>
- Carlini, A. (2018). *Inteligencias Artificiales, los androides y los robots*. Recuperado de [http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_opinion/2018/DIEEE079-2018\\_RSS\\_FactorDesestabilizacion\\_ACarlini.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2018/DIEEE079-2018_RSS_FactorDesestabilizacion_ACarlini.pdf)
- Castro, G. (2018). Una aproximación teórica a la obra de Arturo Valencia Zea De la posesión y la función social de la propiedad: el gran problema jurídico del siglo xx en Colombia, revisión histórico jurídica. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 13(1), 9-54.
- Cayuela, J. (2000). Guerra, Industria y Tecnología en la edad contemporánea. *Studia Historica. Historia Contemporánea*, 18, 179-199.
- Ceballos, F. (2016). Colombia y los derechos de la naturaleza: desafíos ambientales y pueblos originarios. En O.R. (ed.), *Nuevas perspectivas de la investigación jurídica y socio jurídica en Nariño* (pp. 172-183). Pasto: Editorial Institución Universitaria CESMAG.
- Ceballos, F. (2018). Los Mayores y el territorio de Jenoy (Pasto, Colombia): quehacer etnográfico y etnoliteratura de resistencia. *Universitas Humanística*, 86(86), 197-218.
- Ceballos, F. (2019). Las personas, las cosas y la propiedad a partir de los sujetos de derecho no humanos. En Sánchez, O. T., Rodríguez, M. Y., Bolaños, F.A. y Sanipatin, L. (eds.), *Rol de la Educación Superior frente a los desafíos sociales* (pp. 72-80). Pasto: La Red de Instituciones de Educación Superior de Ecuador y Colombia-Universidad Cooperativa de Colombia.
- Ceballos, F. (2020). Otros sujetos de derechos o personas (?). *Estudios Socio Jurídicos*, 22(1), 321-351.

- Colpari, O. (2011). La nueva participación ciudadana en Ecuador y Bolivia. ¿Resultados de la lucha del movimiento indígena -campesino?. *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas* / Núm. Especial: América Latina.
- Colombia. Congreso de la República. (6 de enero, 2016). Ley 1774 Por medio de la cual se modifican el código civil, la ley 84 de 1989, el código penal, el código de procedimiento penal y se Dictan otras disposiciones Diario Oficial No. 49.747
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. (5 de abril, 2018). STC-4360. [MP Luis Armando Mendoza Villabona].
- Colombia. Corte Constitucional. (15 de noviembre, 2018). Sentencia SU-123. [MP Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes].
- Colombia. Corte Constitucional. (18 de septiembre, 1998). Sentencia SU-510. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Colombia. Corte Constitucional. (31 de agosto, 2016) Sentencia C-467 [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- Colombia. Corte Constitucional. (10 de noviembre, 2016) Sentencia T-622 [MP Jorge Iván Palacio].
- Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo. (1987). *Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo*. ONU.
- Cordero, S. (2012). Estados Plurinacionales en Bolivia y Ecuador. *Nueva Sociedad*, (240), 134-148.
- Del-Arenal, J. (2016). *Historia mínima del derecho occidental*. México: El Colegio de México A.C.
- Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Recuperado de <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec030es.pdf>
- Escobar, F. (2007). Del derecho romano a las tradiciones jurídicas. *Democracia y justicia en tiempos de globalización*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana.
- Figueroa, R. (2007). Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 20(2), 95-130.
- Fisichela, R. (2011). Posmodernidad y Humanismo Cristiano. *Cuestiones Teológicas*, 38(89), 121-133.
- Fortunat-Stagl, J. (2015). De cómo el hombre llegó a ser persona: Los orígenes de un concepto jurídico-filosófico. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, 45, 373-401.
- Grupo Permanente de Trabajo sobre Alternativas al Desarrollo. (2013). *Capitalismo del siglo XXI*. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo.
- Gudynas, E. (2010). La senda biocéntrica, valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ambiental. *Tabula Rasa*, (13), 45-71.
- Hardy, T. (2001). IA: Inteligencia Artificial. *Polis, Revista de la Universidad Bolivariana*, 1(2).

- Hernández, M. (2020). *Derechos Humanos y Zoopolítica* (Inédito). Pasto: Documento de Trabajo Maestría en Derechos Humanos y Gobernanza Universidad Cooperativa de Colombia.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba. Recuperado de <http://cvperu.typepad.com/files/libro-teoria-pura-del-derecho-hans-kelsen.pdf>
- Kriegman, S., Blackiston, D., Levin, M. & Bongard, J. (2020). A scalable pipeline for designing reconfigurable organisms. *PNAS*, 117(4), 1853-1859.
- Lalander, R. (2015). Entre el ecocentrismo y el pragmatismo ambiental Consideraciones inductivas sobre desarrollo, extractivismo y los derechos de la naturaleza en Bolivia y Ecuador. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 6(1), 109-152.
- Lell, H. (2019). Perspectiva histórica de la metáfora del concepto jurídico de persona. Etimología e ideas en la Antigüedad. *Díkaion Revista de Fundamentación Jurídica*, 28(2), 310-332.
- Leonard, A. & Conrad, A. (2010). *La historia de las cosas*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- López, R. (2012). *La razón del mito: el mito griego como antecedente de la racionabilidad filosófica*. Editorial ebooks Patagonia - Edición Digital - ProQuest Ebook Central. Recuperado de <https://bbibliograficas.ucc.edu.co:4058/es/lc/ucc/titulos/113710>
- López, R. y González P. (2017). Grandes éxitos de la inteligencia artificial. En *Inteligencia Artificial* (pp.. 118-145). Editorial Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC).
- Luján, M. (2018). *Bots: La inteligencia artificial que ya nos toca*. Recuperado de <https://startpoint.cise.es/bots-la-inteligencia-artificial-que-ya-nos-toca/>
- Mamián, D. (2010). Urcunina: desiciones pollíticas y derechos culturales. *Mopa Mopa*, 1(20), 26-43.
- Mayorga, F. (2012). *La propiedad territorial indígena en la provincia de Bogotá 1831-1857*. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Mayorga, F. (2013). Norma general, norma especial: el Código Civil de 1887 y la Ley 89 de 1890, un caso de regulación protectora de la minorías durante la Regeneración. *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, 27, 159-182.
- Mayorga, F. (2015). *Datos para la historia de la propiedad territorial indígena en el suroccidente colombiano* (inédito). Bogotá.
- Meadows, D., Randers, J., Behrens III, W. & Meadows, L. (1972). *The limits of the Growth*. Washington: A Potomac Associates Book. Retrieved from <http://www.donella-meadows.org/wp-content/userfiles/Limits-to-Growth-digital-scan-version.pdf>
- Medici, A. (2010). El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador. *Derecho y Ciencias Sociales*, (3).

- Molina, J. (2014). *Derechos de la naturaleza*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Naciones Unidas. (1948). *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.un.org>: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Ocampo, R. (2014). Obligaciones morales con seres no humanos. *Revista CS*, (13), 183-213.
- Organización de Naciones Unidas (ONU). (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.
- Ortiz, J. (2013). La identidad cultural de los pueblos indígenas en el marco de la protección de los derechos humanos y los procesos de democratización en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (30), 217.
- Oyaneder, P. (2003). Aproximación al mito. *Atenea*, (487), 93-101.
- Pueblo Misak. (2016). *Ley Misak*. Recuperado de <https://www.grain.org/es/article/entries/1241-misak-ley>
- Regan, T. (1999). Poniendo a las personas en su lugar. *Teorema*, 18, 17-37. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4254786.pdf>
- Regan, T. (2007). Ética medioambiental y Derechos animales. En Herrera, A. (ed.), *De Animales y Hombres. Studia Philosophica* (pp. 117-130). Madrid: Ediciones de la Universidad de Oviedo. Recuperado de <http://tomregan.free.fr/Tom-Regan-Derechos-Animales-y-etica-medioambiental.pdf>
- Reyes, M. y Moliner, M. (2009). *Cuaderno IV: La Persona Jurídica*. Madrid: Dikynson S. L.
- Rincón, D. (2018). Los animales como seres sintientes en el marco del principio alterum non laedere, *Inciso*, 20(1), 57-69.
- Ruiza, M. y Tamaro, E. (2004). Biografía de Herón de Alejandría. En *Biografías y Vidas. La enciclopedia biográfica en línea*. Barcelona. Recuperado de <https://www.biografiasyvidas.com/biografia/h/heron.htm>
- Sabato, E. (1951). *Hombres y Engranajes*. Buenos Aires. Recuperado de [http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2012/LYM/homb\\_engSaba.pdf](http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2012/LYM/homb_engSaba.pdf)
- Sabato, E. (2000). *La Resistencia*. Buenos Aires: Grupo Planeta. Recuperado de <http://biblio3.url.edu.gt/Libros/sabato/resistencia.pdf>
- Santana, M. (2015). El buen vivir. Miradas desde adentro. *Revista Pueblos y Fronteras Digital*, 10(19), 171-198.
- Seattle, J. (2010). Carta al presidente de los Estados Unidos de Norteamérica. *Mopa Mopa*, 127-130.
- Singer, P. (2003). Liberación Animal. *The New York Review of Books* nº 8 del Volumen L.
- Subirats, E. (2012). Mito, magia, mimesis. *Antípoda. Revista de Antropología y Arqueología*, (15), 31-66.

- Toca, C. (2011). Las versiones del desarrollo sostenible. *Sociedade e Cultura*, 14(1), 195-204.
- Urteaga, E. (2008). El debate internacional sobre desarrollo sostenible. *Investigaciones geográficas*, (46), 127-140.
- Valencia, A. (1989). *Derecho Civil (Tomo I. Parte General y personas)*. Bogotá: Editorial Temis.
- Vasco, L. (2012). El pensamiento telúrico del indio. En *Varios, Mapas y derechos: Experiencias y aprendizajes en América Latina* (pp. 195-205). Rosario: Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Recuperado de <http://www.luguiva.net/admin/pdfs/EL%20PENSAMIENTO%20TELURICO%20DEL%20INDIO.pdf>
- Velásquez, J. (2013). El derecho natural en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 43(119), 735-772.
- Villalba, J. (2016). Problemas bioéticos emergentes de la inteligencia artificial. *Diversitas: Perspectivas en Psicología*, 12(1), 137-147.



**Estudios**  
de Derecho  
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD  
DE ANTIOQUIA**

*Serie Desde la raíz. Fotografía Digital. Silvia Alejandra Cifuentes Manrique*

# Crítica do direito: perspectivas contemporâneas\*

Ricardo de Macedo Menna Barreto\*\*

## Resumo

O presente artigo tem por objetivo realizar uma análise da Crítica do Direito a partir da exposição de três grandes movimentos teóricos contemporâneos: *Critique du Droit* (França), *Critical Legal Studies* (Estados Unidos da América) e *Rechtskritik* (Alemanha). Nesse sentido, este estudo não buscou realizar um mero inventário de teorias críticas do Direito, mas sim propor uma revisita teoricamente orientada ao pensamento crítico que permita a identificação das suas raízes epistemológicas. Tal identificação pode permitir à Crítica do Direito contemporânea uma reflexão acerca do seu alcance ante os desafios do atual cenário social. Quanto à metodologia, a presente pesquisa realizou uma análise crítica a partir do conhecimento partilhado por diferentes matrizes teóricas, servindo-se, para tanto, de revisão bibliográfica.

**Palavras-chave:** crítica do direito; dogmática jurídica; epistemologia jurídica.

## Crítica del derecho: perspectivas contemporáneas

## Resumen

El propósito de este artículo es realizar un análisis de la Crítica del Derecho a partir de la exposición de tres grandes movimientos teóricos contemporáneos: *Critique du Droit* (Francia), *Critical Legal Studies* (Estados Unidos de América) y *Rechtskritik* (Alemania). En este sentido, este estudio no buscó realizar un mero inventario de teorías críticas del derecho, sino proponer una revisión teóricamente orientada al pensamiento crítico que permita la identificación de sus raíces epistemológicas. Tal identificación puede permitir que la Crítica del Derecho contemporánea reflexione sobre su alcance frente a los desafíos del escenario social actual. En cuanto a la metodología, la presente investigación llevó a cabo un análisis crítico a partir de los conocimientos compartidos por diferentes matrices teóricas, utilizando para ello una revisión bibliográfica.

**Palabras clave:** crítica del derecho; dogmática jurídica; epistemología jurídica.

## Critique of Law: contemporary perspectives

## Abstract

This article aims to analyze the Critique of Law based on the main characters of three major theoretical contemporary movements: *Critique du Droit* (France), Critical Legal Studies (United States of America), and *Rechtskritik* (Germany). In this sense, this study did not seek to carry out a mere inventory of critical theories of Law, but rather propose a theoretically-oriented revisit to critical thinking that allows the identification of its epistemological roots. This identification may allow the contemporary Critique of Law to reflect on its reach in the face of the current social scenario's challenges. As for the methodology, the present research carried out a critical analysis based on the knowledge shared by different theoretical matrices, using a literature review.

**Keywords:** critique of law; legal dogmatic; epistemology of law.

---

\* Artículo de reflexión derivado de investigación. El artículo proviene de una investigación más amplia, desarrollada en el ámbito de la tesis doctoral (2015-2019), que obtuvo la aprobación con el máximo grado en 2019, Universidad do Minho, Portugal. El autor agradece a los evaluadores anónimos por sus atentas, cordiales y valiosas sugerencias.

\*\* Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad do Minho, Portugal. Maestro en Derecho Público por la UNISINOS, RS, Brasil. Graduado en Derecho por la UNISINOS, RS, Brasil. Profesor Invitado en los Programas de Máster en Derecho y en la Licenciatura en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad do Minho, Portugal. Correo electrónico: ricardo.mennabarreto@gmail.com. ORCID: 0000-0001-7357-7722.

Cómo citar este artículo: Menna Barreto, R. de M. (2021). Crítica do direito: perspectivas contemporâneas. *Estudios de Derecho*, 78 (171), 36-64

Doi: 10.17533/udea.esde.v78n171a02

Fecha de recepción: 07/06/2020 Fecha de aceptación: 16/09/2020



## Crítica do direito: perspectivas contemporâneas

### Introdução

O presente artigo tem por escopo realizar uma análise da *Crítica do Direito*. A *Crítica do Direito*, ou *Teoria Crítica do Direito*, é marcada por distintos movimentos teóricos, todos com uma preocupação comum, qual seja, a de estabelecer uma compreensão sobre “o modo como o direito cria sistemas de classificação e de hierarquização, normas e imagens, que condicionam ou até instituem, relações de poder na sociedade”, conforme acentua António Manuel Hespanha (1997, p. 224).

Para Hespanha, os principais movimentos teórico-críticos do Direito desenvolveram-se, sobretudo, na França (*Critique du Droit*), nos Estados Unidos da América (*Critical Legal Studies*) e na Alemanha (*Rechtskritik*) (Hespanha, 1997, p. 225), não obstante o fato de suas influências terem se difundido por diferentes países e terem adquirido diferentes matizes epistemológicos. Optamos, neste estudo, por seguir a divisão tripartite proposta por Hespanha na realização de uma exposição destes três grandes movimentos, sem, naturalmente, pretensão alguma de esgotamento.

Ao seguir a divisão proposta por Hespanha, por certo não ignoramos o fato de existirem -para além dos movimentos provenientes da França, dos EUA e da Alemanha- importantes desenvolvimentos teóricos no âmbito da Crítica do Direito em outros países, sejam europeus, ou latino-americanos<sup>1</sup>. Todavia, por questões de delimitação, nossa ênfase recairá sobre a *Critique du Droit*, os *Critical Legal Studies* e a *Rechtskritik*, embora venhamos a apontar, aqui e ali, ao longo do presente texto, a existência de outras correntes críticas.

Buscamos, no entanto, com este estudo, não apenas realizar um mero inventário epistemológico de teorias críticas do Direito, mas propor uma revisita ao pensamento jurídico crítico como um convite à superação dos obstáculos desta “dogmática imóvel cada vez mais desajustada da vida”, para utilizar novamente as palavras de Hespanha (2009, p. 7). Nesse sentido, a contribuição científica do presente estudo se evidencia na medida em que a revisita às bases epistemológicas

1 Sobre os diferentes movimentos críticos do Direito na América Latina, sugere-se ver a excelente obra coletiva organizada por Wolkmer & Correas (2013).

dos principais movimentos críticos do Direito pode permitir uma compreensão diferenciada das teorias e da práxis jurídicas de hoje, possibilitando, desse modo, que a dogmática jurídica se ajuste diante dos novos desafios impostos pela complexidade social. Também se pode interpretar tal revisita como um convite a novos desenvolvimentos jus-epistemológicos, na medida em que se fornecem pistas de possíveis articulações teórico-metodológicas para a denúncia da dimensão ideológica e da dominação social para a Crítica do Direito do século XXI.

Dividimos este artigo em cinco seções, para além da presente introdução e das considerações finais. Na primeira seção, “*Crítica do Direito: primeiras aproximações*” [1], realizaremos uma aproximação inicial com a Crítica do Direito, apontando brevemente para os seus papéis, definições e a sua relação com a dogmática jurídica. Por conseguinte, em “*Crítica do Direito francesa: da necessidade de uma epistemologia*” [2], abordaremos os principais caracteres deste movimento, em especial a partir do pensamento de Michel Mialle. Em seguida, em “*Contornos teórico-ideológicos dos Estudos Jurídicos Críticos*” [3], abordaremos os principais contributos dos *Critical Legal Studies*, com ênfase nos contributos de Duncan Kennedy e Roberto Mangabeira Unger. Posteriormente, em “*Crítica do Direito alemã: crítica frankfurtiana e sistemas*” [4] abordaremos brevemente aspectos históricos da Teoria Crítica da Escola de Frankfurt, para, em seguida, apresentar, em linhas gerais, alguns traços do pensamento de Jürgen Habermas e de Niklas Luhmann, problematizando a (im)possibilidade da dimensão crítica na teoria de Luhmann. Por fim, em “*Perspectivas para a atual Crítica do Direito*” [5], refletiremos acerca do alcance e dos desafios da Crítica do Direito diante do contexto social contemporâneo. Quanto à metodologia, a presente pesquisa realizou uma análise crítica a partir do conhecimento partilhado por diferentes matrizes teóricas, servindo-se, para tanto, de revisão bibliográfica.

## 1. Crítica do direito: primeiras aproximações

Um dos papéis da *Crítica do Direito* é a denúncia da função ideológica que encobre a própria fundamentação do jurídico. É o que entende Carlos María Cárcova, explicando que o papel da teoria crítica do direito é o de impugnar o reducionismo normativista que supõe a existência de um “mero jogo de disposição e organização metodológica” do Direito. Com isso, a crítica postula dar conta das condições históricas do surgimento do discurso da lei, bem como de sua própria produção, circulação e apropriação, desvelando os interesses que se encontram em sua base. Trata-se de uma teoria que concebe o Direito como uma instância específica da totalidade social, dando-se especial atenção à análise de seus elementos estruturais e partindo de uma matriz explicativa multi e transdisciplinar. E isso se opera, segundo Cárcova (1991), como uma espécie de “discurso de intersecção”, para o

qual concorrem múltiplos saberes, como a linguística, a sociologia, a economia política, a antropologia etc. (pp. 7-8).

Em sentido lato, a *Crítica do Direito* pode ser definida como uma *crítica à* (ou ao reducionismo da) *dogmática jurídica* - premissa da qual partilham, de algum modo, todos os três movimentos críticos que abordaremos ao longo deste artigo. Conceitualmente, a dogmática jurídica, segundo Niklas Luhmann, tem como característica mais marcante a chamada *proibição de negação*, ou seja, a não-negabilidade dos pontos de partida das cadeias argumentativas. Soma-se a isso a pressuposição de um certo nível de organização do sistema jurídico, possibilitando a tomada de decisões vinculantes acerca das problemáticas jurídicas. Em outras palavras, a dogmática jurídica oferece, segundo Luhmann (1983a, pp. 27-34), uma entre várias soluções que são equivalentes funcionalmente para o problema da aplicação do direito, controlando, assim, uma grande quantidade de decisões possíveis.

Para além da concepção luhmanniana, pode-se afirmar que a dogmática jurídica “é qualquer coisa, menos algo claro”, como adverte Robert Alexy (2007, pp. 240-241), pois não há, segundo este autor, uma “teoria da dogmática jurídica” compartilhada de modo unânime. Geralmente, diz Alexy, por dogmática jurídica entende-se a Ciência do Direito em sentido próprio e estrito, sendo ela uma mescla de três atividades: 1) descrever o direito vigente; 2) realizar uma análise sistemática e conceitual e 3) elaborar propostas para a solução de casos jurídicos complexos. Ante a complexidade do desenvolvimento destas atividades, Alexy afirma que a dogmática jurídica pode ser considerada uma “disciplina pluridimensional”. Em sua concepção discursiva da dogmática jurídica, Alexy traça uma linha de pensamento que relaciona a dogmática jurídica com os chamados “argumentos dogmáticos”. Como tais argumentos devem estar apoiados na dogmática jurídica, é, portanto, conveniente entendê-la não como um conjunto de atividades, mas sim de *enunciados*. Nesta óptica, Alexy (2007), define a dogmática do Direito (ou jurídica) como:

(1) una serie de enunciados que (2) se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, (3) están entre sí en una relación de coherencia mutua, (4) se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y (5) tienen contenido normativo. (p. 246)

A partir daí, a crítica à dogmática jurídica pode ser compreendida como uma crítica ao direito positivo, o qual tem os seus próprios critérios de racionalidade e neutralidade reproduzidos, hoje, larga e cegamente, pelo ensino e pela práxis jurídica, que em regra o fazem de modo inteiramente *acrítico*. Abre-se, assim, um amplo espaço a críticas jurídicas de diferentes matizes epistemológicos. É, sobretudo, acerca dos contornos teóricos de três perspectivas críticas, francesa, americana e alemã, que dissertaremos a seguir, iniciando pela crítica do Direito francesa.

## 2. Crítica do direito francesa: da necessidade de uma epistemologia

Passemos, pois, ao primeiro dos três movimentos crítico-jurídicos assinalados. Entendemos que um ponto de partida possível para delinearmos os principais aspectos da *Critique du Droit* é a obra “*A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*”<sup>2</sup> do jurista soviético Evgeny Pašukanis (1977). Considerada um clássico da crítica marxista do direito, esta obra teve vultosa repercussão entre os juristas franceses, influenciando fortemente a elaboração do pensamento crítico do Direito na França. Karl Korsch (1977), na apresentação do livro<sup>3</sup>, define a iniciativa de Pašukanis como uma espécie de “busca pelo renascimento do espírito e do método do pensamento de Karl Marx” em *O Capital*. Não obstante, tecendo uma crítica à obra, Korsch (1977) entende que *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo* em verdade não passou de uma “tentativa de utilizar, no específico domínio do direito e com uma precisão quase pedante e dum modo estritamente ‘ortodoxo’ esta concepção materialista que Marx proclamou em *O Capital* e em outros escritos” (p. 8).

Existe, por certo, um forte apego de Pašukanis ao materialismo marxista, o qual é seguido na tentativa de apresentar uma “revolucionária” crítica marxista do Direito. Por outro lado, em defesa de Pašukanis, Kashiura Júnior (2011) irá afirmar:

o que é patente e não se pode negar é que Pachukanis construiu uma análise forte e radical do direito. Sua crítica atinge um nível do fenômeno jurídico antes insondado por outros pensadores e, em especial, pelos marxistas - e a razão para isto é que seu pensamento é bem conduzido pelo método dialético, o que permite chegar ‘mais longe’ na compreensão do direito, em semelhante proporção ao que Marx pôde chegar ‘mais longe’ na compreensão da economia. (p. 59)

*A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*, para Kashiura Júnior (2011), sustenta-se pela “preocupação com a historicidade das formas e não apenas dos conteúdos, que está em perfeita sintonia com a dialética de Marx, dá ensejo à compreensão do caráter essencialmente capitalista do direito” (p. 59). De um modo ou de outro, o fato é que Pašukanis, com seus escritos, abrirá o caminho para novos estudos, reconhecendo que a crítica marxista da Teoria Geral do Direito estaria, àquela época, apenas no início. Ou seja, Pašukanis reconhece a necessidade de desenvolvimentos teóricos posteriores à sua obra, que pode ser entendida como um ponto de partida para estudos jurídico-marxistas, sobretudo àqueles dirigidos à epistemologia jurídica.

2 Não apenas por sua forte influência em um certo círculo de juristas críticos franceses, mas, igualmente, por sua importância histórica no âmbito da teoria marxista do direito.

3 Em verdade, esta apresentação constitui antes um ensaio mais amplo, publicado em 1930 e dirigido tanto à obra de Pašukanis como à de Karl Renner, ambas publicadas no ano de 1929.

E foi, de fato, exatamente isso o que aconteceu. Nas décadas seguintes, surgiram diferentes estudos jurídico-marxistas influenciados pelo legado de Pašukanis. Nesse sentido, uma das obras de maior influência é “*Une Introduction Critique au Droit*” (*Uma Introdução Crítica ao Direito*), do jurista francês Michel Mialle. Apontando para suas bases teóricas, Mialle defende a necessidade de um regresso aos clássicos marxistas, afirmando, categoricamente, que, para o sucesso de tal investida, “o texto mais claro e mais interessante continua a ser o de E. B. Pašukanis (...)” (Mialle, 1979, p. 10).

Contudo, Mialle, ao propor sua *Introduction Critique*, avança significativamente em relação ao legado teórico de Pašukanis. A obra de Mialle se situa no seio de um projeto mais amplo de elaboração de uma Crítica do Direito, iniciado em 1976. Em um texto recente, no qual realiza um resgate histórico das ideias norteadoras de sua obra, Mialle explica que, para a formulação da crítica, é imprescindível o reconhecimento da necessidade de uma epistemologia, sendo este “o primeiro gesto dos trabalhos da crítica do Direito, recordar a necessidade imperiosa de dispor de uma epistemologia precisa” (Mialle, 2014, p. 268). Em Mialle, trata-se de uma epistemologia materialista e crítica, cuja preocupação principal reside em compreender porque o conhecimento do Direito pode ser denominado de científico (Mialle, 1979, 2014).

Ou seja, Mialle defende, em *Une Introduction Critique au Droit*, que para se “introduzir” o Direito, deve-se introduzi-lo “cientificamente”, ou seja, como uma *ciência jurídica*. Deste modo, Mialle se distancia de todo um manancial de disciplinas e manuais que seguiam, até então, uma espécie de “melodia única”, qual seja, a da “filosofia idealista dos países ocidentais, industrializados”. Mialle então sustentará, astutamente, que uma *introdução crítica* deve ser diferenciada de uma *introdução com críticas*, pois a ideia de “crítica” deve ser aqui tomada em seu sentido mais profundo, qual seja, possibilitando que apareça o *invisível*. Não se trata, por óbvio, de uma concepção mística ou esotérica, pois a crítica envolve, para o autor, um verdadeiro exercício de abstração intelectual, evocando coisas, ou realidades, diante de sua ausência (Mialle, 1979, pp. 16-17). O pensamento crítico não se resume, porém, ao pensamento abstrato; por isso, sustenta Mialle (1979), é preciso acrescentar-lhe a *dialética*. “Que quer isto dizer? O pensamento dialéctico parte da experiência de que o mundo é complexo: o real não mantém as condições de sua existência senão numa luta, quer ela seja consciente ou inconsciente” (pp. 17-18).

Com efeito, é esta complexidade do mundo social referida por Mialle que normalmente coloca em xeque os juristas mais dogmáticos, visto que, com a crescente flutuação das estruturas sociais, surgem, invariavelmente, novos desafios e demandas jurídicas que levam o pensamento jurídico tradicional a ver-se em conflito, buscando respostas prontas mais adequadas à sempre mutável e contingente realidade social. Nesta ordem de ideias, Mialle (1979, p. 19) afirmará que:

a teoria crítica permite não só descobrir os diferentes aspectos escondidos de uma realidade em movimento, mas sobretudo abre, então, as portas de uma nova dimensão: a da 'emancipação', segundo o termo de G. Raulet. Reflectindo sobre as condições e os efeitos da sua existência na vida social, a teoria reencontra a sua ligação com a prática, quer dizer, com o mundo social existente. (p. 19)

Entre outros tantos aspectos relevantes que poderiam ser aqui destacados, mas que, por questões de espaço, não iremos analisar, podemos apontar a introdução da concepção bachelardiana de *obstáculo epistemológico* (ver Bachelard, 1996, p. 17 e ss.) por Mialle na constituição de uma ciência jurídica. Como ocorre com tantas outras ciências, a investigação científica do Direito naturalmente se depara com diversos obstáculos à produção do conhecimento científico. Trata-se de obstáculos reais, que geralmente se ligam, diz Mialle (1979, p. 34), às condições históricas da investigação científica. Em sua *Introduction*, Mialle (1979, p. 34 e ss.) realiza, então, uma análise bastante atenta de três obstáculos epistemológicos: i) a falsa transparência do Direito; ii) o idealismo jurídico; e iii) a independência da ciência jurídica. Nesse aspecto, a obra de Mialle pode ser entendida como um verdadeiro - e ainda atual - convite ao reconhecimento da complexidade do objeto de estudo dos juristas, da desconstrução de problemáticas representações ideológicas do mundo jurídico e da abolição de uma concepção independente e, por isso mesmo, *limitada* do fenômeno jurídico.

Percebe-se, portanto, que as reflexões de Mialle apontam para uma postura reflexiva, na qual os cientistas do Direito devem pôr-se a pensar a natureza dos próprios conceitos que manejam na ciência do Direito. Não se trata, porém, como referido acima, de uma ciência independente, ou mesmo "pura", como pretende Kelsen (2000). Neste particular, este tipo de análise crítica "desbloqueia o estudo do direito do seu isolamento, projecta-o no mundo real onde ele encontra o seu lugar e a sua razão de ser, e, ligando-o a todos os outros fenómenos da sociedade, torna-o solidário da mesma história social" (Mialle, 1979, p. 19).

Convém observar que esta corrente crítica, muito bem representada por Mialle, é composta também por outros importantes juristas franceses. Conforme Fragale Filho & Rezende Alvim (2007, p. 146), este movimento surge, efetivamente, a partir da coleção de obras *Critique du droit*, "dirigida por Robert Charvin, Philippe Dujardin, Jean-Jacques Gleizal, Antoine Jeammaud, Michel Jeantin e Michel Mialle, e que publicou, no final dos anos 1970 e início dos anos 1980, pelo menos cinco diferentes volumes (...)"<sup>4</sup>.

4 Fragale Filho & Rezende Alvim traçam um interessante panorama da influência do movimento *Critique du droit* no Brasil. Tomando como ponto de partida não apenas a coleção *Critique du droit*, mas também a revista *Procès – Cahiers d'analyse politique et juridique*, periódico científico veiculado pelo *Centre d'épistémologie juridique et politique* da Universidade de Lyon II desde 1978, Fragale Filho & Rezende Alvim (2007, p. 141) explicam os reflexos deste

Ao realizar, recentemente, um balanço da Crítica do Direito francesa, Mialle destaca como a década de 1970 foi intensa em termos de elaboração doutrinária, provendo uma interpretação estruturalista do marxismo a partir de nomes como Louis Althusser e Nicos Poulantzas (Mialle, 2014, p. 266). Com efeito, ainda hoje as ideias de Althusser são de grande valia para compreendermos como se reproduzem as condições de dominação de uns sobre outros na sociedade. Por isso, vale observar, brevemente, a ideia althusseriana de *Aparelhos Ideológicos do Estado* (AIE).

Este conceito nasce da distinção realizada por Althusser entre *Poder de Estado* e *Aparelho de Estado*, somada a uma outra “realidade”, que se encontra ao lado do Aparelho repressor de Estado, embora não se confunda com ele: os *Aparelhos Ideológicos do Estado*. Entre estes aparelhos, Althusser (2008, pp. 102-103) traz como exemplos: o Aparelho Escolar, o Aparelho Político, o Aparelho Religioso, o Aparelho da Informação etc., sendo que cada aparelho corresponde ao que se denominam “instituições” ou “organizações”.

Porém, de que maneira Althusser situa o Direito em sua análise? Ora, segundo este filósofo, o Direito é necessariamente *repressor* e inscreve a sanção do direito no próprio direito, sob a forma do Código Penal. Nesta perspectiva, o Direito só poderia funcionar, de fato, sob a condição da “existência real de um Aparelho repressor do Estado que *executasse* as sanções, formalmente inscritas no Direito Penal e pronunciadas pelos Juízes dos Tribunais encarregados de julgar as infrações” (Althusser, 2008, p. 189).

Para Althusser (2008, pp. 190-192), existe uma forte vinculação do Direito a um aparelho repressor especializado que, por sua vez, faz parte do Aparelho repressor do Estado, além, naturalmente, de se vincular à ideologia jurídico-moral burguesa. Tudo isso o leva a defender, finalmente, que o Direito é um “Aparelho Ideológico do Estado” que exerce um papel absolutamente específico nas formações sociais capitalistas.

Por fim, note-se que Mialle e seus colegas franceses do movimento *Critique du droit* exerceram grande influência na crítica do Direito brasileira, conforme referimos. Nesse aspecto, o jurista argentino Luis Alberto Warat (1982)<sup>5</sup>, ideia-

---

movimento crítico em solo brasileiro, salientando que a recepção da *Critique du droit* pela comunidade acadêmica brasileira foi na época tão considerável, que um dos números da revista *Procès*, no ano de 1982, foi inteiramente dedicado às “Abordagens Críticas do Direito na América Latina”.

5 Luis Alberto Warat muda-se da Argentina para o Brasil na década de 1970 – inicialmente para a UFSM, em Santa Maria (Rio Grande do Sul) e, posteriormente para a UFSC, em Florianópolis (Santa Catarina). Incorporado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Warat lecionou e/ou orientou importantes nomes da Crítica do Direito brasileira, como Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck, Vera Regina Andrade e Gisele Cittadino. Posteriormente, vinculado à UnB, Warat também orientaria a tese de doutoramento de José Geraldo de Sousa Jr., intitulada “*Direito como Liberdade: O Direito Achado na Rua - Experiências Populares Emancipatórias de Criação do Direito*” (2008). Sousa Jr., por

lizador das Jornadas Latino-americanas de Metodologia do Ensino do Direito<sup>6</sup>, então sediado no Brasil, chegou, em certa oportunidade, a recepcionar Mialle, Jeammaud, entre outros importantes nomes da crítica do Direito francesa<sup>7</sup>. Seguramente, tal aproximação possibilitou a criação e difusão de uma corrente crítica de influência francesa assente, sobretudo, na região Sul do Brasil. Contudo, esta corrente crítica sul-brasileira, situada, sobretudo, nos estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul, acabou também por sofrer influências de outras correntes marxistas e neomarxistas, notadamente do movimento crítico italiano, de viés neomarxista, *L'uso alternativo del diritto* (Uso Alternativo do Direito), o qual reverberou significativamente no Brasil<sup>8</sup>.

### 3. Contornos teórico-ideológicos dos estudos jurídicos críticos

O segundo movimento crítico do Direito que abordaremos nasce nos Estados Unidos da América, durante a década de 1970: os *Estudos Jurídicos Críticos* [Critical Legal Studies (CLS)]. Surgidos a partir de uma conferência sobre Estudos Jurídicos Críticos, na Universidade de Wisconsin, em 1977, os CLS combinaram as preocupações do realismo jurídico, do marxismo crítico, bem como da teoria literária estruturalista ou pós-estruturalista. Certamente, uma das marcas desta

---

sua vez, foi um dos precursores do movimento crítico “Direito Achado na Rua”, sendo influenciado pelo pensamento crítico de Lyra Filho (1980).

- 6 Na década de 1970 Warat cria, em Buenos Aires, a ALMED (Associação Latino-Americana de Metodologia do Ensino do Direito), a partir da qual organizaria diversas jornadas e publicações na área de metodologia e ensino do direito, tanto na Argentina como no Brasil.
- 7 Para um panorama geral da influência francesa em juristas brasileiros, ver Fragale Filho & Rezende Alvim (2007).
- 8 O *Uso Alternativo do Direito*, surgido inicialmente na Itália, em idos dos anos 1970, inspirou de modo duradouro a doutrina crítica italiana, sobretudo na forma de um certo protagonismo da magistratura, que era vista como um agente de reformas da vida cívica e política. Este movimento se estendeu até às décadas de 1980 e 1990 (cfe. Hespanha, 1997, p. 227). Um de seus grandes expoentes foi, sem dúvida, Pietro Barcellona (1973). À época, Barcellona & Cotturri (1972, p. 105) sugeriam a existência de dois tipos de juízes: o primeiro, um mero intérprete, reduzido ao papel de aplicador da lei, pouco inovando em relação ao que está disposto na norma. Este tipo de juiz, segundo Barcellona e Cotturri, liga-se a uma ideia de sistema jurídico fechado e autossuficiente. O segundo, por sua vez, um juiz não limitado a interpretar a norma, mas agregando sempre algo ao limitado conteúdo normativo. Um juiz assim, mais que investido do papel de intérprete, seria o verdadeiro buscador de um direito que reconhece o sistema normativo como insuficiente e aberto às necessárias integrações decorrentes das contingências flutuações das estruturas sociais. No Brasil, *L'uso alternativo del diritto* acabou influenciando o surgimento do *Direito Alternativo*, movimento predominantemente composto por magistrados. Nesse sentido, convém observar que, tanto quanto a *Critique du droit*, o *Uso Alternativo do Direito* exerceu forte influência sobre os juristas críticos brasileiros (ver, principalmente, Arruda JR., 1991; Carvalho, 1992; Andrade, 2008). O *Direito Alternativo*, entre as décadas de 1980 e 1990, propagou-se sob a forma de congressos, seminários, publicações, além, por certo, da adoção de uma postura judicial “diferenciada” por parte dos magistrados vinculados ideologicamente ao movimento. Porém, este movimento passou a perder força logo no início dos anos 2000. Para maiores detalhes, sugere-se ver, especialmente, as obras de Carvalho (1998) e Wolkmer (2006). Sugere-se, do mesmo modo, ver a interessante crítica ao Direito Alternativo por um simpatizante do movimento (Coelho, 1995, p. 69 e ss.). Por fim, vale observar que influenciados por diferentes correntes crítico-jurídicas, tem-se em Roberto Lyra Filho (1980), Luis Alberto Warat (1981) e Luiz Fernando Coelho (2003) alguns dos mais importantes precursores do pensamento jurídico-crítico brasileiro.

corrente foi possibilitar a emergência de distintos movimentos intelectuais que se voltavam, sobretudo, a criticar o papel da lei na manutenção das hierarquias baseadas no sexo, na raça e na orientação sexual. Os *Critical Legal Studies*, além disso, influenciaram fortemente pesquisas em estudos jurídicos interdisciplinares. Para tanto, recorriam aos métodos das humanidades, somados aos das ciências sociais interpretativas (Binder, 2010, p. 267).

Conforme Juan Pérez Lledó (1996, pp. 33-36), os *Critical Legal Studies* podem ser considerados um “movimento” formado por um conjunto muito heterogêneo de pensadores, os quais utilizam suportes teóricos e metodológicos diversos. Além disso, todos se ocupam com uma vasta e variada gama de problemas que envolvem diferentes campos de estudo. Trata-se de um fenômeno, segundo Lledó, “genuinamente americano”, o qual, para ser devidamente compreendido, deve partir de uma observação da cultura jurídica daquele país com foco no ambiente intelectual, cultural e social da época.

Os precursores deste movimento, nos anos 1970, foram, principalmente, Roberto Mangabeira Unger e Duncan Kennedy, ambos da *Harvard Law School*. Para Wayne Eastman (1999, p. 754) - em interessante estudo, no qual traça paralelos entre os CLS e o movimento *Law and Economics* da Escola de Chicago -, foram os escritos de Unger e Kennedy, somados à referida conferência na Universidade de Wisconsin que, de certo modo, “institucionalizaram” os *Critical Legal Studies* enquanto movimento intelectual. Mais que propriamente um movimento ou escola, Kennedy preferiu denominar os CLS de “intervenção” política e intelectual no campo acadêmico das Faculdades de Direito. Intervenção esta que contou com temas políticos bastante heterogêneos, todos com uma forte inclinação esquerdista. Kennedy (1992, p. 283) entende que tal intervenção adquiriu, basicamente, cinco formas, as quais permitiram a institucionalização dos CLS, quais sejam: 1) a formação de espécies de “facções de esquerdas”, em diversas faculdades de Direito pelo país; 2) publicação em periódicos científicos especializados de uma “nova” literatura jurídica, até então nunca vista; 3) a organização de “colônias de férias”, nas quais dezenas de acadêmicos podiam discutir livremente suas pesquisas, ao mesmo tempo em que se dedicavam a ler e a debater os “clássicos”; 4) a promoção de amplos congressos, nos quais uma multiplicidade de abordagens, de diferentes classes, dos CLS, eram presenciadas por centenas de pessoas; e, por fim, 5) a criação de uma espécie de “rede nacional”, que apoiou todas estas atividades acadêmicas.

Se existe uma característica bastante peculiar dos CLS, é o fato deste movimento (ou intervenção) ter uma boa parcela de seus membros dedicada a estudos dogmáticos-jurídicos, como o direito contratual, o direito do trabalho, o direito penal etc. (Kennedy, 1992, pp. 283-284). Pode-se perceber, com isso, que a preocupação central dos CLS se dirige ao próprio sistema jurídico em sua dimensão positiva, com todas as suas contradições, conflitos e indeterminações. Todavia, não

se pode afirmar, levianamente, tratar-se de meros “juristas práticos”, ou mesmo dogmáticos, no sentido estrito do termo, pois há uma preocupação de ordem política e sociológica entre os partidários dos CLS. Suas influências perpassam diferentes correntes de pensamento - como o Funcionalismo Sociológico, para citar um exemplo privilegiado. Estimulados por tais vertentes, os CLS dirigem então suas críticas “ao interior” do Direito ou, em outras palavras, como dirá Kennedy (1992), “ao domínio das regras detalhadas, dos argumentos comuns, das práticas familiares da produção acadêmica e judicial” (p. 284).

Roberto Mangabeira Unger defenderá que os *Critical Legal Studies* propiciaram um espaço de indeterminação das ideias centrais que sustentavam o pensamento jurídico moderno, substituindo-as por outra concepção de Direito. De um lado, tal concepção sugere uma visão diferenciada de sociedade; de outro, informa uma prática de política. Conforme sugere Unger, os CLS surgiram da tradição esquerdista no pensamento e na prática jurídica moderna, não obstante duas preocupações tenham marcado intensamente esta tradição. A primeira foi a crítica do formalismo e do objetivismo - sendo que formalismo não significa, para Unger, a crença na disponibilidade de um método dedutivo (ou mesmo quase dedutivo) apto a fornecer soluções determinadas a certos problemas de decisão jurídica. O formalismo pode ser compreendido como um “compromisso” e, logo, como uma crença na possibilidade de um método de justificação jurídica, o que contrasta, segundo Unger, com disputas ideológicas, filosóficas ou visionárias, ou seja, com os termos básicos da vida social. A segunda tese formalista que Unger sustenta é a de que a doutrina jurídica somente é possível por meio de um método de análise muito restrito e apolítico. Nesse sentido, a doutrina jurídica pode ser vista como uma espécie de prática conceitual, que combina basicamente duas características: a primeira, o trabalho a partir dos materiais definidos institucionalmente e herdados de uma tradição coletiva; a segunda, a pretensão de se falar autoritariamente dentro desta tradição de modo que se afete ou influencie o poder estatal (Unger, 1986, pp. 1-2).

O que se perceberá com Unger, a partir daí, é que os CLS, pelo menos em suas origens, esboçaram uma proposta teórica que possibilitou que se repensasse a concepção de sistema de direitos em uma sociedade complexa e radicalmente transformada, reivindicando-se uma influência justificada sobre o exercício do poder estatal e visando, com isso, desenvolver um sistema jurídico congruente com seus materiais autoritários e seu contexto institucional. Unger (1986, pp. 22-43) defenderá como grande diferencial buscado pelos CLS, no melhor sentido, reorientar a prática da análise jurídica, tratando o cidadão - e não o juiz, ou o seu equivalente no campo jurídico - como o interlocutor de maior relevância do pensamento jurídico.

Interessante notar que, em um primeiro balanço do movimento, Kennedy (1992, pp. 285-286) classifica os CLS como tendo passado por três fases distintas: a primeira, de 1977 a 1983; a segunda, de 1983 a 1992; e a terceira, iniciando-se

em 1992, momento da publicação do referido balanço. Observando rapidamente aspectos da primeira fase - a chamada “Idade de Ouro” do movimento -, é notório como neste momento havia uma adesão massiva de pesquisadores e estudantes, os quais, embora estigmatizados por se filiarem a um movimento avaliado por muitos como “extremista”, encontravam, no seio do próprio movimento, o conforto de uma espécie de “política familiar”. Nesta fase, há um intenso debate no interior dos CLS entre rationalistas e irrationalistas. Os primeiros mostravam-se herdeiros da tradição dita “científica” da esquerda, notadamente do marxismo, passando por Weber e Durkheim e tendo por ideal realizar uma espécie de fusão do saber na ação política sobre um modelo europeu (mais do que americano, destaque-se). Os irrationalistas, por sua vez, buscavam novos métodos de análise doutrinária, sendo fortemente influenciados pelo estruturalismo e carregando, além desta influência, o anarcosindicalismo, o existencialismo, o feminismo radical etc. Nestes, a vontade de desestabilização foi tamanha que este movimento acabou por carecer de premissas coerentes em suas próprias ideias, sublinha Kennedy (1992, pp. 285-286).

Neste texto de 1992, Kennedy já fazia, portanto, um balanço não muito otimista dos primeiros quinze anos (“anárquicos”, pode-se dizer) do movimento, afirmando que os CLS não elaboraram nenhum novo programa político, não influenciaram a vida americana, muito menos as profissões jurídicas. Se os CLS possibilitaram algo, afirma Kennedy, foi o surgimento de uma “esquerda jurídica institucionalizada”. Conclui então o autor, bastante modestamente, afirmando que o movimento poderia ser definido “não como um mapa, mas talvez como uma bússola” (Kennedy, 1992, pp. 287-288).

Todavia, em um balanço mais recente dos CLS, Mangabeira Unger (2015, pp. 26-32) explicará como o movimento, dentro das vertentes que foram estabelecidas, teve como predominância a radicalização da indeterminação jurídica; tal postura teórica pode ser chamada tanto de indeterminação, como de desconstrução. Forjados em teorias jurídicas antiformalistas, somadas à desconstrução literária e a algumas concepções do estruturalismo, os CLS consideravam a doutrina como a declaração de uma “visão particular da sociedade”, asseverando a indeterminação radical da lei em todos os sentidos. E os CLS conseguiram, ainda assim, perturbar consideravelmente o consenso no estudo do Direito, propiciando uma nova forma de envolver a cultura jurídica. Entretanto, conclui Unger, o que comprometeu os CLS foi não ter transformado o pensamento jurídico em uma “fonte de *insight*” sobre a estrutura institucional e ideológica do social, bem como não ter servido de fonte de ideias para a estruturação de regimes sociais alternativos<sup>9</sup>. Passemos, a seguir, a observar certos aspectos do pensamento jurídico-crítico alemão.

9 Sugere-se, para uma visão mais ampla da heterogeneidade de ideias dos CLS, os textos que compõe a obra organizada por Boyle (1992).

#### 4. Crítica do direito alemão: crítica frankfurtiana e sistemas

Se tentássemos traçar um ponto em comum entre as diferentes vertentes jurídico-críticas surgidas na Alemanha, este possivelmente nos levaria -por diferentes caminhos teóricos, seguramente- a uma *crítica ao positivismo jurídico*, notadamente ao juspositivismo kelseniano. Hans Kelsen desenvolveu, ao longo de várias décadas, uma espécie de “purificação” do Direito no plano epistemológico. Em outras palavras, buscou purificá-lo de “toda ideologia e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto” (Kelsen, 2000, p. 11). Fortemente influenciado pelo Círculo de Viena (*Wiener Kreis*)<sup>10</sup>, Kelsen elabora uma Teoria Geral do Direito cujos resultados deveriam, ao máximo, aproximar-se dos ideais de toda a ciência: rigor, objetividade e exatidão. Para tanto, Kelsen estruturou uma concepção teórica de sistema jurídico-normativo escalonado e fechado (Menna Barreto & Simioni, 2017, pp. 5 e ss.).

As críticas ao positivismo jurídico kelseniano partiram (e partem, ainda hoje)<sup>11</sup> de juristas orientados por diferentes matrizes epistemológicas. Entre as insuficiências detectadas na teoria de Kelsen e em algumas de suas derivações, saliente-se, segundo Rocha (1994, p. 5), o fato da matriz analítica (Kelsen, Bobbio) se centrar muito nos aspectos descritivos e estruturais do Direito, preservando, quanto aos aspectos políticos, uma pretensa noção de neutralidade, típica de um Estado liberal clássico não-interventor. Tal limitação política, porém, gera um entrave teórico ao reconhecimento, pelo jurista, da complexidade social mais ampla e democrática.

Delimitaremos nossa análise do pensamento jurídico alemão a partir de dois autores de especial relevância no atual debate da Teoria do Direito: Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. Como veremos, enquanto o primeiro se vincula, indiscutivelmente, ao corpo de uma tradição crítica, o segundo manifesta certa resistência em entender sua teoria como “crítica”. De todo modo, tanto Habermas como Luhmann, a partir de seus próprios caminhos teóricos, desvelaram as insuficiências do modelo positivista para se pensar o Direito na contemporaneidade - embora isso ainda deixe, por certo, algum espaço para discutirmos se é possível situá-los no âmbito da Crítica do Direito.

Quanto a Jürgen Habermas, não há como dissociá-lo da Escola de Frankfurt, vertente fortemente orientada por uma crítica marxista da sociedade e do Direito. Tal fato nos leva a realizar uma breve contextualização para, em seguida, observar alguns aspectos das ideias de Habermas. Para além do pensamento marxista, a

10 Aspectos da influência do Círculo de Viena sobre o pensamento de Kelsen podem ser encontrados em um breve estudo de Cofré (1995).

11 Ver, por exemplo, Streck (2011), pp. 31 e ss.

Escola de Frankfurt, a partir de um determinado momento, tomou rumos teóricos próprios, de maneira especial a partir das décadas de 1960-1970. Max Horkheimer, Theodor Adorno, Walter Benjamin, Erich Fromm, Herbert Marcuse, entre outros, foram alguns dos principais pensadores que figuraram nas origens deste notável movimento intelectual alemão. Ponderando sobre os caracteres desta Escola, Hespanha (1997) explica que, no âmbito especificamente político, a Escola de Frankfurt buscou identificar as “raízes mais profundas do modelo ocidental das relações de poder, tais como os sistemas de conceptualização e de classificação, as modalidades da comunicação, os modos de produção do saber (...) etc.” (p. 225).

Conforme explica Paul-Laurent Assoun (1987, pp. 7-9), a Escola de Frankfurt, estritamente falando, tratava-se, em sua origem, de uma Escola de “filosofia social” surgida da reorganização do *Instituto de Pesquisa Social* por Horkheimer, no ano de 1931. Enquanto pelo termo *filosofia social* se procurava designar a tradição precedente a um campo homogêneo, o mesmo termo designava, para Horkheimer, algo mais: um problema fundamental da relação entre a reflexividade filosófica, que se funda sobre a exigência do conceito, e a investigação científica, que aborda os dados empíricos. Nesta óptica, a “entidade teórica” que envolveu o movimento -ou “a substância teórica da Escola de Frankfurt”, conforme denomina Assoun- foi realizada na “*Teoria Crítica*”, nome de batismo desta avançada abordagem epistêmica. Tal expressão foi introduzida por Horkheimer em um manifesto que incluiria o artigo “*Teoria Tradicional e Teoria Crítica*”, publicado na *Zeitschrift für Sozialforschung* (Revista de Investigação Social) em 1937 (Assoun, 1987, pp. 9-10).

Note-se que no seio da Escola de Frankfurt desenvolveu-se, em um determinado momento, uma espécie de “teoria crítica do Direito” por parte de alguns dos pensadores do chamado “círculo externo” da Escola. Segundo Günter Frankenberg (2011, p. 72), este círculo era composto por nomes como Fromm, Benjamin, Neumann e Kirchheimer, sendo que os dois últimos, especificamente, tinham formação em Direito e Ciência Política, o que lhes permitiu refletirem sobre o Direito como uma espécie de “mecanismo de direção central”.

Segundo as teorias políticas e jurídicas de Neumann e Kirchheimer, a integração social não era gerada apenas pela submissão à cega execução dos imperativos do capitalismo, mas, igualmente, pela comunicação política e pela articulação entre os grupos sociais e as forças políticas (Frankenberg, 2011, p. 73). Para Frankenberg (2011, p. 73), embora Neumann e Kirchheimer não tenham influenciado tanto a teoria crítica em seus desenvolvimentos posteriores, não devemos negligenciar seus importantes contributos ao pensamento frankfurtiano.

Aliás, um bom exemplo do alcance das ideias destes dois filósofos pode ser encontrado no pensamento de Axel Honneth (1991), um dos mais proeminentes nomes da recente geração da Escola de Frankfurt. Vale igualmente observar que

os estudos de Neumann e Kirchheimer<sup>12</sup> influenciam, na atualidade, pesquisas no âmbito da Crítica do Direito em solo brasileiro (ver, nesse sentido, Rodriguez, 2004, 2009), as quais vêm resgatando de modo bastante original as bases epistemológicas da teoria crítica do Direito da Escola de Frankfurt.

A relação de Jürgen Habermas com a Escola de Frankfurt começa no ano de 1956, quando Habermas se torna pesquisador do Instituto de Pesquisa Social e professor adjunto de Theodor Adorno, professor de Filosofia e Sociologia da *Johann W. Goethe-Universität* em Frankfurt. Adorno passa, à época, a se interessar pelas ideias do jovem Habermas devido a alguns artigos que o mesmo havia publicado em jornais e periódicos científicos de grande renome na Alemanha. Posteriormente, sob a direção de Adorno, Habermas passa, então, a trabalhar no projeto de pesquisa “Universidade e Sociedade”. Seguindo a tradição do Instituto de Frankfurt, o pensamento habermasiano busca renovar a relação da ciência social com a prática concreta, mas não apenas no nível instrumental-técnico, senão, do mesmo modo, no nível prático-moral; assim, esta tarefa era assumida como uma espécie de “fermento” e, até mesmo, um “guia para a vida correta” (Corchia, 2015, pp. 192-197).

Passadas algumas décadas, o pensamento de Habermas assume um caminho diferenciado em relação aos antigos pensadores frankfurtianos, alcançando com grande sucesso e originalidade, nos anos 1980, o Direito. Em um contexto de mudanças de posicionamento teórico, Habermas sustentará ser determinante a passagem do paradigma da filosofia da consciência para o paradigma da filosofia da linguagem. Para o filósofo alemão, as “relações entre linguagem e mundo, entre proposição e estados de coisas, substituem as relações sujeito-objeto. O trabalho de constituição do mundo deixa de ser uma tarefa da subjetividade transcendental para se transformar em estruturas gramaticais” (Habermas, 2002, p. 15). Com isso, a Teoria Crítica será surpreendida pela virada linguística, por um pensamento pós-metafísico, colocando o filosofar sobre uma base metódica mais segura, libertando-o, finalmente, das aporias das teorias filosóficas da consciência. Forja-se, assim, uma compreensão ontológica da linguagem, habilitando sua função hermenêutica na interpretação do mundo (Habermas, 2002, pp. 15-16).

Ao longo das últimas décadas, Habermas avança significativamente em termos de elaboração teórica, voltando-se não apenas para a teoria social, mas também para o Direito. Percebe-se este avanço notadamente a partir das obras “*Teoria do Agir Comunicativo*” [*Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981] (Habermas, 2012) e “*Facticidade e Validade*” [*Faktizität und Geltung*, 1992] (Habermas, 2010).

12 Para um bom panorama da obra destes autores, sugere-se ver os ensaios selecionados de Neumann e Kirchheimer por William E. Scheuerman (1996). No Brasil, tem-se publicada a obra “*O Império do Direito*” de Franz Neumann (2013), com o competente trabalho de tradução e revisão, respectivamente, de Rúrion Melo e José Rodrigo Rodriguez.

É a partir daí que Habermas substituirá o espaço dedicado à razão prática para a razão comunicativa, a qual possibilitará uma nova orientação para as pretensões de validade. Com a concepção de ação comunicativa, Habermas colocará o Direito em uma posição central, permitindo, assim, o desenvolvimento de sua “Teoria Discursiva do Direito”<sup>13</sup>.

Niklas Luhmann, por sua vez, foi um dos mais célebres interlocutores de Habermas. É interessante notar que tanto Habermas como Luhmann, na fase inicial de suas obras, sofreram certa influência do funcionalismo estrutural da sociologia norte-americana de Talcott Parsons (1962, 1974). Porém, entre fins dos anos 1970 e início dos 1980, Luhmann distancia-se da herança parsoniana, devido ao fato de certos aspectos da teoria de Parsons não terem ficado bem resolvidos para Luhmann.

Mas, se Habermas pode ser facilmente reportado à toda uma tradição crítica da Escola de Frankfurt, é possível situarmos Luhmann no âmbito da “Crítica do Direito”? Uma resposta possível a esta questão remonta ao célebre debate Habermas/Luhmann e aos aspectos fundantes das teorias sociojurídicas destes dois pensadores alemães. É o que explica Andreas Fischer-Lescano (2010), quando apresenta os caracteres basilares do que se denominou “teoria crítica dos sistemas”:

é uma suposição comum a de que uma ‘teoria crítica dos sistemas’ não existe. Diz-se que falta a toda teoria dos sistemas um ímpeto crítico-emancipatório; por ser meramente uma forma descritiva de investigação, ela representa a ‘forma suprema da consciência tecnocrática’, a ‘apologia’ do *status quo*, pois o preserva. Foi essa, pelo menos, a opinião que Jürgen Habermas defendeu em seu conhecido debate com Niklas Luhmann. (pp. 163-164)

Fischer-Lescano (2010, p. 164) sustenta que esta postura por parte de Habermas acabou por fechar, por muito tempo, a teoria crítica para uma possível influência da teoria dos sistemas. Porém, Fischer-Lescano defende que hoje este posicionamento não se sustenta, pois há uma *teoria crítica dos sistemas* -a qual, inclusive, pode se filiar com os trabalhos da primeira geração de teóricos críticos frankfurtianos-. Não obstante, Fischer-Lescano (2010, p. 165) dirige uma dura crítica à teoria sistêmico-autopoietica de Luhmann, pelo fato deste autor ter considerado o conceito de “teoria crítica dos sistemas” muito sobre carregado, caracterizando-o pelo suposto intento de criar uma espécie de “síntese” de teorias de inclinação “crítica-emancipatória”, somado a noções de “dogmática reativa” e análises sociológicas do “sistema jurídico”. Contudo, se Luhmann não concordava em ver associada a sua teoria dos sistemas à teoria crítica, o fato é que, curiosamente, uma vasta gama de juristas, sobretudo brasileiros, dirigem as suas críticas

13 Exemplo da recepção da teoria discursiva de Habermas, por um dos mais notáveis representantes da nova geração da Crítica do Direito brasileira, pode ser encontrada em Simioni (2007).

à dogmática jurídica a partir da teoria luhmanniana (ver, por exemplo, Rocha, Clan & Schwartz, 2004). Mas voltaremos a este ponto um pouco mais a frente.

A avançada construção epistemológica de Luhmann (teoria dos sistemas sociais autopoieticos), fruto de décadas de pesquisas na Universidade de Bielefeld (Alemanha) dedicadas a criar uma teoria da sociedade, é de fato bem sedutora, pois se caracteriza por uma complexa elaboração teórico-conceitual<sup>14</sup>. Seu intento surge da percepção de que as diversas tentativas de construção de uma teoria da sociedade estiveram bloqueadas por concepções neomarxistas. Por tal motivo, não seria possível “deduzir” a sociedade de um “princípio” ou de uma “norma transcendente”, como a justiça, a solidariedade, ou o consenso racional (Luhmann, 2007, pp. 01-02).

A sociedade, para Luhmann (2007), deve, assim, ser observada como um *sistema*, partindo-se de uma *distinção* para descrevê-la: sistema/ambiente. A sociedade, vista sob tal perspectiva, é um sistema comunicacional que se autorreproduz em face de seu ambiente. A autoprodução é concebida à luz da ideia de *autopoiesis*, formulação que Luhmann buscará na biologia cognitiva dos chilenos Humberto Maturana Romesín & Francisco Varela (2003). A *autopoiesis* pode ser entendida como um modo de explicar não apenas a autorreprodução do sistema, mas também a sua abertura e fechamento. Os sistemas não seriam, portanto, somente abertos ou fechados, mas *autopoieticos*.

Nesta ordem de ideias, Luhmann (1983b, 2002) descreve o Direito como um subsistema da sociedade, que tem por função a estabilização de expectativas sociais normativas. Tratando-se de um sistema funcionalmente diferenciado e autopoietico, o Direito é fechado ao nível de suas próprias operações e aberto cognitivamente aos estímulos oriundos do ambiente (sociedade). O sistema jurídico se vê, logo, constantemente estimulado a garantir a sua função, mantendo sua capacidade de operar como sistema funcional determinado por sua estrutura. Logo, deve ter a capacidade de prever, internamente, a continuidade da operação de sua própria função estabilizadora de expectativas (Luhmann, 2002, pp. 200-201).

Niklas Luhmann constrói, como se percebe, uma observação bastante complexa e interdisciplinar do sistema social, dedicando espaço, em diferentes obras, ao longo de três décadas de pesquisa, a praticamente todos os subsistemas sociais, como o Direito, a Economia, a Religião, a Arte etc. Ao Direito, nomeadamente, Luhmann dedica duas importantes obras, além de uma incontável série de artigos científicos: a primeira obra<sup>15</sup>, datada dos anos 1970, é marcada por uma forte

14 Atienza, em afiada mas acertada crítica, afirmará que Luhmann “desenvolveu uma sociologia em termos de uma máxima (talvez exagerada) abstracção” (Cfe. Atienza, 2014, p. 272).

15 “Sociologia do Direito” (*Rechtssoziologie*, 1972), publicada, no Brasil, na década seguinte, em dois tomos (Luhmann, 1983b; Luhmann, 1985).

influência do funcionalismo de Parsons (Menna Barreto, 2012). A segunda<sup>16</sup>, do início dos anos 1990, já incrementa suas observações jurídicas à luz da concepção de *autopoiesis*<sup>17</sup>.

Retomando, portanto, as reflexões de Andreas Fischer-Lescano (2010) sobre a existência ou não de uma “teoria crítica dos sistemas sociais”, cabe observar que esta se consolidaria não a partir das reflexões de Luhmann, mas, em especial, a partir de pensadores que deram certa continuidade a esta perspectiva sistêmica sob um viés crítico próprio. Nesse sentido, um notável exemplo é Günther Teubner (1993, 2005), professor na Universidade de Frankfurt e responsável por trabalhar uma “teoria dos sistemas da sociedade mundial”, a qual, para Fischer-Lescano (2010), “é uma teoria crítica dos sistemas sociais. A teoria transcende uma mera descrição de problemas estruturais e submete as estruturas sociais a uma crítica que pode ser produtivamente apropriada de várias maneiras pelas atuais teorias pós-materiais” (p. 164). Teubner lança, pois, um olhar próprio e de certo modo bastante livre de algumas amarras epistemológicas luhmannianas, preocupando-se com questões que requerem um olhar mais amplo e aberto, como as influências da globalização no sistema jurídico.

Para além das reflexões de Fischer-Lescano sobre um possível elo entre a teoria de Luhmann e a crítica frankfurtiana, pode-se encontrar uma tentativa recente, em solo brasileiro, de orientação da teoria luhmanniana em favor da Teoria Crítica da Escola de Frankfurt, em especial ao pensamento de Horkheimer (Schwartz & Acosta Jr., 2017). A iniciativa dos autores possivelmente se deve ao fato de diversas pesquisas jurídico-críticas, em solo brasileiro, virem aplicando há décadas a teoria dos sistemas sociais autopoieticos, sem, no entanto, esclarecer a (im)possibilidade de sua dimensão crítica.

A resposta à pergunta se a sociologia de Luhmann pode ser reconhecida como crítica, surgirá, então, em Schwartz & Acosta Jr. (2017, p. 120). Segundo os autores, a sociologia luhmanniana não possui um objetivo político emancipatório, inclusive se posicionando contra a adoção de premissas teóricas que incitem um caminho a ser adotado pela sociedade. Complementam Schwartz e Acosta Jr. (2017) afirmando que

observar a própria teoria de acordo com sua construção teórica, explica que o sentido político é ininteligível ao ponto de observação da ciência. A Sociologia serve para análise e descrição da sociedade,

16 “O Direito da Sociedade” (*Das Recht der Gesellschaft*, 1993), em devotada tradução espanhola de Javier Nafarrate (México) (Luhmann, 2002).

17 Trazendo interessantes contribuições à teoria luhmanniana, Marcelo Neves problematizará o contexto social brasileiro a partir da ideia de “*alopoiesis*”, sugerindo a reprodução do sistema por critérios, programas e códigos oriundos de seu ambiente. Para tanto, ver Neves (1996).

limitando-se a reproduzir prognósticos da realidade social. Extinta, pois, a possibilidade de uma Sociologia crítica para Luhmann. (p. 120)

Ou seja, no trecho acima se identificou - embora um pouco tardivamente, a nosso ver - a resposta dada pela própria teoria de Luhmann, não obstante a realização de diversas críticas jurídicas contando com aportes sistêmicos ao longo de décadas. Tais críticas pareciam ignorar, ou silenciar, o bloqueio funcional entre política e ciência que é gerado pela própria teoria, o que acarreta certos problemas epistemológicos para a realização de uma “crítica jurídica sistêmico-luhmanniana”. Ignorando ou não este obstáculo, o fato é que durante anos imperou um sepulcral silêncio sobre o assunto<sup>18</sup>.

Nesse sentido, o recente rompimento do silêncio dos juristas sistêmicos brasileiros por Schwartz e Acosta Jr. (2017) é digno de nota, pois realizando uma conexão entre as teorias de Luhmann e Horkheimer, os autores buscam defender o caráter crítico de pesquisas jurídicas que utilizam uma teoria “abertamente fechada” à ideia de crítica. E se Fischer-Lescano apontava para a possibilidade de uma “teoria crítica dos sistemas” filiada aos trabalhos da primeira geração da crítica frankfurtiana, parece que Schwartz e Acosta Jr. seguiram exatamente esta pista para tentar defender a existência de uma “crítica sistêmica do Direito”.

Não obstante, caberia ainda a pergunta sobre qual dos dois caminhos é o mais aconselhável para futuros desenvolvimentos da “crítica sistêmica do Direito”: filiar a teoria dos sistemas sociais à Teoria Crítica (na linha de Schwartz e Acosta Jr.), ou transcender certas amarras sistêmicas deixadas por Luhmann (como o faz Teubner)? Entendemos que ambos os caminhos podem levar às paragens da Crítica do Direito, embora o segundo caminho carregue a vantagem de possibilitar o rompimento com a ortodoxa interpretação que a teoria dos sistemas vem recebendo há anos de algumas pesquisas jurídicas de cunho crítico.

## 5. Perspectivas para a atual crítica do direito

Um dos papéis centrais das diferentes Críticas do Direito envolve a realização de uma crítica decorrente de certa inconformidade com o inscrito e o instituído no

18 Rompido não apenas por Fischer-Lescano ao reconhecer a existência de uma “teoria crítica dos sistemas sociais”. Com efeito, também podemos encontrar uma reflexão sobre a Crítica do Direito e a teoria dos sistemas sociais em Kolja Möller, jurista frankfurtiano que destaca a necessidade da *crítica contemporânea do direito* (também chamada pelo autor de *crítica luhmanniana de esquerda do direito*) de “fundamentar como é possível que a contemplação teórico-sistêmica avance para o ponto de partida de uma crítica do direito. Isso pode ser explicado decisivamente por duas mudanças de posição. Com relação ao impulso expansivo do sistema, assim como aos paradoxos fundamentais e de aplicação no direito, ocorre uma transcrição da teoria ortodoxa dos sistemas. Apenas essa transcrição conduz, a cada passo, a uma tensão entre a crítica jurídica em nome do ambiente social e a crítica da diferenciação funcional em nome do direito” (Möller, 2015, p. 135).

social. Nesse aspecto, quando Mialle afirma que o pensamento crítico deve fazer “aparecer o invisível”, conforme destacado anteriormente, isso envolve desvelar aquilo que está socialmente ocultado, abrindo-se, assim, as portas para a emancipação social.

Entre os três movimentos críticos estudados -*Critique du Droit, Critical Legal Studies* e *Rechtskritik*- é possível encontrarmos o compartilhamento de importantes características comuns, das quais podemos destacar três<sup>19</sup>: i) a denúncia da função ideológica que encobre a fundamentação do jurídico; ii) a elaboração de um pensamento crítico forjado em matrizes teóricas inter, multi e transdisciplinares; e iii) a crítica às limitações do paradigma positivista-dogmático do Direito. E como também referimos, uma plêiade de correntes jurídico-críticas surgiram a partir destes três grandes movimentos críticos, todas contando não apenas com estes, mas com outros relevantes pontos em comum, como por exemplo, o combate à impunidade das elites, à dominação e às desigualdades sociais.

Cabe por fim refletir brevemente sobre o alcance da Crítica do Direito na realidade social contemporânea. Entendemos que o alcance do pensamento crítico depende, hoje, do desenvolvimento de competências e de escolhas a nível epistemológico. Cabe relembrar a sugestão de Mialle (2014, p. 270), segundo o qual, para a formulação da crítica jurídica, deve-se reconhecer a “necessidade de uma epistemologia”. E há, sugere o jurista francês, “diversas epistemologias disponíveis”, consistindo a liberdade do pesquisador em escolher a epistemologia que seja mais apropriada para a elaboração de seu pensamento.

Entre as competências epistemológicas, podemos destacar, primeiramente, a capacidade de elaboração de um discurso capaz de demonstrar, tanto teórica como empiricamente, as razões pelas quais vivemos em um contexto de crescentes injustiças, desigualdades e exclusões sociais, além do modo como tais problemas se conectam com o Direito. Com efeito, a injustiça, a nível social, conforme Susana Narotzky (2016, pp. 82-83) desvela-se no momento que as massas passam a perceber que não estão sendo tratadas como iguais no “sentido básico, humano e esclarecido do conceito”. Ou seja, há certa contradição entre os princípios da liberdade e da igualdade entendidos como direitos humanos básicos, dada a flagrante desigualdade de distribuição. Não podemos ignorar, nesse aspecto, como a impunidade é grande para os ricos e para os poderosos, enquanto, o que parece sobrar para os cidadãos comuns e para os pobres, são os impostos, as sanções e as punições, diz Narotzky. Nesse sentido, desde a criminologia crítica, sabe-se que o Direito contribui não apenas para assegurar, mas também para reproduzir e legitimar as relações de desigualdade em sociedade, sobretudo em termos de

---

19 Características já observadas na primeira seção deste artigo, à luz do pensamento de Carlos Cárcova.

desigualdade de distribuição de recursos e de poder, consequências estas do modo de produção capitalista (Baratta, 1999).

Outra competência, ligada à primeira, envolve a capacidade do jurista crítico de reconhecer a materialidade político-ideológica do Direito, transcendendo as meras críticas às teorias dogmáticas sobre o jurídico (Rocha, 1983, p. 135)<sup>20</sup>. Reconhecida tal materialidade, deve-se examinar criticamente as relações de poder. Todavia, por “crítica”, aqui, não se trata de “criticar-se o poder”, mas sim de retirar o véu que o encobre no âmbito discursivo. Envolve, portanto, a capacidade do jurista crítico de demonstrar, mais empírica do que teoricamente, como o poder é uma forma efetiva de controle social. Isso envolve, em certa medida, transcender os aportes marxistas e neomarxistas que levaram os diversos movimentos jurídico-críticos a definir o poder em termos de classe ou de controle sobre os meios materiais de produção. Hoje podemos entender o poder, como sugere Teun A. van Dijk (2008, p. 14), sobretudo como exercido pelo controle da “mente das massas”, o que requer o controle sobre o discurso público em todas as suas dimensões semióticas. Tal concepção exige do jurista o desenvolvimento de competências teórico-linguísticas para a realização de análises crítico-discursivas visando não apenas o entendimento, mas a denúncia de como as formas linguísticas são usadas nas mais diversas expressões de poder em sociedade.

Sabemos que Warat (1981, p. 82), ao desenvolver a sua Semiologia do Poder, já apontava, no início dos anos 1980, para a necessidade de se discutir a linguagem jurídica no seio de uma teoria crítica do direito, advertindo que a crítica não se tornasse um espaço de normatividade, mas de elaboração de um contradiscursivo apto a revelar o poder do conhecimento e seus condicionamentos sociais. Contudo, passadas quatro décadas da crítica jurídica waratiana, os atuais contributos da Linguística, sobretudo da Análise Crítica do Discurso [ACD] (Fairclough, 1995) e dos Estudos Críticos do Discurso [ECD] (van Dijk, 2008), parecem oferecer hoje um instrumental metodológico para a Crítica do Direito mais apto ao estudo das relações de dominação na sociedade contemporânea (Menna Barreto, 2019). Com efeito, os referidos aportes linguístico-críticos -ACD e ECD- podem oferecer ao jurista crítico do século XXI novas e interessantes possibilidades de análise do discurso ideológico, viabilizando a denúncia de diferentes discursos (judiciais, políticos etc.) que sustentam certas posições sociais por meio do poder. Assim, detectando a existência de grupos dominados e analisando os caracteres do dis-

20 Todavia, não só da crítica à dogmática jurídica vivem alguns movimentos críticos do Direito. Na Crítica do Direito podemos identificar também certas polarizações internas –isto é, contendas com outros movimentos jurídico-críticos–, eivadas de posturas sectaristas e partidaristas, na frívola tentativa de salvaguardar uma espécie de “pensamento oficial” e angariar adeptos. Ironicamente, não raro os adeptos de alguns destes “movimentos críticos” são “desautorizados” a questionar as próprias premissas que os orientam, o que torna tais teorias mais dogmáticas do que propriamente críticas. Isso gera um contraditório e curioso fenômeno, que podemos denominar de *dogmatização da crítica jurídica*.

curso dominante, torna-se possível demonstrar a legitimidade ou ilegitimidade das ações discursivas de diferentes grupos sociais.

Por outro lado, distintas vertentes da Crítica do Direito já denunciaram o modo como a ideologia se apresenta, ou seja, tanto como uma forma de convencimento da realidade, como um modo de dominação social. Tais vertentes também já trabalharam questões conexas na elaboração de suas críticas, abordando temas como hegemonia e abuso de poder. Todavia, hoje, ao se invocarem expressões como “ideologia”, “hegemonia” etc., teóricos da Crítica do Direito dos anos 1970/1980 podem entender que, por terem operado com tais conceitos em suas análises há décadas, nada mais há a ser dito<sup>21</sup>. Esta postura, porém, pode ser um dos grandes obstáculos ao pleno desenvolvimento da crítica jurídica atual. Entendemos, pois, que ainda há espaço no pensamento jurídico crítico para elaborações teóricas que contemplem tais ideias, conectando-as com novos marcos teóricos -lingüísticos, sociológicos, filosóficos etc., cultivando, dessa maneira, uma das principais marcas da Crítica do Direito: o olhar interdisciplinar, marca esta presente nos três movimentos estudados neste artigo (*Critique du Droit*, *Critical Legal Studies* e *Rechtskritik*).

Por fim, salientamos alguns aspectos de duas dimensões da Crítica do Direito, a *epistemológica* e a *social*, as quais merecem especial atenção dos juristas ante os caracteres da sociedade atual. A primeira dimensão, envolve a capacidade de produção de novas articulações teórico-metodológicas, mais condizentes com os caracteres do tecido social e jurídico contemporâneo, o que envolve não apenas incorporar novos saberes, mas ressignificar os antigos. A segunda, requer o compromisso social, por parte do jurista, em favor dos diferentes grupos dominados, denunciando teórica e empiricamente a dimensão ideológica e de abuso de poder das relações sociais.

## Considerações finais

O presente texto teve por objetivo traçar um panorama teórico das principais correntes críticas do pensamento jurídico. Realizamos, assim, um recorte partindo da tripartição sugerida por Hespanha (1997), em *Critique du Droit*, *Critical Legal Studies* e *Rechtskritik*. Neste momento de conclusão de nossa análise, cabe, pois, perguntar: para onde confluem estes três movimentos críticos do Direito?

Entendemos que os movimentos críticos analisados aproximam-se, sobretudo, nos seguintes aspectos: i) um certo inconformismo com o paradigma positivista-

21 A prova de que há um equívoco nesta eventual postura pode ser encontrada na interessante revisita à ideia de hegemonia de Gramsci por Buckel e Fischer-Lescano (2009), dois dos maiores representantes da atual crítica jurídica alemã.

dogmático do Direito; ii) a necessidade de se repensar criticamente o jurídico inscrito e instituído no social; e iii) a necessidade de se buscarem respostas jurídicas mais condizentes com a complexidade social contemporânea. Convém, no entanto, destacar que o desvelamento das insuficiências da dogmática jurídica é um ponto que não se resume à *Critique du Droit*, aos *Critical Legal Studies* e à *Rechtskritik*. Para além destes movimentos, é possível encontrar diversas teorizações jurídico-críticas, algumas não pormenorizadamente analisadas, mas referenciadas neste estudo, que também se estruturam a partir da crítica ao pensamento jurídico-dogmático.

Porém, entre tais propostas, hoje lamentavelmente podemos identificar, aqui e ali, teorias jurídicas críticas marcadas por posturas sectaristas e partidaristas, dirigidas mais à destruição do que à crítica em si<sup>22</sup>. Com efeito, em vez de salvaguardar, a qualquer preço, um “pensamento oficial”, juristas críticos devem não apenas permitir, mas estimular o estabelecimento de novas reflexões que sejam diferentes ou mesmo divergentes das suas. Somente assim (re)abre-se o espaço para discussões jurídico-críticas pautadas no diálogo civilizado dirigido à superação dos obstáculos epistemológicos e dos desafios sociais que se impõem aos juristas contemporâneos.

Por fim, entendemos que cabe à atual Crítica do Direito a realização de novas articulações epistemológicas aptas ao enfrentamento da dominação social resultante de um longo processo histórico voltado à opressão de certas camadas e grupos sociais. E isso envolve, entre outros aspectos, ressignificar teoricamente a democracia. Nesse sentido, Shapiro (2004, p. 11) sugere que a teoria democrática se preocupe centralmente em conceber formas de gerenciar as relações de poder de modo a minimizar a dominação. Os novos contributos críticos do Direito, portanto, devem buscar estabelecer, como compromisso primeiro, o enfrentamento do cenário de dominação, visando a construção de um Direito de caráter emancipatório.

## Referências bibliográficas

Alexy, R. (2007). *Teoría de la Argumentación Jurídica: La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica* (M. Atienza & I. Espejo). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

22 Trata-se de um mal atual que não deve ser ignorado, pois, como alerta Paulo Ferreira da Cunha (1999), “as teorias não podem crescer como cogumelos” (p. 21). Ademais, tudo indica que a crítica destrutiva surge com maior intensidade no pueril impulso de competição de alguns juristas. É o que explica Warat (1988): “o discurso crítico esconde inconscientes impulsos neuróticos na competição. Ela o leva a querer ser o único excepcional indivíduo com capacidades ilimitadas de transformar o mundo, mas para adequá-lo às formas de seu desejo” (p. 37).

- Althusser, L. (2008). *Sobre a Reprodução* (Introd. de Jacques Bidet) (2<sup>a</sup> ed.) (Trad. Freitas Teixeira, G.J.). Petrópolis: Vozes.
- Andrade, L.R. (2008). *O que é Direito Alternativo?* (3<sup>a</sup> ed.). Florianópolis (SC): Conceito.
- Arruda JR, E.L. (Org.). (1991). *Lições de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica.
- Assout, P.L. (1987). *L'École de Francfort*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Atienza, M. (2014). *O Sentido do Direito* (Trad. Braz, M.P.). Lisboa: Escolar Editora/Verba Legis.
- Bachelard, G. (1996). *A Formação do Espírito Científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento* (10<sup>a</sup> reimpressão) (Trad. dos Santos Abreu, E.). Rio de Janeiro: Contraponto.
- Baratta, A. (1999). *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC.
- Barcellona, P. (1973). *L'uso Alternativo del Diritto: ortodossia giuridica e pratica politica*. Bari: Laterza.
- Barcellona, P. & Cotturri, G. (1972). *El Estado y los Juristas*. Barcelona: Fontanella.
- Binder, G. (2010). Critical Legal Studies. In Patterson, D. (ed.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (2<sup>a</sup> ed.) (pp. 267-278). Buffalo: Legal Studies Research Paper Series, Paper. N. 2012-023. Retrieved from <http://ssrn.com/abstract=1932927>
- Boyle, J. (Ed.). (1992). *Critical Legal Studies*. Aldershot: Dartmouth.
- Buckel, S. & Fischer-Lescano, A. (2009). Reconsiderando Gramsci: Hegemonia no Direito Global. *Revista Direito GV*, 5(2), 471-490. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322009000200012>
- Cárcova, C.M. (1991). Prólogo. In Marí, E. et al. (eds.). *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Carvalho, A.B. (1992). *Magistratura e Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica.
- Carvalho, A.B. (1998). *Teoria e Prática do Direito Alternativo*. Porto Alegre: Síntese.
- Coelho, L.F. (1995). O Pensamento Crítico no Direito. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, 16(30), 65-75. Retrieved from <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15826/14317>
- Coelho, L.F. (2003). *Teoria Crítica do Direito* (rev., atual. e ampliada) (3<sup>a</sup> ed.). Belo Horizonte: Del Rey.
- Cofré, J.O. (1995). Kelsen, el formalismo y el "Círculo de Viena". *Revista de Derecho*, 6, 29-37. Retrieved from <http://revistas.uach.cl/index.php/reviser/article/view/3104>
- Corchia, L. (2015). The Frankfurt School and the young Habermas: Traces of an intellectual path (1956-1964). *Journal of Classical Sociology*, 15(2), 191-208. Retrieved from <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1468795X14567281>

- Cunha, P. (1999). *Lições de Filosofia Jurídica: Natureza & Arte do Direito*. Coimbra: Almedina.
- Eastman, W. (1999). Critical Legal Studies. *School of Management, Rutgers University in the Encyclopedia of Law & Economics*. Edgar Elgar and the University of Ghent, Cheltenham. Retrieved from <http://reference.findlaw.com/lawandeconomics/0660-critical-legal-studies.pdf>
- Fairclough, N. (1995). *Critical Discourse Analysis: the critical study of language*. London: Longman Group Limited.
- Fischer-Lescano, A. (2010). A Teoria Crítica dos Sistemas da Escola de Frankfurt. *Novos Estudos*, (86), 163-177. Retrieved from [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002010000100009](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002010000100009)
- Fragale Filho, R. & Rezende Alvim, J. L. (2007). O Movimento 'Critique du Droit' e seu Impacto no Brasil. *Revista Direito GV*, 3(2), 139-164. Retrieved from <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35186>
- Frankenberg, G. (2011). Teoría Crítica. *Academia: Revista sobre Enseñanza del Derecho*, 9(17), 67-84. Retrieved from [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/17/teoria-critica.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/17/teoria-critica.pdf)
- Habermas, J. (2002). *Pensamento Pós-Metafísico. Estudos Filosóficos* (2<sup>a</sup> ed.) (Trad. Siebeneichler, F.B.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- Habermas, J. (2010). *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (6<sup>a</sup> ed.) (Trad. Redondo, M.J.). Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2012). *Teoria do Agir Comunicativo, 1. Racionalidade da ação e racionalização social* (Trad. Astor Soethe, P.). São Paulo: Martins Fontes.
- Habermas, J. (2012b). *Teoria do Agir Comunicativo, 2. Sobre a crítica da razão funcionalista* (Trad. Beno Siebeneichler, F. & Astor Soethe, P.). São Paulo: Martins Fontes.
- Hespanha, A.M. (1997). *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. Sintra: Publicações Europa-América.
- Hespanha, A.M. (2009). *O Caleidoscópio do Direito: o Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje* (2<sup>a</sup> ed., Reelaborada). Coimbra: Almedina.
- Honneth, A. (1991). *The Critique of Power. Reflective Stages in a Critical Social Theory*. (Trad. Baynes, K.). Cambridge: MIT Press.
- Kashiura Júnior, C.N. (2011). Dialética e Forma Jurídica: considerações acerca do método de Pachukanis. *Direito & Realidade*, 1(1), 41-60, Retrieved from <http://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade/article/view/13>
- Kelsen, H. (2000). *Teoria Pura do Direito* (6<sup>a</sup> ed.) (Trad. Baptista Machado, J.). São Paulo: Martins Fontes.
- Kennedy, D. (1992). Nota sobre la Historia de CLS en los Estados Unidos. *Doxa*, (11), 283-293.

- Korsch, K. (1977). À Título de Introdução. In Pašukanis, E. (ed.), *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo* (pp. 07-23). Coimbra: Centelho.
- Lledó, J.A. (1996). *El Movimiento Critical Legal Studies* (Prólogo de Manuel Atienza). Madrid: Editorial Tecnos.
- Luhmann, N. (1983a). *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica* (Trad. de Otto Pardo, I. Colección 'Estudios Constitucionales'. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Luhmann, N. (1983b). *Sociologia do Direito I* (Trad. Bayer, G.). Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro.
- Luhmann, N. (1985). *Sociologia do Direito II* (Trad. Bayer, G.). Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro.
- Luhmann, N. (2002). *El Derecho de la Sociedad* (Trad. Torres Nafarrate, J.). México: Universidad Iberoamericana/Colección Teoría Social.
- Luhmann, N. (2007). *La Sociedad de la Sociedad* (Trad. Torres Nafarrate, J.). México: Herder/Universidad Iberoamericana.
- Lyra Filho, R. (1980). *Para um Direito sem Dogmas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
- Maturana Romesín, H. & Varela, F. (2003). *El Árbol del Conocimiento: Las bases biológicas del entendimiento humano*. Buenos Aires: Lumen.
- Menna Barreto, R. de M. (2012). Da Personalidade à Pessoa: uma observação da Sociedade e do Direito a partir das Teorias Sistêmicas de Talcott Parsons e Niklas Luhmann. *Plural*, 19, 49-71. Retrieved from <http://www.revistas.usp.br/plural/article/view/74451>
- Menna Barreto, R. de M. (2019). *Direito, Discurso e Poder: os Media e a Decisão Judicial* (Tese de doutorado). Universidade do Minho, Braga, Portugal.
- Menna Barreto, R. de M. & Simioni, R.L. (2017). *Introdução às Teorias Sistêmicas do Direito*. Braga: AEDUM.
- Mialle, M. (1979). *Uma Introdução Crítica ao Direito* (Trad. Prata, A.). Lisboa: Moraes Editores.
- Mialle, M. (2014). Obstáculos epistemológicos ao estudo do Direito: retorno ao movimento "Crítica do Direito" e apontamentos sobre a crítica do Direito hoje. *Meritum*, 9(2), 263-278. Retrieved from <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/3063/1668>
- Möller, K. (2015). Crítica do direito e teoria dos sistemas (Trad. Silva Santos, P. da). *Tempo Social*, 27(2), 129-152. Retrieved from <http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/108179>
- Narotzky, S. (2016). Between Inequality and Injustice: Dignity as a Motive for Mobilization During the Crisis. *History and Anthropology*, 27(1), 74-92. DOI: <https://doi.org/10.1080/02757206.2015.1111209>

- Neves, M. (1996). De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (19), 403-419. Retrieved from <https://doxa.ua.es/article/view/1996-n19-de-la-autopoiesis-a-la-alopoiesis-del-derecho>
- Parsons, T. (1974). *O Sistema das Sociedades Modernas. Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais*. São Paulo: Pioneira.
- Parsons, T., Shils, E., Naegle, K. & Pitts, J. (Eds.). (1962). *Theories of Society. Foundations of Modern Sociological Theory (vol. I)* New York: The Free Press of Glencoe.
- Pašukanis, E. (1977). *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo* (Trad. de Soveral Martins). Coimbra: Centelha.
- Rocha, L.S. (1983). Crítica da Teoria Crítica do Direito. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, 6, 122-135. Retrieved from <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16924>
- Rocha, L.S. (1994). Direito, Complexidade e Risco. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, 15(28), 1-14. Retrieved from <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15870/14359>
- Rocha, L.S., Clan, J. & Schwartz, G. (2004). *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Rodriguez, J.R. (2004). Franz Neumann, o Direito e a Teoria Crítica. *Revista Lua Nova*, (61), 53-73. Retrieved from <http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a04n61.pdf>
- Rodriguez, J.R. (2009). *Fuga do Direito: um estudo sobre o Direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva.
- Scheuerman, W.E. (Ed.). (1996). *The Rule of Law under Siege. Selected Essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press.
- Schwartz, G.A.D. & Acosta Jr., J.A. de M. (2017). Luhmann sob o olhar de Horkheimer: explorando a crítica latente na teoria dos sistemas autopoieticos aplicada ao Direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 9(2), 117-124. Retrieved from <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.92.03/6274>
- Shapiro, I. (2004). Power and Democracy. In Engelstad, F. & Østerud, Øyvind (eds.), *Power and Democracy: critical interventions*. Aldershot, Hants, England, Burlington, VT: Ashgate Publishing Company.
- Simioni, R.L. (2007). *Direito e Racionalidade Comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá.
- Sousa Jr., J..G. (2008). *Direito como Liberdade: O Direito Achado na Rua - Experiências Populares Emancipatórias de Criação do Direito* (Tese de doutorado). Universidade de Brasília, Brasília, Brasil.
- Streck, L.L. (2011). *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas* (4<sup>a</sup> ed.). São Paulo: Saraiva.

- Teubner, G. (1993). *O Direito como Sistema Autopoietico* (Trad. e Engrácia Antunes, P. J.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Teubner, G. (2005). *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Piracicaba: Unimep.
- Unger, R.M. (1986). *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press.
- Unger, R.M. (2015). *The Critical Legal Studies Movement: another time, a greater task*. London: Verso.
- van Dijk, T.A. (2008). *Discourse and Power*. New York: Palgrave MacMillan.
- Warat, L.A. (1981). À Procura de uma Semiologia do Poder. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, 2(3), 79-83. Retrieved from <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17232>
- Warat, L.A. (1982). Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. *Sequência - Estudos Jurídicos e Políticos*, 3(5), 48-57. Retrieved from <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121>
- Warat, L.A. (1988). *Manifesto do Surrealismo Jurídico*. São Paulo: Editora Acadêmica.
- Wolkmer, A.C. (2006). *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Saraiva.
- Wolkmer, A.C. & Correas, O. (Org). (2013). *Crítica Jurídica na América Latina*. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, Universidade Federal de Santa Catarina. Aguascalientes/Florianópolis.



**Estudios  
de Derecho**  
Fundada en 1912



1803

**UNIVERSIDAD  
DE ANTIOQUIA**

*Serie Desde la raíz. Fotografía Digital. Silvia Alejandra Gifuentes Manrique*

# De la cárcel al barrio.

## Caracterización cualitativa de la reincidencia criminal en Colombia\*

*Libardo José Ariza\*\**

*Manuel Iturralde\*\*\**

*Fernando León Tamayo Arboleda\*\*\*\**

### Resumen

El presente artículo analiza los factores que inciden en la reincidencia criminal a partir de un estudio de caso conducido en la cárcel “Modelo” de Bogotá. El artículo describe y sistematiza la experiencia de los reincidentes desde su propia percepción y los factores que ellos mismos consideran relevantes en su decisión de delinquir nuevamente. El artículo sostiene que la interacción entre el conocimiento cualitativo y cuantitativo es clave para el diseño adecuado de la política criminal dirigida al gobierno de la reincidencia criminal. El texto subraya la importancia de consolidar estudios cualitativos en materia de reincidencia en Colombia y Latinoamérica, como mecanismo para conocer adecuadamente el fenómeno y para, a su vez, cuestionar y alimentar las pesquisas cuantitativas realizadas en la región.

**Palabras clave:** reincidencia; Colombia; factores de riesgo; cárcel Modelo de Bogotá; resocialización.

### From prison to the neighborhood: A qualitative characterization of recidivism in Colombia

### Abstract

This paper analyses recidivism factors through a case study conducted at the Bogota's prison “La Modelo”. The article describes and systematizes the experience of reoffenders from their perspective, and from what they consider are the reasons that once again lead them to commit a crime. It also argues that the dialogue between qualitative and quantitative studies is critical for undertaking an adequate design of criminal policies on recidivism. The paper highlights the relevance of qualitative methods for doing research on recidivism in Colombia and Latin America, its capability to properly characterize the phenomena, and to improve quantitative research on the region.

**Keywords:** recidivism; Colombia; risk factors; Bogotá Modelo's prison; resocialization.

### Da prisão ao bairro – caracterização qualitativa da reincidência criminal na Colômbia

### Resumo

O presente artigo analisa os fatores que incidem na reincidência criminal partindo de um estudo de caso realizado no presídio *La Modelo* de Bogotá. O artigo descreve e sistematiza a experiência dos reincidentes desde sua própria percepção e os fatores que eles mesmos consideram relevantes em sua decisão de delinquir novamente. O artigo sustenta que a interação entre o conhecimento qualitativo e quantitativo é a chave para o adequado desenho da política criminal dirigida ao governo da reincidência criminal. O texto destaca a importância de consolidar estudos qualitativos em matéria de reincidência na Colômbia e na América Latina, como um mecanismo para conhecer adequadamente o fenômeno e para assim, questionar e alimentar as pesquisas quantitativas feitas na região.

**Palavras-chave:** reincidência; Colômbia; fatores de risco; presídio *La Modelo* de Bogotá; ressocialização.

\* Artículo de investigación. Derivado de la investigación denominada “Del patio al barrio: Análisis de los factores explicativos del reingreso al sistema penitenciario y carcelario. El caso del establecimiento ‘La Modelo’ de Bogotá”, financiado por la Universidad de los Andes, Colombia, que contó con la participación de los investigadores Libardo Ariza, Manuel Iturralde y Fernando León Tamayo Arboleda. El proyecto se encuentra adscrito al Grupo de Investigación en Prisiones, Política Criminal y Seguridad Ciudadana de la misma universidad. La investigación fue culminada en julio de 2019.

\*\* Doctor en Derecho, Universidad de Deusto, España. Profesor Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: l.ariza20@uniandes.edu.co. ORCID: 0000-0002-4558-4332

\*\*\* Doctor en Derecho, London School of Economics, Reino Unido. Profesor Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: miturral@uniandes.edu.co. ORCID: 0000-0001-7030-5860

\*\*\*\* Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Colombia. Profesor Universidad Autónoma Latinoamericana, Colombia. Correo electrónico: Fernando.tamayoar@aula.edu.co; fernandoleontamayo@hotmail.com. ORCID: 0000-0003-0960-0849

Cómo citar este artículo: Ariza, L. J., Iturralde, M. y Tamayo Arboleda, F. L. (2021). De la cárcel al barrio. Caracterización cualitativa de la reincidencia criminal en Colombia. *Estudios de Derecho*, 78 (171), 65-87

Doi: 10.17533/udea.esde.v78n171a03

Fecha de recepción: 15/06/2020 Fecha de aceptación: 18/08/2020



## De la cárcel al barrio.

### Caracterización cualitativa de la reincidencia criminal en Colombia

#### Introducción

La preocupación por el problema de la reincidencia en Colombia ha crecido recientemente. Las cifras señalan que en los últimos cinco años la reincidencia se ha incrementado, mientras que la población penitenciaria del país se ha mantenido relativamente estable. Según datos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), la población reincidente -entendida como aquella que tiene al menos dos condenas penales- para enero de 2013 correspondía al 17,7 % de los 79.353 condenados recluidos en prisión (INPEC, 2013), mientras que para diciembre de 2018 esta cifra aumentó hasta alcanzar al 20,5 % de los 78.464 condenados presos (INPEC, 2018). Otros países latinoamericanos registran cifras de reincidencia muy superiores a las colombianas. Por ejemplo, solo la ciudad de Sao Paulo presenta un 49,4 % de reincidencia, mientras Argentina reporta un 43,4 % y Chile un 52,9 % (Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia, 2014). A pesar de que el problema parece mayor en países vecinos, la preocupación por la reincidencia en Colombia ha alarmado a las autoridades nacionales y locales, cuyo conocimiento del fenómeno no ha estado a la par del interés político que el mismo ha despertado.

Aunque la preocupación por conocer la reincidencia ha crecido a la par con la ansiedad política por el problema, poco se sabe del asunto en el medio local. Los informes realizados en Colombia se centran en caracterizar cuantitativamente la reincidencia y, a partir de allí, trazar la política criminal para disminuirla (Garzón, Llorente y Suárez, 2018; Tobón, 2017). Esta tendencia de cuantificar la reincidencia como paso previo de las políticas públicas en la materia, no es solo un rasgo local, sino que forma parte de las investigaciones típicas sobre el tema en los estudios académicos. Estos se enfocan en conocer los problemas relacionados con la reincidencia desde puntos de vista estandarizados. Ejemplo de esto son los estudios sobre los factores de riesgo para la comisión de nuevos delitos (Breetzke & Polaschek, 2018; Cuervo & Villanueva,

2015; Chng, Meng Chu, Zeng, Li & Hwa Ting, 2016; Houser, McCord & Nocholson, 2018; Mulder, Brand, Bullens & Van Maerle, 2010), la medición del éxito de programas específicos dirigidos a disminuir la reincidencia (Burdon, Messina & Prendergast, 2004; Devall, Laniel, Hartmann, Williamson & Askew, 2017; Hiller, Knight & Simpson, 2006; Ostermann, 2013; Trulson, Haerle, Delisi & Marquart, 2011; Veysey, Ostermann & Lanterman, 2014) o la búsqueda de relaciones entre esta última y las experiencias en prisión (Bench & Allen, 2013; Bales & Mears, 2008; Cochran, 2014; Chen & Shapiro, 2007; Meade, Steiner, Makarios & Travis, 2012; Windzio, 2006).

Si bien la cuantificación de la reincidencia ha aportado datos útiles para comprender la naturaleza del asunto y buscar explicaciones sobre las razones por las cuales los sujetos cometan delitos luego de haber pasado alguna vez por prisión, el privilegio de metodologías cuantitativas para la comprensión del fenómeno está más ligado a la construcción de indicadores para trazar las políticas criminales que a intentos por comprender la naturaleza y causas del fenómeno mismo (Dezalay y Garth, 2002). A pesar de su importancia, los trabajos cuantitativos tienen ciertas limitaciones. Un ejemplo de estas es que, aun cuando se ha establecido cuantitativamente que aquellas personas que no consiguen trabajo después de su primera estadía en prisión son más proclives a reincidir, los estudios cualitativos han mostrado que conseguir trabajo puede derivar en nuevos retos que no habían sido considerados por mediciones estadísticas (Hasley, 2006). En este ámbito, los análisis cualitativos sirvieron para revelar que también deben considerarse aquellos eventos en que el salario percibido no es suficiente para proveer estabilidad económica al hogar (Duwe & Clark, 2014), o aquellos en los cuales el trabajo presenta dificultades para estar con la familia o para cumplir las obligaciones derivadas de mecanismos de libertad anticipada (Duwe & Clark, 2014; Hasley, 2006).

Aunque en el contexto comparado ha aparecido literatura orientada a comprender la reincidencia desde perspectivas que se centran en la experiencia de los reincidentes (Hasley, 2006; Maruna, 2011; Mbuba, 2012), en Colombia y Latinoamérica este tipo de investigaciones son escasas (Escaff-Silva, González, Alfaro-Alfaro y Ledezma-Lafuente, 2013) y permanecen eclipsadas por los estudios cuantitativos, que tampoco son abundantes (Caicedo-Trujillo, 2014; Tobón, 2017; Larrota, Gaviria, Mora y Arenas, 2018; Pérez-Luco, Lagos y Báez, 2012; Tapias-Saldaña, 2011). La falta de estudios cualitativos no solo dificulta comprender la reincidencia desde un punto de vista más amplio, sino que complica el diseño de las políticas públicas criminales regionales sobre la materia en la medida en que, al tomar por buenas las variables de medición cuantitativa utilizadas en otros contextos, se pierde de vista la especificidad del problema en los contextos latinoamericanos.

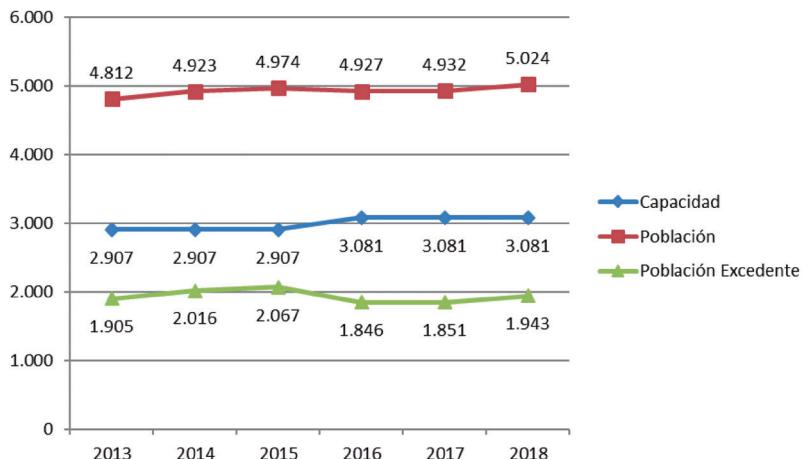
En el contexto anglosajón el diálogo entre las metodologías cuantitativas y cualitativas ha permitido identificar problemas que habían pasado desapercibidos para las mediciones estandarizadas. Como se señaló anteriormente, los estudios cualitativos no solo mejoran la comprensión del fenómeno, sino que sirven para orientar nuevas mediciones macro, dando luz sobre elementos que pueden ser relevantes para trazar la política criminal en materia de reincidencia, pero no han sido tomados en cuenta por las mediciones existentes. Precisamente, la tarea de este artículo es fortalecer dichos diálogos en Latinoamérica, mostrando problemas que han permanecido al margen de las mediciones estandarizadas y, con ello, no han ocupado un lugar central en la discusión política sobre las formas de lidiar con la reincidencia.

Este artículo pretende avanzar en el conocimiento de la materia a través de la presentación de los hallazgos de una investigación en la cárcel Modelo de Bogotá. Dentro de dicha investigación se realizaron 25 entrevistas semiestructuradas a reincidentes con diferente número de ingresos a prisión, con el fin de conocer su punto de vista personal sobre las causas que los llevaron a delinquir nuevamente. La primera sección del texto detalla la estrategia metodológica aplicada y los criterios de selección utilizados para la realización de la investigación. Una vez llevado a cabo lo anterior, en la segunda sección se presentan los resultados obtenidos después de la realización del estudio. Finalmente, se plantea una discusión relacionada con el lugar que se le ha conferido al sujeto reincidente en la investigación criminológica y jurídica, y en torno a la relevancia de este tipo de estudios para trazar las políticas criminales en la materia analizada.

## **1. Estudiar la Cárcel Modelo de Bogotá: diseño y metodología de la investigación**

Los resultados de investigación son fruto de un estudio de caso (Flyvbjerg, 2006; Stake, 1978, 1995) conducido en la cárcel La Modelo de la ciudad de Bogotá en el periodo comprendido entre julio y diciembre de 2018. La elección de este establecimiento se justifica por dos razones. En primer lugar, por su importancia política e histórica. La cárcel La Modelo es una de las más grandes del país, con capacidad para 3.081 internos y presenta niveles altos pero estables de hacinamiento (cuadro 1).

Adicionalmente, este establecimiento concentra gran parte de los esfuerzos de reforma institucional en materia de resocialización que han sido impulsados por las Sentencias T-338 de 2013 y T-762 de 2015 de la Corte Constitucional, que declaran el Estado de Cosas Inconstitucional de las cárceles en Colombia y obligan al gobierno a tomar medidas para mejorar las condiciones de vida de la población

**Cuadro 1.** Capacidad, población y población excedente. Cárcel La Modelo de Bogotá.

**Fuente:** Oficina Jurídica Cárcel Modelo de Bogotá.

penitenciaria y reducir el hacinamiento (Corte Constitucional, 2013 y 2015)<sup>1</sup>. En segundo lugar, porque la administración de este penal ha implementado un mecanismo de clasificación de los reclusos que combina perfiles delictivos con criterios de ingreso repetido al sistema penitenciario y carcelario. Por ello, la cárcel cuenta con un patio específico para *población reincidente por delitos comunes*, tal y como se puede observar en el cuadro 2:

**Cuadro 2.** Clasificación de internos en el Establecimiento de Reclusión La Modelo.

Pabellón	Perfil	Cupos	N.º De Internos
1 A	Delitos sexuales	225	809
1 B	Paramilitares y delincuencia común	204	543
2 A	Paramilitares y de otros Establecimientos	225	585
2 B	Delincuencia común	204	497
3	Extranjeros, ley 30, delincuencia común	400	353
3 A	Delitos contra la administración pública	55	82
4	Delincuencia común reincidentes	633	943
5	Delincuencia común primer ingreso	571	666

**Fuente:** Establecimiento Penitenciario y Carcelario Modelo de Bogotá (2017).

1 Un completo análisis de dichas sentencias en Hernández-Jiménez (2018).

En el curso de la investigación se realizaron 25 entrevistas semiestructuradas, de las cuales 24 fueron a hombres y 1 a una persona perteneciente a la comunidad LGBTI que se identifica como mujer. Teniendo en cuenta que el estudio se dirige a obtener información sobre la percepción de los reincidentes sobre los factores que incidieron en la nueva comisión de un delito, se definió la *muestra* de personas utilizando como criterio de organización inicial la frecuencia de ingresos al establecimiento. Así las cosas, se clasificó a los entrevistados de acuerdo a su número de ingresos a prisión, con el fin de determinar las diferentes experiencias que presentan diferentes grupos. Para ello, se identificaron como *reincidentes primarios*, aquellos que presentan 1 o 2 reingresos a prisión; *reincidentes habituales* a quienes han tenido entre 3 y 6 ingresos; *reincidentes problemáticos* a quienes han tenido entre 7 y 10 ingresos a prisión; y *reincidentes prisionizados* a quienes han ingresado más de 10 veces a prisión. De esta forma, antes de la *selección muestral* la población fue organizada con base en las siguientes variables ordinales:

**Cuadro 3.** Criterio de organización inicial de la población entrevistada.

Variable	Número de ingresos	Tamaño población
Reincidente primario	Rango 1-2	P1
Reincidente habitual	Rango 3-6	P2
<b>Reincidente problemático</b>	Rango 7-10 ingresos	P3
<b>Reincidente prisionizado</b>	Más de 10 ingresos	P4

**Fuente:** Establecimiento Penitenciario y Carcelario Modelo de Bogotá (2017).

Una vez organizada típicamente la población reincidente, con base en las anteriores categorías se emplearon sucesivamente dos técnicas para la definición del tamaño de la muestra (n) para cada subcategoría poblacional (P). En primer lugar, *un muestreo por conveniencia* (Martín-Crespo Blanco y Salamanca-Castro, 2007), en el cual se invitó a las personas identificadas en la base de datos del establecimiento pertenecientes a cada una de las variables creadas a participar en la investigación. En segundo lugar, se pensaba realizar un “muestreo de avalancha o bola de nieve” (Martínez-Salgado, 2012) para continuar la recolección de información, pero, teniendo en cuenta que la población que deseaba participar en la investigación logró saturar la información, dicho procedimiento no fue necesario.

A cada participante se le aplicó una *entrevista semiestructurada* en la que se indagó por los problemas que han enfrentado en su retorno a la vida en libertad y que han incidido en la comisión de un nuevo delito, haciendo énfasis en los siguientes cuatro aspectos. En primer lugar, se les preguntó por su experiencia previa al interior de la cárcel. En este punto se enfatizó en efectos generados por

condiciones de reclusión, su participación en programas de tratamiento penitenciario, su relación con el exterior durante la ejecución de la pena, su relación con el personal carcelario y el impacto que esta primera detención tuvo en sus vidas. En segundo término, se indagó por el diseño del régimen legal e institucional para la excarcelación. En este ámbito se les preguntó por las obligaciones adquiridas en programas de liberación temprana y el impacto de estas en su vida cotidiana, en cuanto a las posibilidades y dificultades para el cumplimiento de las obligaciones y su relación con el personal supervisor. Así mismo, se les inquirió por la aplicación de programas de tratamiento penitenciario extramural y de custodia y seguimiento al pospenado. En tercer lugar, se preguntó por los factores personales y psicológicos, en cuanto a los traumas derivados del encarcelamiento previo, el deseo de cometer o abstenerse de un nuevo delito, y las condiciones personales, familiares o sociales que según ellos afectaron su decisión de delinquir nuevamente. Finalmente, se averiguó por las Redes sociales, familiares y comunidad receptora de los privados de la libertad. En este asunto, se indagó por la existencia de núcleo familiar, redes de apoyo, y por las posibilidades de vinculación al mercado laboral.

Las entrevistas fueron aplicadas por profesionales especializados en trabajo social y psicología, quienes tenían además la instrucción de profundizar en los asuntos específicos que cada interno identificara como los factores que, a nivel personal, incidieron en su retorno a la prisión. Siguiendo los consejos de los profesionales que apoyaron la investigación, luego de la realización de las primeras 5 entrevistas se decidió excluir de forma definitiva a los reincidentes primarios (P1) -se recolectaron solo 3 entrevistas de esta población-, pues la situación de drogo-dependencia común en los internos de esta categoría hacía difícil establecer un diálogo en profundidad sobre los temas que fueron abordados en las entrevistas. Una vez finalizada la transcripción de los datos y sistematizada la información, se plantearon los siguientes resultados como insumo para la discusión sobre la reincidencia.

## 2. Resultados

### 2.1. Experiencia penitenciaria previa

La experiencia penitenciaria previa de los entrevistados es bastante similar. Las narraciones individuales de los sujetos privados de la libertad muestran la tendencia de las autoridades locales hacia la perfilación (*profiling*) como mecanismo de control policial, pues todos narran un acoso permanente que, en su opinión, va más allá de su actividad delincuencial o de sus condiciones de ex convictos o reincidentes. Aunque los estudios criminológicos han considerado la “carrera criminal” (Bernburg y Krohn, 2003; Chiricos, Barrick, Bales & Bontrager, 2007;

Tapias-Saldaña, 2011) como un posible factor de la delincuencia y la reincidencia, algunas narraciones de los entrevistados muestran que la perfilación y el acoso policial jugaron un papel importante en su decisión inicial de delinquir.

En un país con amplia cantidad de trabajadores informales<sup>2</sup>, muchos de los internos se habían integrado a economías de este tipo, vendiendo frutas en las calles, reciclando basura o montando pequeños negocios en el espacio público. En estos casos, los internos que formaron parte de la economía informal manifestaron haber sido permanentemente acosados por la policía con base en los amplios poderes discrecionales que se derivan de la legislación que regula la venta de productos en el espacio público. Por lo anterior, debieron abandonar sus actividades laborales informales y terminaron delinquiendo como forma de subsistencia. Como manifestó uno de los internos, la vida por fuera de la cárcel se organizaba “de la casa al robo y del robo a la casa” (M.A.L., comunicación personal, 24 de septiembre, 2018)<sup>3</sup> pues no había ninguna otra posibilidad de subsistencia.

Es importante subrayar que, salvo la interna entrevistada que se identificaba como mujer, todos los demás narraron una historia permanente de acoso policial previo y posterior a los diversos encierros que tuvieron. Algunos incluso exageran el número de detenciones temporales diciendo que han sido retenidos o conducidos a estaciones de policía o centros de encierro intermedio<sup>4</sup> en más de 100 ocasiones, pero, entre los más realistas, los números oscilan entre 5 y 15 eventos (J.E.U., comunicación personal, 2 de octubre, 2018).

De los 25 entrevistados, 8 de ellos presentaron ingresos al sistema penal para adolescentes del país. Más allá de que esto evidencia que las carreras criminales suelen comenzar a temprana edad y que habría que orientar esfuerzos para identificar las causas que fomentan este tipo de comportamientos, lo que revelan las versiones de los privados de la libertad es el fracaso recurrente de los procesos de resocialización juvenil en Colombia. A pesar de que en el país existen programas formales de atención psicológica a menores detenidos, formación educativa y reclusión en centros especiales, dichos programas son poco útiles desde el punto de vista de los entrevistados. Sin embargo, es también necesario considerar que

- 
- 2 Según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), el empleo informal en la ciudad de Bogotá llega al 40,7 %. Aunque estas cifras son bajas en relación con el comparativo nacional de empleo informal, ocupando el penúltimo lugar sólo superando a la ciudad de Manizales –que cuenta con un 38,9% de trabajadores informales– y poniéndola lejos de las cifras de la ciudad de Cúcuta –que cuenta con un 63,4% de empleados informales–, es bastante relevante que en la ciudad más grande del país –que incluso supera en habitantes la segunda región más poblada cuya capital es la ciudad de Medellín–, casi la mitad de los empleados trabajen en la informalidad (DANE, 2019).
- 3 Se usan siglas para las entrevistas con el fin de conservar la anonimidad de los entrevistados.
- 4 Los centros de encierro intermedio son una serie de unidades que han sido creadas en las ciudades principales para servir como soporte del sistema administrativo policial de restricción de la libertad y del sistema penal mismo. Entre ellas se encuentran las Unidades Permanentes de Justicia (UPJ), hoy denominados Centros de Traslado por Protección (CTP) y los Centros de Atención Inmediata (CAI) de la Policía Nacional.

de los 8 entrevistados que manifestaron haber estado recluidos en centros para menores, 6 de ellos manifestaron haberse fugado. Esto plantea, cuando menos, un problema sobre la seguridad de este tipo de centros de reclusión.

La falta de alternativas dentro de las prisiones juveniles también hizo su aparición en las narraciones sobre los reclusorios de adultos. De la información recolectada se vislumbra claramente que los procesos de tratamiento penitenciario y desistimiento del delito que existen dentro de las cárceles no se consideran apropiados desde el punto de vista de los entrevistados, generando una conclusión similar a la de otros estudios (Duwe & Clark, 2014). Por un lado, los programas de formación educativa son insuficientes. Todos los entrevistados manifestaron haber estudiado en prisión, pero solo dos de ellos creían que los cursos dados al interior de la prisión eran realmente útiles en términos de sus posibilidades de acceso al mercado laboral, manifestando que

hoy en día ayudan mucho, psicológicamente, físicamente, lo preparan a uno, y me he dado cuenta a través de estos programas (...) hoy en día existe una cosa que se llama casa libertad, donde a usted le dan la oportunidad de ir si quiere, y esta gente está en la capacidad de ayudarlo. Para que usted pueda buscar, ese encuentro con la libertad, buscar trabajo. (O. B., comunicación personal, 26 de octubre, 2018)

El sistema actual de educación en prisión en Colombia está compuesto por tres elementos diferentes. En el primero, se encuentran los Ciclos Lectivos Integrados (CLEI), dirigidos a brindar educación primaria y secundaria a los internos que no terminaron la educación básica en el país. Estos cursos son impartidos por personas privadas de la libertad de los propios establecimientos que cuentan con educación básica. En el segundo, se encuentran programas que son certificados por diferentes entidades, que usualmente constan de cursos cortos de formación en diferentes materias, enfatizando en derechos humanos y emprendimiento empresarial. Y, finalmente, existe un sistema de estudio universitario en línea a través de la Universidad Nacional a Distancia la cual, por problemas locativos y costos económicos para el interno suele ser poco usada. De los 25 entrevistados ninguno pudo acceder a la última modalidad.

En cuanto a los trabajos ofrecidos en prisión y la capacitación profesional, la percepción es idéntica. Para 23 de los 25 entrevistados las ofertas de trabajo en el establecimiento son insuficientes al interior del penal e inadecuadas para facilitar el reingreso a la sociedad, pues las capacitaciones laborales al interior del penal son percibidas por los internos como inútiles. A nivel de oportunidades de trabajo solo un interno de los 25 tuvo una experiencia positiva en prisión, pues estuvo involucrado en varios procesos artísticos al interior del penal y apoyaba procesos de rehabilitación de adolescentes, algo que el propio interno no solo consideró útil, sino que afirmaba que veía viabilidad para continuar realizando

dichas actividades una vez saliera de la cárcel (O. B., comunicación personal, 26 de octubre, 2018).

Teniendo en cuenta lo anterior, parece que no se trata de educar y capacitar como estrategias para reducir la reincidencia, sino en detectar cuáles son las necesidades específicas de las poblaciones recluidas. Las ideas de que la educación en la prisión (Sharlein, 2018; Duwe & Clark, 2014) o la capacitación laboral (Sharlein, 2018; Wilson, Gallagher & MacKenzie, 2000) sirven para disminuir las tasas de reincidencia no son completamente erróneas, pero su conclusión a través de estudios que generalizan datos de forma inadecuada puede llevar a que no se determinen adecuadamente las potencialidades de las mismas. En este orden, para trazar políticas criminales adecuadas sobre la educación y el trabajo en prisión debería, por ejemplo, tenerse en cuenta tanto las necesidades individuales de los sujetos como las condiciones del mercado laboral en que estos ingresarán después de su estadía en prisión.

## 2.2. Diseño del régimen legal e institucional para la excarcelación

Según se ha establecido, los programas de liberación temprana como parte de los procesos de reintegración pueden tener el efecto de aumentar la reincidencia (Joo, Ekland-Olson & Kelly, 1995; Meade *et al.*, 2012). Sin embargo, también se ha mostrado cómo dichos datos pueden resultar engañosos, en la medida que diferentes factores, principalmente aquellos ligados a las obligaciones legales de los liberados condicionalmente, pueden complicar la situación de las personas liberadas de forma temprana (Petersilia, 2003). En esta sección se analizará el acceso a medidas sustitutivas de la prisión durante el cumplimiento de la anterior condena y las razones por las cuales no resultaron útiles para los entrevistados<sup>5</sup>.

Lo que narraron los entrevistados en cuanto al régimen legal e institucional para la excarcelación fue bastante problemático. De los consultados, 8 no pudieron acceder a ningún beneficio procesal que implicara la sustitución de la pena

---

5 El sistema penal colombiano establece tres tipos de sanciones, la multa y la pena privativa de la libertad de prisión (siendo esta última la regla general) y la pena privativa de otros derechos. En cuanto a la pena privativa de la libertad de prisión, el régimen penitenciario colombiano es principalmente cerrado, pero incluye tres tipos de mecanismos que pueden evitar el encierro. El primero de ellos es la sustitución de la pena de prisión por el encierro domiciliario. El segundo de ellos, es la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en la que se impone un periodo de prueba a los sujetos, durante el cual pueden conservar su libertad y, de cumplir con todas las obligaciones establecidas para dicho periodo, pueden extinguir su pena sin necesidad de ir a prisión –aunque, de incumplirlas, deben cumplir todo el tiempo que fue establecido inicialmente como sanción-. Finalmente, existen dos programas para salir de la prisión anticipadamente, el primero de ellos es una sustitución de la pena carcelaria por encierro domiciliario cuando se ha cumplido la mitad de la pena impuesta, el segundo es el programa de liberación temprana de libertad condicional, que puede operar una vez cumplidas las 3/5 partes de la pena de prisión. Por otro lado, existen algunos beneficios administrativos de los cuales el más relevante es la concesión de permisos de salida por 72 horas, los cuales tienen lugar una vez se ha cumplido 1/3 de la pena impuesta, y el procesado ha superado la primera etapa del tratamiento penitenciario.

de prisión por mecanismos de supervisión o encierro domiciliario, o el ingreso a programas de liberación temprana o de modificación del internamiento por prisión domiciliaria. Esto se deriva de las reformas legales que descartan de plano la posibilidad de permitir mecanismos alternativos a la prisión a personas reincidentes o que cometan ciertos delitos, entre los que se encuentran algunos de los de mayor presencia en el aparato carcelario -como hurto calificado (14,9 %), delitos relacionados con drogas (13,4 %) o delitos sexuales con menores de edad (7,5 %) (INPEC, 2018)-.

En cuanto al apoyo durante los regímenes de preparación para la libertad y/o excarcelación, un interno afirma que ha disfrutado de permisos para salir esporádicamente de prisión para visitar a su familia y para participar en procesos artísticos jalones por la Universidad de los Andes. Sin embargo, este apoyo ha llegado solamente en la condena actual y por iniciativa privada, mientras que en las anteriores se encontró abandonado. Otro caso es el de un interno que fue remitido a la institución "Casa Libertad". Este es un proyecto del Ministerio de Justicia y el INPEC para apoyar los procesos de reinserción de la población privada de la libertad, aunque aún se encuentra en fase piloto y no ha sido puesto en operación en todo el territorio nacional.

En este marco, uno de los internos pudo conseguir un trabajo administrando una franquicia de una pequeña cadena de cafés nacionales, que le proveía un salario modesto (alrededor de 300US al mes). Sin embargo, en sus palabras, su historia familiar (padre y hermano presos, desintegración familiar), la discriminación de algunos de sus compañeros de trabajo, la existencia de problemas psicológicos (insomnio y ansiedad), su consumo de drogas y el gusto por una vida llena de "lujos" -subrayando que lo que él llama lujo es el acceso a bienes de consumo básico, como ropa o entretenimiento-, lo empujaron a delinquir nuevamente. Salvo estos dos casos, los otros 15 entrevistados que tuvieron acceso a programas de sustitución de la prisión o de ingreso a programas de supervisión no tuvieron ningún tipo de apoyo institucional, a pesar de que se ha demostrado el rol clave de esta situación para la disminución de la reincidencia (Kaufman, 2015). Algunos, además de la discriminación y las dificultades laborales, incluso tuvieron que delinquir para poder incorporarse al mercado laboral:

[mi hermano y yo] estuvimos trabajando en la misma empresa, yo lo ayudé a entrar, *yo entré con papeles falsos*, pero llegó un sargento retirado a trabajar, y en frente de todo el mundo me trató como lo peor, que yo era un ex penado y me hizo quedar como una mierda en frente de todo el mundo, y de paso echó a mi hermano de la empresa, entonces por eso vuelvo a la delincuencia. (O. E. N., comunicación personal, 23 de octubre, 2018)

## 2.3. Factores personales y psicológicos

La presentación de los factores personales y psicológicos de los 25 entrevistados es compleja debido a la singularidad de los resultados. Aunque existe cierta regularidad en diversos asuntos, estos impactan de forma diferente la comprensión biográfica que los internos tienen sobre sí mismos. Teniendo en cuenta que no se pueden presentar los detalles de toda la información recogida, se mostrarán algunos aspectos que, más allá de las diferencias, eran definidos por los internos en forma similar y alertan de situaciones problemáticas para el diseño de la política criminal en la materia.

La mayoría de los privados de la libertad (18) afirman haber delinquido por “necesidad”. Que la satisfacción de necesidades básicas sea el principal factor que los internos señalan como causa de su reincidencia puede sugerir que el Estado colombiano ha encarado el gobierno de la inseguridad social a través de mecanismos punitivos, como ha sucedido en otros contextos (Wacquant, 2009).

Esto puede relacionarse con dos situaciones, por un lado, con el hecho de que los delitos contra la propiedad privada son los de mayor representación en las cárceles colombianas, con un 14,9 % de la población privada de la libertad por el delito de hurto (INPEC, 2018); por otro lado, que la tercera conducta de mayor presencia en la cárcel se relaciona con el tráfico de estupefacientes -13,4 % (INPEC, 2018)-, en un país en el que se ha mostrado que la persecución penal privilegia de manera desproporcionada el castigo del microtráfico de drogas (Uprimny, Martínez, Cruz, Chaparro y Chaparro, 2016; Uprimny, Chaparro y Cruz, 2017). Según la muestra de entrevistados, aunque muchos no estaban en la cárcel por el delito de hurto, sino por tenencia o venta de drogas o tenencia de armas, habían estado presos en el pasado por delitos contra el patrimonio económico. La mayoría de los entrevistados explicaba que las condiciones económicas de sus familias, sumada a la dificultad para encontrar trabajos que satisfieran las necesidades básicas propias y de las personas a su cargo los empujaba al crimen. Si bien en Colombia se ha hecho un fuerte intento por relacionar los delitos de hurto con el consumo de drogas (Escobedo, Ramírez y Sarmiento, 2017), de los 18 entrevistados que delinquían para suplir necesidades básicas, solo 4 manifestaron ser consumidores permanentes de estupefacientes<sup>6</sup>. Incluso, en estos casos, los entrevistados afirmaron que el hurto se había convertido en un mecanismo tardío de financiación de los estupefacientes, pues comenzaron a robar para suplir las necesidades de sus familias y, en la medida en que el hurto fue proveyendo fondos extra, comenzaron o aumentaron su consumo de drogas.

---

6 Hay que considerar que este hallazgo puede estar afectado por la decisión metodológica de no entrevistar a los internos con alto consumo de drogas, por no poder establecer diálogos fluidos y detallados con ellos. Además, de los 4 internos que manifestaron delinquir por necesidad y afirmaron que consumían regularmente droga, otros 2 internos manifestaron hacerlo. En sus casos, las drogas tenían una relación con su actividad delincuencial, pues afirmaban que robaban para poder financiar sus “fiestas”.

Además de los problemas económicos y el consumo de drogas, otro asunto bastante extendido suele ser la procedencia de hogares desintegrados, con padres y hermanos con historial delincuencial y procesos de desescolarización temprana. Salvo un par de casos excepcionales, los entrevistados procedían de familias frágiles por ausencia de los padres, desescolarización temprana e incorporación a economías informales para proveer ingresos a su familia. En el caso particular de la interna que se identifica como mujer, su situación es diferente a la de los demás privados de la libertad entrevistados en cuanto a unidad familiar, escolarización e incorporación al mercado laboral. Sin embargo, su experiencia de discriminación como parte de la población LGBTI construye una narrativa personal similar a la que refieren los internos respecto al peso de la estigmatización por ser delincuentes (K.P., comunicación personal, 5 de octubre, 2018). Mientras estos últimos experimentan un cierto aislamiento social y la necesidad de buscar apoyo en personas involucradas con el mundo del hampa, la discriminación por género sufrida por la interna derivó en algo similar, una sensación de rechazo que la empujó a convivir con ciertas personas que le brindaban aceptación y que, tal vez por coincidencia, estaban también ligadas a actividades ilegales. En este caso, resulta interesante cómo dos situaciones tan diversas pueden desembocar en las mismas consecuencias, y son narradas de forma tan similar por los internos.

Todos los entrevistados manifestaron la convicción de querer cambiar su vida, arrepentimiento por sus conductas anteriores y hablaron de cómo la edad y la cárcel les habían dado cierta madurez para afrontar su próxima liberación sin recaer en el delito. Sin embargo, los más realistas afirmaban que, aunque “ya están cansados de pagar tanta cárcel” (E.J.S., comunicación personal, 11 de noviembre, 2018) saben que la realidad que les espera es la misma que los llevó a ingresar a prisión. Parafraseando lo dicho por algunos de ellos,

Uno en la cárcel siempre está convencido de que cambió, y de que no va a volver a delinquir; sin embargo, uno sale y todo es igual. La familia necesita plata, hay que darles cosas a los hijos, y no hay forma de conseguir el dinero. Yo hoy digo que no volvería a delinquir, pero en la calle, uno no sabe qué va a hacer. (E.J.S., comunicación personal, 11 de noviembre, 2018)

Este factor personal no solo reta a quienes aseveran la importancia de la auto-rresponsabilización para la prevención del delito y la reincidencia (Byrd, O’Connor, Thackrey & Sacks, 1993), sino que invita a mirar principalmente el contexto de los ofensores antes que a estos mismos.

## 2.4. Redes sociales, familiares y comunidad receptora

El contacto con el mundo exterior durante el encarcelamiento ha sido considerado un factor clave para explicar la reincidencia (Bales & Mears, 2008; Barrick,

Lattimore & Visher, 2014; Cochran, 2014; Maruna, 2001; Visher & Travis, 2011). Durante sus estancias previas en prisión, salvo casos particulares, la mayoría de los internos entrevistados recibieron la visita constante de sus familiares, entre los cuales estaban usualmente sus padres, hermanos, pareja sentimental e hijos. En términos generales la literatura subraya que la cantidad de visitas, especialmente aquellas que tienen lugar meses antes de la liberación, suele reducir las posibilidades de reincidencia (Bales & Mears, 2008; Cochran, 2014). En el estudio realizado, todos los entrevistados que recibían visitas regularmente afirmaban que sentían que las mismas eran beneficiosas para su proceso, pues les “daban fuerza para continuar” (O E.N., comunicación personal, 23 de octubre, 2018). Aunque se requieren estudios para analizar cuantitativamente el efecto de las visitas en la reincidencia, el efecto moralizante de estas no puede ser desestimado.

Únicamente 3 internos se encontraron en situaciones particulares. Uno de ellos sólo había sido visitado en su actual condena por su pareja e hijos actuales, pero presentaba un profundo resquebrajamiento familiar con sus padres y hermanos, y con su primera pareja, con la cual había tenido hijos que fueron arrebatados por agencias estatales para garantizar el derecho de los menores. Esto implicó que en sus condenas anteriores no fuera visitado por nadie, lo que, si se toman por ciertas las cifras de otras latitudes sobre la capacidad de las visitas para reducir la reincidencia, no debería suceder en ningún caso (Cochran, 2014; Bales & Mears, 2008). El segundo caso, que resulta bastante interesante para complementar los análisis cuantitativos, es el de un interno que decidió renunciar de forma completa a ver a su familia. Su decisión estaba fundamentada en la convicción de su responsabilidad personal por lo sucedido y de que su familia no tenía porque “ir a la cárcel con él, pues no le gustaba someter a su familia a los procedimientos de ingreso a la prisión”. La situación de este interno alerta sobre la forma en que las condiciones en prisión terminan por endurecerse a través de mecanismos no intencionados, en tanto que la conservación del orden en la prisión y la burocracia carcelaria terminan por alejar a los internos de sus redes de apoyo. El último caso es el de un interno que en el transcurso de sus cuatro ingresos a prisión fue perdiendo paulatinamente contacto con su familia y terminó siendo visitado solo por amigos que, en sus palabras, formaban parte de su propio grupo delincuencial y lo ayudaban a subsistir en prisión.

Por otro lado, la literatura sobre el efecto del encarcelamiento en las familias, las comunidades y las redes sociales de los detenidos ha coincidido en mostrar que la experiencia penitenciaria suele tener efectos devastadores sobre las redes sociales y familiares de los detenidos, hasta tal punto que su quiebre puede resultar irreversible y afectar de manera importante la reconstrucción de un proyecto de vida alejado de la prisión (Abaunza-Forero, Paredes-Álvarez, Bustos- Benítez y Mendoza-Molina, 2016; Barrick *et al.*, 2014; Visher & Travis, 2011). En cuanto a las redes sociales, familiares y la comunidad receptora, la situación de los entre-

vistados es tremadamente similar de cara a su nueva liberación, y ha sido similar durante sus estancias anteriores en la cárcel.

A pesar de que en términos generales existe un apoyo incondicional de sus familiares hacia los internos, esto no es necesariamente algo positivo en todos los casos. En las narraciones de los entrevistados, el deber de satisfacer por cualquier medio posible las necesidades económicas del hogar se traduce muchas veces en delitos. Los entrevistados no solo narraban lo anterior como parte de la experiencia de sus reingresos pasados a la comunidad, sino que auguraban un destino similar la próxima vez que salieran de prisión. El reconocimiento de que en el exterior tuvieron -y tendrán- que buscar maneras de soportar económicamente a sus familias y la experiencia anterior sobre las dificultades para conseguir trabajo por su situación estructural de pobreza y educación de bajo nivel -sumada ahora a su condición de ex convictos- los hace pronosticar el delito como la única opción posible para generar ingresos en un sistema que les cierra las puertas del trabajo formal y los acosa en el trabajo informal. Uno de los entrevistados condensa la narración de lo que muchos enfrentan al salir de prisión:

Yo no le puedo decir eso acá [si va a cambiar o no], porque acá uno dice una cosa y en la calle uno no sabe qué va a hacer (...): La policía lo para a uno cada rato (...); Yo me he trasteado de lados [cambiar de lugar de residencia] (...); he abandonado la familia (...); me han querido matar. (E.J.S., comunicación personal, 11 de noviembre, 2018)

Siendo inequívoco lo anterior, las consecuencias de ciertos estudios cuantitativos que afirman que el apoyo familiar puede disminuir la reincidencia (Bales & Mears, 2008; Cochran, 2014) debe ser estudiada desde una perspectiva más amplia. La idea de las visitas como parte integral de los procesos de reintegración de los internos es clave según la literatura referida, pero hacerlo sin una atención a las familias que viven en contextos de fuertes privaciones de derechos e insatisfacción de necesidades básicas, lleva a que sea difícil lograr que sujetos como los entrevistados puedan evadir su regreso a prisión. Esto debe conducir a que, a su vez, las políticas criminales no se piensen de forma monocromática, sino que se utilicen herramientas que permitan identificar los matices necesarios para una intervención adecuada.

### 3. Discusión: el sujeto en los estudios y gobierno de la reincidencia

En 2017 se publicó en *InSight Crime* la noticia del liderazgo colombiano en la implementación de instrumentos de predicción del crimen (Alvarado, 2017). El experimento era un esfuerzo conjunto entre el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y las organizaciones privadas de desarrollo de nuevas tecnologías *Data-Pop*

*Alliance* y *MIT Media Lab*<sup>7</sup> para estudiar la capacidad del software de predicción del crimen en Colombia. Estos esfuerzos por examinar -y difundir- las técnicas de prevención del delito a través de la tecnología, que cuentan con la reincidencia como un factor clave en la elaboración de predicciones (Berk, 2017), forman parte de una tendencia más amplia en la que el conocimiento estadístico y el criterio de riesgo se han posicionado como discursos centrales del gobierno del crimen (Feeley & Simon, 1992; Harcourt, 2007; Dezelay y Garth, 2002).

En esta tendencia, la reincidencia pasó a ser un criterio de medición del riesgo delictivo y, con ello, se generó la necesidad de conocer estadísticamente la realidad de dicho fenómeno. Esto fue empujado por el BID, que recomendaba, a través de sus órganos de difusión de ideología, la necesidad de centrarse en los factores de riesgo delictivo como herramientas para la predicción y la regulación de la reincidencia como mecanismo para reducir el delito<sup>8</sup>. Algo similar ocurría en la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) que no solo consideraba la reincidencia como uno de los factores de riesgo delictivo, sino que tenía una lista propia de los factores de riesgo para la reincidencia (UNODC, 2013). Además, así como en Colombia, otros países latinoamericanos también discutían la intersección entre la reincidencia y la predicción del delito. Este es el caso de Chile (Baloian, *et al.*, 2017), Ecuador (García-Piña, Villota-Oyarvide y Litardo-Unda, 2017), Argentina (Di Tella & Schargrodsky, 2011) y Brasil (Martino, 2018).

Si bien la discusión sobre el riesgo, la tecnología y la reincidencia apareció también en otros contextos (Berk, 2017; Favarin, 2018; Harcourt, 2007), esta ha resultado aún más relevante para Latinoamérica. A diferencia del contexto latinoamericano, los anglosajones habían trazado su política criminal con atención a criterios "científicos" desde el surgimiento de la criminología como disciplina independiente (Garland, 2005), lo que los tuvo preparados para la nueva pretensión científica de gobernar el delito a través de conocimientos estadísticos (Feeley & Simon, 1992). Por su parte, los contextos latinoamericanos estuvieron parcialmente al margen de los influjos del gobierno "científico" criminológico del delito, por lo que la aparición de las técnicas estadísticas de medición del riesgo fue más novedosa. Aunque la pretensión científica de la criminología positivista italiana influyó de forma radical en los ordenamientos latinoamericanos -y europeos- mediante la difusión del sistema de doble vía de las sanciones penales, que disponían

7 El *MIT Media Lab* es una dependencia del Massachusetts Institute of Technology, cuya financiación proviene de diversas entidades, mayoritariamente empresas privadas, como Twitter, Hyundai, Panasonic o Verizon. El *MIT Media Lab* es, junto con *The Harvard Humanitarian Initiative* y *The Overseas Development Institute*, uno de los fundadores del *Data-Pop Alliance*, la cual está principalmente financiada por *The Rockefeller Foundation* y la compañía de software *ThoughtWorks*, pero que cuenta con financiadores como el BID, el Banco Mundial (BM), la Organización de Naciones Unidas (ONU), Vodafone y el Departamento Nacional de Planeación (DNP) colombiano.

8 Lo anterior tuvo lugar a través del blog "Sin Miedos", el cual hace parte de los órganos de difusión del BID en Latinoamérica. Disponible en: <https://blogs.iadb.org/seguridad-ciudadana/es/gasto-publico-inteligente-en-seguridad-ciudadana/>

la pena para los sujetos capaces o “reformables” y las medidas de seguridad para los sujetos incapaces o “incorregibles” (Zaffaroni, Slokar y Alagia, 2002), la enorme importancia de una disciplina jurídica que trataba principalmente de limitar el poder punitivo del Estado (Zaffaroni *et al.*, 2002), así como la predilección por técnicas duras de control ligadas a las dictaduras o las políticas de seguridad ciudadana (Aponte-Cardona, 2008; Iturralde, 2010; Sozzo, 2008), mantuvieron al margen las discusiones sobre la científicidad de la política criminal.

A pesar de la resistencia académica a las técnicas científicas de la criminología positivista y de la predilección de los Estados por el control del delito a través de la fuerza, el fortalecimiento de los conocimientos estadísticos (Dezalay y Garth, 2014) y de las nuevas formas de gestión de recursos ligadas a la ideología neoliberal (Sozzo, 2018; Wacquant, 2009), y la aparición del criterio del riesgo como parte fundamental del gobierno contemporáneo del crimen (Feeley & Simon, 1992; Silva-Sánchez, 2006) reordenaron la forma de conocer y aproximarse al fenómeno de la reincidencia delictiva. Estas “nuevas” formas de gobierno trajeron consigo una forma específica de “conocer” la reincidencia que tenía el manto de la objetividad derivada de la aproximación numérica al asunto (Espeland & Stevens, 2008).

Aunque la objetividad de los métodos estadísticos es relativa, la idea de “factores de riesgo” como criterios que permiten predecir la reincidencia tiene la capacidad de sustraer el factor individual para comprender dicha realidad. Aunque es necesario reconocer que efectivamente existen factores de riesgo estadísticamente relevantes, y que las intervenciones político-criminales para disminuir los índices de reincidencia pueden partir de estos, también es cierto que la comprensión acrítica de dichas variables puede oscurecer en muchas situaciones las estrategias adecuadas para la planeación de intervenciones.

En este orden, el presente artículo es una intervención clave para “volver al sujeto”. El conocimiento cualitativo de la experiencia penitenciaria aporta en dos aspectos fundamentales. Por un lado, permite a la vez cuestionar y nutrir los enfoques estadísticos de aproximación al fenómeno de la reincidencia, mostrando elementos que se han quedado por fuera de sus análisis. Esto, puede ayudar no solo a sugerir nuevas variables que pueden ser tenidas en cuenta para futuros estudios, sino que ayuda a construir lecturas críticas de los resultados obtenidos en la región. Así, es un aporte clave en la tarea de documentar la reincidencia de forma cualitativa, recogiendo las percepciones, necesidades, problemas e historias de los privados de la libertad desde el punto de vista de los internos (Hasley, 2006; Mbuba, 2012; Maruna, 2001, 2011). Como se mostró en el texto, la investigación arrojó algunos datos que no han sido suficientemente considerados por las investigaciones cuantitativas sobre la reincidencia -no solo aquellas realizadas en la región-, como son la historia del acoso policial y la perfilación de sujetos; la necesidad de revisar el diseño actual de los programas de educación y trabajo en la prisión, o la complejidad que conlleva la falta de atención a las familias de los

internos en el exterior. Y, por otro lado, permite rescatar la importancia política y humana del sujeto reincidente. A partir de la experiencia penitenciaria de los entrevistados se pueden establecer diálogos políticos y académicos que lleven a considerar al sujeto reincidente como un ciudadano que debe ser atendido -incluso más en la dramática situación penitenciaria de la región- y no como una simple cifra estadística necesaria para prevenir el crimen.

## Referencias bibliográficas

- Abaunza-Forero, C.I., Paredes-Álvarez, G., Bustos-Benítez, P. y Mendoza-Molina, M. (2016). *Familia y privación de la libertad en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario-Instituto Rosarista de Acción Social (SERES).
- Alvarado, N. (21 de agosto de 2017). Seis ciudades en Colombia son líderes en el uso de Big Data para combatir el crimen. *Insight Crime*. Recuperado de <https://es.insightcrime.org/noticias/analisis/seis-ciudades-colombia-lideres-uso-big-data-combatir-crimen/>
- Aponte-Cardona, A. (2008). *Guerra y derecho penal del enemigo: reflexión crítica sobre el eficientismo penal*. Buenos Aires: Ad-hoc.
- Bales, W. & Mears, D. (2008). Inmate Social Ties and the Transition to Society: Does Visitation Reduce Recidivism?. *Crime and delinquency*, 45(3), 280-321.
- Baloian, N., Bassaletti, E., Fernández, M., Figueroa, O., Fuentes, P., Manasevich, ... & Vergara, M. (2017). Crime prediction using patterns and context. *IEEE*, 21st International.
- Berrick, K., Lattimore, P.K. & Visher, C.A. (2014). Reentering Women: The Impact of Social Ties on Long-Term Recidivism. *The Prison Journal*, 94(3), 279-304.
- Bench, L. & Allen, T. (2013). Assessing Sex Offender Recidivism Using Multiple Measures: A Longitudinal Analysis. *The Prison Journal*, 93(4), 411-428.
- Berk, R. (2017). An Impact Assessment of Machine Learning Risk Forecasts on Parole Board Decisions and Recidivism. *Journal of Experimental Criminology*, 13(2), 193-216.
- Bernburg, J. & Krohn, M. (2003). Labeling, life chances, and adult crime: The direct and indirect effects of official intervention in adolescence on crime in early adulthood. *Criminology*, 41(4), 1287-1318.
- Breetzke, G. & Polaschek, D. (2018). Moving Home: Examining the Independent Effects of Individual- and Neighborhood Level Residential Mobility on Recidivism in High-Risk Parolees. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 62(10), 2982-3005.
- Burdon, W., Messina, N. & Prendergast, M. (2004). The California Treatment Expansion Initiative: Aftercare Participation, Recidivism, And Predictors of Outcomes. *The Prison Journal*, 84(1), 61-80.

- Byrd, K.R., O'connor, K., Thackrey, M. & Sacks, J.M. (1993). The Utility of Self-Concept as a Predictor of Recidivism Among Juvenile Offenders. *The Journal of Psychology*, 127(2), 195-201.
- Caicedo-Trujillo, J. (2014). Reincidencia carcelaria en Colombia: un análisis de duración. *Universitas Económica*, 14(1), 1-54.
- Centro De Estudios Latinoamericanos Sobre Inseguridad y Violencia (CELIV). (2014). *Reincidencia en el delito: el 43% vuelve a delinquir. El 81% regresa a vivir en el mismo ámbito*. Buenos Aires: Universidad Tres de Febrero.
- Chen, M.K. & Shapiro, J.M. (2007). Do harsher prison conditions reduce recidivism? A discontinuity-based approach. *American Law and Economic Review*, 9(1), 1-29.
- Chiricos, T., Barrick, K., Bales, W. & Bontrager, S. (2007). The labeling of convicted felons and its consequences for recidivism. *Criminology*, 45(3), 547-581.
- Chng, G., Meng Chu, C., Zeng, G., Li, D. & Hwa Ting, M. (2016). A Latent Class Analysis of Family Characteristics Linked to Youth Offending Outcomes. *Crime and Delinquency*, 53(6), 765-787.
- Cochran, J. (2014). Breaches in the Wall: Imprisonment, Social Support, and Recidivism. *Crime and Delinquency*, 51(2), 200-229.
- Colombia. Corte Constitucional. (28 de junio de 2013). Sentencia T-388. &#091;MP María Victoria Calle Correa&#093;;
- Colombia. Corte Constitucional. (16 de diciembre de 2015). Sentencia T-762. &#091;MP Gloria Stella Ortíz Delgado&#093;;
- Cuervo, K. & Villanueva, L. (2015). Analysis of Risk and Protective Factors for Recidivism in Spanish Youth Offenders. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 59(11), 1149-1165.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). (2019). *Medición del empleo informal y seguridad social noviembre 2018-enero 2019*. Bogotá: DANE.
- Devall, K.E., Lanier, C., Hartmann, D.J., Williamson, S.H. & Askew, L.N. (2017). Intensive supervision programs and recidivism: how Michigan successfully targets high-risk offenders. *The Prison Journal*, 97(5), 585-608.
- Dezalay, Y. y Garth, B. (2002). *La internacionalización de las luchas por el poder: la competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados latinoamericanos* (Trad. Barreto, A.). Bogotá: ILSA-Universidad Nacional.
- Di Tella, R. y Schargrodskey, E. (2011). Criminal Recidivism after Prison and Electronic Monitoring. *NBER Working Paper*, 121(1), 28-73.
- Duwe, G. & Clark, V. (2014). The Effects of Prison-Based Educational Programming on Recidivism and Employment. *The Prison Journal*, 94(4), 454-487.
- Escaff-Silva, E., González, M.J., Alfaro-Alfaro, R. y Ledezma-Lafuente, C. (2013). Factores asociados a la reincidencia en delitos patrimoniales, según sexo: estudio desde

- la perspectiva personal de condenados(as) en dos penales de Santiago de Chile. *Revista Criminalidad*, 55(2), 79-98.
- Escobedo, A., Ramírez, B. y Sarmiento, P. (2017). *Bogotá sin el Bronx: expendios y habitantes de la calle*. Bogotá: FIP.
- Espeland, W.N. & Stevens, M.L. (2008). A sociology of Quantification. *European Journal of Sociology*, 49(3), 201-436.
- Favarin, S. (2018). This must be the place (to commit a crime). Testing the law of crime concentration in Milan, Italy. *European Journal of Criminology*, 15(6), 702-729.
- Feeley, M.M. & Simon, J. (1992). The new penology: notes on the emerging strategy of correction and its implications. *Criminology*, 30(4), 449-474.
- Flyvbjerg, B. (2006). Five Misunderstandings about Case-Study Research. *Qualitative Inquiry*, 12(2), 219-245.
- García-Piña, J.C., Villota-Oyarvide, W. y Litardo-Unda, J.G. (2017). Detección automática Guayaquil del nivel de crimen basado en el análisis de puntos calientes en la ciudad de. *Dominio de las Ciencias*, 3(2) 367-379.
- Garland, D. (2005). *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea* (Trad. Sozzo, M.). Barcelona: Gedisa.
- Garzón, J.C., Llorente, M.V. y Suárez, M. (2018). *¿Qué hacer con la reincidencia delincuencial? El problema y sus posibles soluciones*. Bogotá: FIP.
- Harcourt, B.E. (2007). *Against prediction: profiling, policing, and punishing in an actuarial age*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Hasley, M.J. (2006). Negotiating conditional release. *Punishment and Society*, 8(2), 171-181.
- Hernández-Jiménez, N. (2018). *El derecho penal de la cárcel: una mirada del contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad Eafit.
- Hiller, M.L., Knight, K. & Simpson, D.D. (2006). Recividism following mandated residential substance abuse treatment for felony probationers. *The Prison Journal*, 86(2), 230-241.
- Houser, K., McCord, E. & Nicholson, J. (2018). The Influence of Neighborhood Risk Factors on Parolee Recidivism in Philadelphia, Pennsylvania. *The Prison Journal*, 3(98), 255-276.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). (2013). *Informe Estadístico enero 2013*. Bogotá: INPEC-MinJusticia.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). (2018). *Informe Estadístico diciembre 2018*. Bogotá: INPEC-MinJusticia.
- Iturralde, M. (2010). *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes.

- Joo, H-J., Ekland-Olson, S. & Kelly, W.R. (1995). Recidivism among Paroled Property Offenders during a Period of Prison Reform. *Criminology*, 33, 389-410.
- Kaufman, N. (2015). Prisoner incorporation: The work of the state and nongovernmental organizations. *Theoretical Criminology*, 4(19), 534-553.
- Larrota, R., Gaviria, A.M., Mora, C. y Arenas, A. (2018). Aspectos criminogénicos de la reincidencia y su problema. *Revista de la Universidad Industrial de Santander*, 50(2), 158-165.
- Martín-Crespo Blanco, M.A. y Salamanca-Castro, A. B. (2007). El muestreo en la investigación cualitativa. *Nure Investigación*, 27.
- Martínez-Salgado, C. (2012). El muestreo en investigación cualitativa. Principios básicos y algunas controversias. *Ciéncia & Saúde Coletiva*, 17(3), 613-619.
- Martino, T. (3 de febrero de 2018). Um computador pode prever reincidência criminal?. *The Economist, O Estado de S. Paulo*. Recuperado de <https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,um-computador-pode-prever-reincidencia-criminal,70002176864>
- Maruna, S. (2001). *Making Good: How Ex-Convicts Reform and Rebuild their Lives*. Washington D.C.: American Psychological Association.
- Maruna, S. (2011). Reentry as a rite of passage. *Punishment & Society*, 13(1), 3-28.
- Mbuba, J. (2012). Lethal Rejection: Recounting Offenders' Experience in Prison and Societal Reaction Post Release. *The Prison Journal*, 92(2), 231-252.
- Meade, B., Steiner, B., Makarios, M. & Travis, L. (2012). Estimating a Dose-Response Relationship Between Time Served in Prison and Recidivism. *Crime and delinquency*, 50(4), 525-550.
- Mulder, E., Brand, E., Bullens, R. & Van Marle, H. (2010). Risk Factors for Overall Recidivism and Severity of Recidivism in Serious Juvenile Offenders. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 55(1), 118-135.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). (2013). *Guía de introducción a la prevención de la reincidencia y la reintegración social de delincuentes*. Nueva York: Naciones Unidas.
- Ostermann, M. (2013). Active Supervision and Its Impact Upon Parolee Recidivism Rates. *Crime and Delinquency*, 59(4), 487-509.
- Pérez-Luco, R., Lagos, L. y Báez, C. (2012). Reincidencia y desistimiento en adolescentes infractores: análisis de trayectorias delictivas a partir de autorreporte de delitos, consumo de sustancias y juicio profesional. *Universitas Psychologica*, 11(4), 1209-1225.
- Petersilia, J. (2003). *When prisoners come home: Parole and prisoner reentry*. New York: Oxford.

- Sharlein, J. (2018). Beyond Recidivism: Investigating Comparative Educational and Employment Outcomes for Adolescents in the Juvenile and Criminal Justice Systems. *Crime and Delinquency*, 64(1), 26-52.
- Silva-Sánchez, J.M. (2006). *La expansión del derecho penal: aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: BdeF.
- Sozzo, M. (2008). *Inseguridad, prevención y policía*. Quito: FLACSO.
- Sozzo, M. (2018). Beyond the 'neo-liberal penalty thesis'? punitive turn and political change in South America. In Carrington, K., Hogg, R., Scott, J. & Sozzo, M. (eds.), *The Palgrave handbook of criminology and the global south* (pp. 659-586). Palgrave Macmillan.
- Stake, R. (1978). The case study method in social inquiry. *Educational Researcher*, 7(2), 5-8.
- Stake, R. (1995). *The art of case study research*. Thousand Oaks, CA: Sage.
- Tapias-Saldaña, A. (2011). Aplicación de los instrumentos de reincidencia en violencia HCR-20 y SVR-20 en dos grupos de delincuentes colombianos. *Revista Criminología*, 53(1), 307-327.
- Tobón, S. (2017). *Reincidencia criminal en Colombia y capacidades para la resocialización*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Trulson, C.R., Haerle, D.R., Delisi, M. & Marquart, J. (2011). Blended Sentencing, Early Release, and Recidivism of Violent Institutionalized Delinquents. *The Prison Journal*, 91(3), 255-278.
- Uprimny, R., Chaparro, S. y Cruz, L. (2017). *Delitos de drogas y sobredosis carcelaria en Colombia*. Bogotá: DeJusticia.
- Uprimny, R., Martínez, M., Cruz, L.F., Chaparro, S. & Chaparro, N. (2016). *Women, drug policies and incarceration. A guide for Policy Reform in Colombia*. Bogotá: DeJusticia.
- Veysey, B.M., Ostermann, M. & Lanterman, J.L. (2014). The Effectiveness of Enhanced Parole Supervision and Community Services: New Jersey's Serious and Violent Offender Reentry Initiative. *The Prison Journal*, 94(4), 435-453.
- Visher, C.A. & Travis, J. (2011). Life on the Outside: Returning Home after Incarceration. *The Prison Journal*, 91(3), 102S-119S.
- Wacquant, L. (2009). *Punishing the poor. The neoliberal government of social insecurity*. Durham and London: Duke University Press.
- Wilson, D., Gallagher, C. & Mackenzie, D. (2000). A meta-analysis of corrections-based education, vocation, and work programs for adult offenders. *Crime and delinquency*, 37(4), 347-365.
- Windzio, M. (2006). Is there a deterrent effect of pains of imprisonment? The impact of "social costs" of first incarceration on the hazard rate of recidivism. *Punishment & Society*, 8(3), 341-364.
- Zaffaroni, R., Slokar, A. y Alagia, A. (2002). *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar.



*Serie Desde la raíz.* Fotografía Digital. Silvia Alejandra Cifuentes Manrique

**Estudios  
de Derecho**  
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD  
DE ANTIOQUIA**

# Cárceles para mujeres: la necesidad de implementar el enfoque de género en el proceso de superación del estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria y carcelaria en Colombia\*

*Kelly Giraldo Viana\*\**

## Resumen

En el presente artículo se analizan las condiciones especiales de desigualdad que atraviesan las mujeres privadas de la libertad en Colombia, después de identificar cómo la discriminación en razón de su género está presente en las causas de la delincuencia femenina. Dicho análisis se hace en un contexto de crisis del sistema penitenciario y carcelario en Colombia, del cual se predica un estado de cosas inconstitucional (ECI) desde la emisión de las Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015 por parte de la Corte Constitucional. De acuerdo con lo anterior, el presente trabajo tiene como fin fundamental la necesidad de implementar, en el proceso de seguimiento para la superación de la crisis penitenciaria y carcelaria del país, un enfoque diferencial de género que permita el restablecimiento y la garantía de los derechos de la población femenina recluida en Colombia.

**Palabras clave:** estado de cosas inconstitucional; mujeres privadas de la libertad; cárceles; derechos fundamentales; enfoque diferencial de género.

## Women's Prisons: the need to implement a gender focus in the process to overcome the unconstitutional state of affairs in penitential and prison matters in Colombia

## Abstract

In this article, the special conditions of inequality that women deprived of liberty in Colombia undergo are analyzed after identifying how gender discrimination is present in the causes of female delinquency. The aforementioned analysis is done in the context of the crisis of the Penitentiary and Prison System of Colombia, of which an unconstitutional state of affairs was declared since the issuance of the judgments T-388 of 2013 and T-762 of 2015 by the Constitutional Court. In accordance with the former, the purpose of this work is to establish the need to implement a differential gender focus that permits the restoration and guarantee of the female prison population's rights in Colombia in the follow-up process to overcome the country's penitentiary and prison crisis.

**Keywords:** unconstitutional state of affairs; women deprived of liberty; prison; fundamental rights; differential gender focus.

## Prisão para mulheres: a necessidade de implementar a abordagem de gênero no processo de superação do Estado de Coisas Inconstitucional em assuntos penitenciários e carcerários na Colômbia

## Resumo

No presente artigo são analisadas as condições especiais de desigualdade que atravessam as mulheres detentas na Colômbia, depois de identificar como a discriminação devido ao seu gênero está presente nas causas da delinquência feminina. Tal estudo foi feito num contexto de crise do sistema penitenciário e carcerário na Colômbia, do qual é enfatizado um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) desde a emissão das Sentenças T-388 de 2013 e T-762 de 2015, provenientes da Corte Constitucional. De acordo com o mencionado anteriormente, o presente trabalho tem como objetivo, fundamentar a necessidade de implementar, no processo de seguimento para a superação da crise penitenciária e carcerária do país, uma abordagem diferenciada de gênero que permita o reestabelecimento e a garantia dos direitos da população carcerária feminina na Colômbia.

**Palavras-chave:** Estado de Coisas Inconstitucional; mulheres detentas; prisões; direitos fundamentais; abordagem diferenciada de gênero.

\* \* Artículo de investigación. Este fue realizado para optar al título de abogada de la Universidad EAFIT, resultado de un trabajo investigativo iniciado a partir de mi práctica en la Sala Especial de Seguimiento al ECI de la Corte Constitucional, realizada de julio a diciembre de 2018; este artículo fue terminado en septiembre de 2019. El trabajo fue asesorado por la Ph.D. Luisa Fernanda Cano Blandón, docente de la Universidad de Antioquia y coordinadora de la Sala Especial de la Corte Constitucional para el momento de su realización. Elevo a través del presente artículo mis agradecimientos por su invaluable aporte.

\*\* \*\* Abogada egresada de la Universidad EAFIT. Colombia. Candidata a magíster en derecho penal de la misma universidad, correo electrónico: kgirald3@eafit.edu.co ORCID: 0000-0002-0886-2372

Cómo citar este artículo: Giraldo Viana, W. (2021) Cárcel para mujeres: la necesidad de implementar el enfoque de género en el proceso de superación del estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria y carcelaria en Colombia. *Estudios de Derecho*, 78 (171) 88-116

Doi: 10.17533/udea.esde.v78n171a04

Fecha de recepción: 14/07/2020 Fecha de aceptación: 30/09/2020



## **Cárceles para mujeres: la necesidad de implementar el enfoque de género en el proceso de superación del estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria y carcelaria en Colombia**

### **Introducción**

Las Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015 de la Corte Constitucional declararon, como consecuencia de una vulneración masiva y generalizada de derechos fundamentales, el estado de cosas inconstitucional (ECI) en el sistema penitenciario y carcelario del país. En esa medida, la corporación decretó una serie de órdenes encaminadas a la superación de la crisis y, en el año 2017, creó una Sala Especial con el objetivo de hacer seguimiento a la garantía efectiva de los derechos de las personas privadas de la libertad.

En este contexto, el presente trabajo tiene como objetivo analizar el modelo de seguimiento al ECI penitenciario y carcelario diseñado por la Corte Constitucional y, en particular, advertir la necesidad de incorporar el enfoque diferencial de género, ausente hasta el momento en tal seguimiento. El escrito, por lo tanto, busca aportar al estudio del mencionado ECI y argumentar que, sin la inclusión del enfoque de género<sup>1</sup>, no será posible declarar superada la situación contraria al orden constitucional que se mantiene vigente en la actualidad.

En este orden de ideas, el artículo abordará, en primer lugar, algunas consideraciones académicas en relación con las condiciones históricas y sociales que evidencian la necesidad de dar un trato diferenciado a las mujeres privadas de la libertad, para luego presentar los principales problemas que pueden identificarse en los centros de reclusión femeninos del país. Posteriormente, se recopila una fundamentación jurídica sobre el imperativo de incluir el enfoque de género en el proceso de superación de la crisis penitenciaria y carcelaria en Colombia y, fi-

---

1 Sin desconocer la amplitud y complejidad que implica la categoría “género”, el texto se centra de manera exclusiva, en la importancia de implementar el enfoque de género en cuanto a los problemas particulares que enfrentan las mujeres privadas de la libertad en Colombia.

nalmente, se realiza un análisis crítico de las acciones emprendidas por el Grupo Líder<sup>2</sup> para la superación del ECI, acompañado de algunas consideraciones sobre acciones que deben efectuarse en dicho proceso para garantizar los derechos de las mujeres reclusas como sujetos de especial protección constitucional.

## Metodología

El trabajo sigue un enfoque metodológico cualitativo, de manera que se revisaron las fuentes oficiales y se contrastaron con la revisión de literatura sobre enfoque de género. Al respecto, es preciso advertir que todos los informes analizados, tanto del Gobierno Nacional como de los órganos de control, la sociedad civil y la academia, son públicos y hacen parte del proceso de seguimiento al ECI penitenciario y carcelario.

### 1. Cárcel para mujeres: criminalidad femenina y ausencia del enfoque de género en los centros de reclusión

#### 1.1. La excepcionalidad de la criminalidad femenina como barrera para la protección de los derechos de las mujeres.

La Sentencia T-388 de 2013 declaró un nuevo ECI en materia penitenciaria y carcelaria en Colombia, dada la violación masiva y generalizada de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, por lo cual el Tribunal Constitucional profirió una serie de órdenes encaminadas a superar la crisis carcelaria en el país. Dentro de dichas consideraciones, la Corte Constitucional reconoció que las cárceles no han sido pensadas para las mujeres y que esto las sitúa en una situación de especial vulnerabilidad<sup>3</sup>.

- 
- 2 La Sentencia T-762 de 2015 creó un Grupo Líder conformado por la Procuraduría General de la Nación, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y la Defensoría del Pueblo, órganos responsables de adelantar las acciones pertinentes para que cese el estado de cosas unconstitutional en materia penitenciaria y carcelaria, gestiones y actuaciones que deben ser reportadas en informes semestrales a la Sala Especial de seguimiento, creada para tales efectos, de la Corte Constitucional.
- 3 Así lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia T-388 de 2019, cuando afirmó: "Como lo demuestran los estudios e informes acerca de la situación de las mujeres en el Sistema penitenciario y carcelario, no sólo colombiano sino regional, las discriminaciones y exclusiones de género de la sociedad se reproducen. En especial, en tanto es un Sistema orientado principalmente a hombres, las necesidades y demandas propias de los derechos fundamentales de las mujeres pasan desapercibidas en muchas ocasiones. Como lo señala la Comisión Asesora de Política Criminal, [...] hay que recordar que estadísticamente el número de mujeres en prisión es inferior al de los hombres, lo cual tiene como una de las consecuencias principales que las prisiones no hayan sido diseñadas pensando en las diferencias de género ni en las particularidades de las mujeres para temas como las visitas conyugales, la situación de niños y

La ausencia de cárceles para mujeres ha sido una constante en la historia de muchos países, lo cual ha sido parcialmente justificado con el argumento de que las mujeres delinquen menos. Estas connotaciones deberían ser analizadas, en tanto las diferencias en los procesos de criminalización de las mujeres pueden ser fundamentales para comprender su condición de minorías en el contexto carcelario, además de dar pistas sobre las necesidades diferenciadas que deben ser atendidas en el tratamiento penitenciario que se les proporciona y en la elaboración de una política criminal más efectiva<sup>4</sup>.

En tal sentido, tiene razón la Corte Constitucional cuando afirma que las mujeres delinquen menos. Históricamente la criminalidad femenina ha sido inferior al porcentaje de delitos cometidos por hombres, y esto ha quedado documentado en las estadísticas de cada país. Según cifras del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), para septiembre de 2020, 101.448 personas se encontraban recluidas intramuros en Colombia, de ese total de personas privadas de la libertad, 6.804 eran mujeres, es decir, solo el 6.7 % de la población carcelaria en Colombia era femenina<sup>5</sup>. Sin embargo, aunque los índices muestran que las mujeres delinquen menos, también es un hecho que esos índices son más altos que antes.

El número de mujeres privadas de la libertad en centros penitenciarios del INPEC pasó de 1.500 en 1991 a 7.944 en junio de 2018. Este acelerado incremento del 429 %, contrasta con el aumento del 300 % en el número de hombres en el mismo período. (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2019)

Estos datos concuerdan con lo expuesto por Lima-Malvido (1991) cuando determina que, históricamente, el crimen se relacionó con los hombres, pero que, poco a poco, las mujeres empezaron a participar del mundo delictivo y los debates tuvieron que darse en torno a este nuevo fenómeno (p. 81). No obstante, aunque la criminalidad femenina ha aumentado, las mujeres privadas de la libertad siguen siendo minorías que deben soportar un tratamiento penitenciario desigual en razón de su género, debido a la ausencia de verdaderas cárceles para mujeres<sup>6</sup>.

---

niñas que deben vivir en prisión con sus madres, las necesidades particulares de las mujeres en materia de salud, especialmente salud reproductiva, por citar algunos temas" (Sentencia T-388 de 2013).

4 Siguiendo la idea de un estudio sobre la criminalidad femenina en Colombia: "Teniendo presente que cada vez es más frecuente la participación de las mujeres en actividades que eran consideradas como delitos típicos de hombres, otro aspecto importante radica en examinar la política criminal desde un enfoque crítico diferencial -de género- que no atribuya las conductas delictivas a la condición sexual y que no esté basado exclusivamente en la experiencia masculina, sino que tenga en cuenta múltiples construcciones de género, para formular y promover acciones no basadas en los estereotipos de masculinidad o feminidad" (Norza, González, Moscoso y González, 2012, p. 354)

5 Para verificar los datos remitirse al enlace: <https://www.inpec.gov.co/>, sesión estadísticas/intramural.

6 De acuerdo con Hernández (2018) "(...) la población carcelaria femenina ha sufrido una notoria desatención respecto a sus condiciones de reclusión. Mientras que para los hombres en la mayoría de los casos existen centros de reclusión especializados, en Colombia solo existen diez centros de reclusión de mujeres. El resto de la población femenina

En atención a lo señalado, cobra relevancia la pregunta relacionada con las razones detrás de la premisa de que las mujeres delinquen menos. En tal punto, resulta sorprendente encontrar que la respuesta está relacionada con el trato discriminatorio de las mujeres a lo largo de la historia, esto, en tanto al asumir ciertos roles en la sociedad, las mujeres han sido destinatarias de mayores controles informales<sup>7</sup> que han supuesto una represión efectiva de sus libertades. En consonancia, son los controles informales los que pueden dar un soporte a los índices históricamente bajos de la criminalidad femenina, debido a que tradicionalmente las mujeres han sido sometidas a controles sociales más estrictos en cierto tipo de espacios, lo que en últimas ha conllevado a una restricción de las libertades de las mujeres sin que a dicha consecuencia le anteceda un comportamiento delictivo.

Como lo relata Lima-Malvido (1991), alrededor de la delincuencia de las mujeres se han gestado varias teorías criminológicas. Las teorías de la emancipación femenina relacionan el incremento de la delincuencia de las mujeres con el aumento de sus libertades (es decir, asumen que permitir las libertades que son inherentes a todo ser humano, constituye una invitación a delinquir) y, por su parte, en las teorías sociológicas, tiene especial relevancia el control informal (p. 96).

De acuerdo con esto, las casas, los monasterios, los psiquiátricos y las iglesias, por nombrar algunos ejemplos, han servido de espacios de control del comportamiento de las mujeres y, en este sentido, han sido lugares que, acompañados de mecanismos específicos de disciplinamiento, han tenido una incidencia directa en la criminalidad femenina. Por lo tanto, si bien las mujeres no terminan mayoritariamente en las cárceles, sí tienen que enfrentar, a lo largo de su vida, otro tipo de prisiones que la sociedad patriarcal ha creado para mantenerlas bajo determinados estándares de conducta. En palabras de Lagarde (2014) las mujeres han estado privadas de la libertad en verdaderos cautiverios de opresión de género, “en tanto cautiva, la mujer se encuentra privada de la libertad” (p. 37).

Todo lo expuesto hasta el momento ofrece una respuesta clara sobre por qué las mujeres delinquen menos, esto es, porque las mujeres han sido controladas y disciplinadas desde otros espacios de la sociedad, porque son prisioneras sin crimen que, antes de llegar a la prisión institucionalizada, pasan por una serie de cautiverios que actúan como barreras de contención del delito.

---

recluida se encuentra en 34 pabellones anexos a los centros penitenciarios masculinos. Esta situación es problemática, dado que no se cuenta con espacios suficientes, ni un trato específico para ellas, que tienen necesidades diferentes a las de los hombres; así, el sistema se enfoca en estos últimos y omite la existencia de aquellas” (pp. 90-91).

7 Larrauri (1994), expone sobre el control social informal ejercido en relación con las mujeres, lo siguiente: “Utilizo la expresión control informal para referirme a todas aquellas respuestas negativas que suscitan determinados comportamientos que vulneran normas sociales, que no cumplen con las expectativas de comportamiento asociadas a un determinado género o rol. Estas respuestas negativas no están reguladas en un texto normativo, de ahí que se hable de sanciones informales” (p. 1).

Sin embargo, al igual que ocurre con los hombres, la cárcel institucionalizada debería ser el lugar que funcione como mecanismo de control de la libertad de las mujeres, ya que obedece a unas regulaciones que buscan que opere, no solo en sentido restrictivo, sino también desde una perspectiva garantista que les asegure un castigo justo, una sanción por realizar conductas socialmente lesivas y no por desobedecer las convenciones arbitrarias alrededor de su rol como mujer en la sociedad.

Por tal razón, la excepcionalidad en la criminalidad femenina no puede operar como una barrera para la protección de sus derechos en prisión, lo cual se justifica, por un lado, en las cifras que muestran un aumento del encarcelamiento femenino y, por otro, pocas o muchas, las mujeres privadas de la libertad mantienen una relación de especial sujeción con el Estado que lo obliga a la protección de sus derechos<sup>8</sup>.

Una vez comprendido esto, se puede cambiar la pregunta de ¿Por qué las mujeres delinquen menos? A ¿Cómo se ven afectadas las mujeres por ser minoría en el contexto penitenciario y carcelario pensado y diseñado para los hombres? Según lo señalado, a partir de la idea de que la mujer delinque menos se deriva la ausencia de establecimientos de reclusión para ellas, por lo cual se ven obligadas a ocupar cárceles construidas para hombres e, incluso, cárceles en las que son recluidas con hombres, sin que sus necesidades de género sean satisfechas y, además, debiendo soportar las mismas exigencias sexistas que se han gestado en el seno de la sociedad patriarcal y que atraviesan los muros de las penitenciarías.

En palabras de la Corte Constitucional, algunas de las implicaciones para las mujeres son: a) la ausencia de infraestructura que atienda sus necesidades de género; b) un hacinamiento intensificado y; c) el sometimiento a un tratamiento resocializador con programas que mantienen la distribución tradicional de los roles de género<sup>9</sup>. En efecto, las mujeres sufren más la prisión que los hombres, la sufren más por ser minoría y por ser mujeres, muestra de ello es que no existe suficiente infraestructura carcelaria adecuada a las necesidades femeninas<sup>10</sup>.

8 La relación de especial sujeción entre las personas privadas de la libertad y el Estado ha sido desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencias como la T-077 de 2013 (MP: Alexei Julio Estrada), al respecto se dispuso lo siguiente: "La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado la noción de relaciones especiales de sujeción como base para el entendimiento del alcance de los deberes y derechos recíprocos, entre internos y autoridades carcelarias. Estas relaciones de sujeción han sido entendidas como aquellas relaciones jurídico-administrativas en las cuales el administrado se inserta en la esfera de regulación de la administración, quedando sometido 'a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales'. Históricamente el Estado ha tenido una posición jerárquica superior respecto del administrado, sin embargo, bajo la figura de las relaciones especiales de sujeción esa idea de superioridad jerárquica se amplía permitiéndole a la administración la limitación o suspensión de algunos de sus derechos. Ésta especial relación de sujeción resulta ser determinante del nivel de protección de los derechos fundamentales de los reclusos e, igualmente, acentúa las obligaciones de la administración pues le impone un deber positivo de asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales que no permiten limitación en razón a la especial situación de indefensión en la que se encuentran los reclusos" (Corte Constitucional, Sentencia T-077 de 2013).

9 Colombia. Corte Constitucional. (28 de junio de 2013). Sentencia T-388 de 2013. [MP María Victoria Calle Correa].

10 Siguiendo esta idea, Antony (2007) determina: "La prisión es para la mujer un espacio discriminador y opresivo. Esto se expresa en el desigual tratamiento recibido y en el significado, muy diferente, que asume el encierro para

Según datos aportados por Briceño (2007), el 27.84 % de las mujeres privadas de la libertad en Colombia, para el año 2007, no estaban recluidas en prisiones para mujeres, sino en establecimientos penitenciarios masculinos en los que se adecuaban pabellones para las poblaciones femeninas (p. 34). Para agosto de 2019 esta cifra disminuyó al 17 %<sup>11</sup>, lo que, sin embargo, implica que 1.482 mujeres, de un total de 8.675, se encontraban privadas de la libertad en establecimientos de reclusión para hombres.

Tal situación se agrava porque, en muchas ocasiones, son las únicas mujeres recluidas o su representación es tan mínima que aumenta el riesgo de que sus necesidades no sean visibilizadas en un contexto predominantemente masculino, este es el caso de 50<sup>12</sup> mujeres que se encontraban privadas de la libertad para agosto de 2019 en diferentes centros de reclusión masculina en Colombia, centros cuya capacidad es 0 (cero) para tener a población femenina privada de la libertad.

Que no existan cárceles suficientes para mujeres tiene como consecuencia un mayor hacinamiento en las que ya existen y una mayor probabilidad de distanciamiento de los lugares donde se encuentran los familiares o posibles visitantes. Esta condición, además, conlleva una vulneración constante de sus derechos por cuestiones como la imposibilidad de convivir con menores que están a su cargo, no contar con los espacios mínimos de habitabilidad, o tener un acceso restringido a servicios sanitarios que se vuelven indispensables en períodos como el embarazo, la lactancia o la menstruación.

---

las mujeres y para los hombres. Sostenemos que la prisión es para la mujer doblemente estigmatizadora y dolorosa si se tiene en cuenta el rol que la sociedad le ha asignado. Una mujer que pasa por la prisión es calificada de 'mala' porque contravino el papel que le corresponde como esposa y madre, sumisa, dependiente y dócil" (p. 76).

- 11 Según el reporte del INPEC de las mujeres recluidas intramuros para agosto de 2019, de 8.675 mujeres privadas de la libertad 7.202 se encontraban en una reclusión de mujeres, dicha cifra se ve comprendida de la siguiente manera: RM Armenia (226), RM Manizales (216), RM Bucaramanga (432), RM Bogotá (2.220), Complejo Carcelario y Penitenciario de Jamundí-R. Mujeres (1.261), RM Pereira (328), RM Popayán (172), EPMSC- RM Pasto (83), Complejo Carcelario y Penitenciario de Ibagué-Picaleña-Mujeres (478), Complejo Carcelario y Penitenciario de Medellín-Pedregal-Mujeres (1.420) y Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Cúcuta – Mujeres (357). Para verificar la información, remitirse al Reporte Mujeres Intramural del INPEC a través siguiente enlace: [http://200.91.226.18:8080/jasperserver-pro/dashboard/viewer.html?&j\\_username=inpec\\_user&j\\_password=inpec#/public/Intramural\\_Mujeres/Dashboards/Intramural\\_Mujeres\\_Nacional](http://200.91.226.18:8080/jasperserver-pro/dashboard/viewer.html?&j_username=inpec_user&j_password=inpec#/public/Intramural_Mujeres/Dashboards/Intramural_Mujeres_Nacional)
- 12 Según reporte del INPEC de las mujeres recluidas intramuros para agosto de 2019, 50 mujeres se encuentran privadas de la libertad en centros de reclusión que no tienen ninguna capacidad para su retención, este es el caso de los siguientes establecimientos: a) centros de reclusión con una sola mujer privada de la libertad (EPMSC Acacias, EPMSC Heliconia- Florencia, EPMSC El Bordo, EPMSC Líbano, EPMSC Ramiriquí, EPMSC Cáqueza, EPMSC Cartago); b) centros de reclusión con dos mujeres privadas de la libertad (Complejo Carcelario y Penitenciario de Jamundí-Condenados, EPMSC Barranquilla, EPMSC Barrancabermeja, EC Bogotá) ; c) centros de reclusión con cuatro mujeres privadas de la libertad (EPMSC Cartagena, Complejo Carcelario y Penitenciario de Medellín-Pedregal-Sindicados, CMS Barranquilla); d) el Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá tiene 5 mujeres privadas de la libertad sin contar con la capacidad para ello, mientras que el EPMSC Mocoa cuenta con 16 mujeres recluidas en las mismas condiciones. Para verificar la información, remitirse al Reporte Mujeres Intramural del INPEC a través siguiente enlace: [http://200.91.226.18:8080/jasperserver-pro/dashboard/viewer.html?&j\\_username=inpec\\_user&j\\_password=inpec#/public/Intramural\\_Mujeres/Dashboards/Intramural\\_Mujeres\\_Nacional](http://200.91.226.18:8080/jasperserver-pro/dashboard/viewer.html?&j_username=inpec_user&j_password=inpec#/public/Intramural_Mujeres/Dashboards/Intramural_Mujeres_Nacional)

Adicional a esto, hay otras realidades que se derivan de la renuencia a construir y adecuar centros de reclusión para mujeres con enfoque de género, por ejemplo, el riesgo de abuso sexual<sup>13</sup> y violencia para las mujeres privadas de la libertad, así como un tratamiento penitenciario con intenciones de resocialización que parte de estereotipos de género y que impide posibilidades reales de reinserción de las mujeres cuando salen a la vida en libertad.

Con todo, quedan meramente esbozados algunos aspectos fundamentales que determinan las diferencias entre los procesos de reclusión de hombres y mujeres, de manera que se hace impostergable atender las necesidades femeninas con otro enfoque, uno que tenga en cuenta su condición social e histórica, los procesos de control que atraviesan antes de entrar a prisión, las razones permeadas de desigualdad que las empujan a cometer el crimen y las especiales condiciones que enfrentan al entrar a prisión y al salir de esta.

Sin esto no se podrá construir una política criminal justa y efectiva, tampoco se podrá reducir el crimen femenino o la reincidencia, menos se podrá superar efectivamente la crisis carcelaria que atraviesa el país, pues un factor indispensable para que todo lo anterior tenga un positivo desenlace es que nos demos a la tarea de recrear (cuando no sea posible prescindir de ellas) verdaderas cárceles para mujeres.

## **1.2. Condiciones fácticas de la vida en reclusión de las mujeres como constancia y fundamento para la implementación del enfoque de género.**

En este punto se presentan algunas situaciones de hecho que soportan las mujeres en el sistema penitenciario y carcelario, según informes del Gobierno Nacional, los entes de control, la sociedad civil y la academia en el marco del seguimiento al ECI penitenciario y carcelario.

---

13 Las estadísticas respecto a casos de abuso sexual suelen ser bajas, pero es preciso cuestionar la confiabilidad de dichas cifras porque las internas optan por el silencio por miedo a posibles represalias. En este sentido, cabe resaltar un estudio que se realizó con internas del Establecimiento Penitenciario El Buen Pastor (RM Bogotá) en el cual, aunque solo un 0.6 % afirmó ser víctima de abuso sexual al interior del establecimiento, cuando se les preguntó si conocían casos de otras internas que lo hubieran sufrido, la cifra aumentó a un 9.1 %, del cual un 4.3 % determinó que el perpetrador había sido un guardia u otra autoridad (Sánchez, Rodríguez, Fondevila y Morad, 2018, p. 83). Estas situaciones de abuso sexual dentro de las prisiones femeninas suelen estar vedadas por el silencio de las víctimas, pues como afirma la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013 en el Segundo Informe de seguimiento para la Corte Constitucional: "Un alto porcentaje de la violación sexual ocurrida en los centros carcelarios y penitenciarios no se denuncia por el miedo de la víctima a sufrir represalias, lesiones o muerte. En muchos casos, la víctima no denuncia por vergüenza frente a sus familiares, novio, esposo, esposa, novia, hijos, etc., es además un tema tabú" (CSS, 2017, p.15). No obstante, existen algunos reportes sobre denuncias de abuso sexual ocurridos en centros penitenciarios femeninos, como lo es el EPMSC Valledupar, donde una reclusa denunció que fue abusada por guardianes de la cárcel: "Yo hice la denuncia de la manipulación de algunos guardianes que cambiaron beneficios a cambio de tener sexo con las internas. A mí me quitaron el celular y una sim card, y un guardián me ofreció cambiar la sanción por sexo", relató la reclusa. (Noticias uno. (2011). *Reclusas denuncian violación sexual por parte de guardianes en las cárceles colombianas*. Recuperado de <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=1407070>)

El ECI, declarado como consecuencia de una vulneración masiva y generalizada de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, implica que, tanto hombres como mujeres que se encuentren en un centro de reclusión del país, tienen limitados o suspendidos derechos que, por mandato constitucional y legal, deberían permanecer incólumes. No obstante, hay que precisar que las mujeres privadas de la libertad, por su condición de mujeres, ostentan un mayor grado de vulnerabilidad en los entornos penitenciarios y carcelarios, en consecuencia, sufren de manera particular e intensificada la violación de sus derechos fundamentales.

Muestra de lo dicho se puede encontrar en los múltiples informes y documentos radicados en la Corte Constitucional con ocasión del seguimiento. En estos documentos, diferentes entidades gubernamentales, de la sociedad civil y la academia, han expuesto las situaciones que enfrentan las mujeres en los centros de reclusión del país y que constituyen problemas que deben ser atendidos para poder avanzar y consolidar la superación del ECI en mención. En esta medida, se hará una enunciación ilustrativa, no exclusiva ni excluyente, de los hechos que reflejan algunos de los problemas que enfrentan las mujeres privadas de la libertad por no implementarse de manera efectiva el enfoque diferencial de género en el sistema penitenciario y carcelario colombiano.

**a. No hay separación entre mujeres sindicadas y condenadas, más aun, no hay separación de hombres y mujeres en algunos centros de reclusión del país.**

Este problema es prueba de que ni siquiera los asuntos más elementales en cuestión de enfoque de género han sido asumidos en el sistema penitenciario actual lo que, a su vez, es muestra clara de la negligencia de las instituciones estatales competentes que no dan cumplimiento a los parámetros más básicos que contempla la ley colombiana al respecto.

Atendiendo a lo anterior, el Gobierno Nacional en el Primer Informe Semestral de Seguimiento a la Sentencia T-762 de 2015 expuso frente a la cárcel Villa Inés de Apartadó que hay “Hacinamiento del patio 2, por cuanto tiene capacidad para 276 internos, pero el INPEC mantiene allí recluidas 576 personas, a quienes agrupó indistintamente, sin diferenciar a los sindicados de los condenados, o a las mujeres de los hombres” (Colombia. Gobierno Nacional (2016) Primer Informe Semestral de Seguimiento a la Sentencia T-762 de 2015, p. 118).

Así mismo, se hizo referencia a la visita realizada por delegados de la Defensoría del Pueblo a la estación de policía de Riohacha (Guajira) “en la cual se encontraban más de cien (100) personas detenidas, hombres y mujeres, sin distinción alguna, distribuidas en dos celdas en pésimas condiciones de salubridad y otras ubicadas en un planchón cercado con vallas de contención de la Policía” (Gobierno Nacional (2016).Primer Informe Semestral de Seguimiento a la Sentencia T-762 de 2015, p. 152). Finalmente, en un documento más reciente de la Universidad

EAFIT se afirma que, en estaciones de policía como “La Candelaria” (Medellín) se encuentran recluidos de manera indefinida mujeres y hombres sin que se haga una separación de los mismos por razón del sexo (Universidad EAFIT, 2018, p. 27).

Sobre este punto es preciso resaltar que la reclusión indistinta de condenados y sindicados es una condición que persiste en centros de reclusión masculinos y femeninos, lo que significa que sobre este aspecto tanto hombres como mujeres sindicados sufren una afectación de sus derechos al recibir el mismo tratamiento que una persona cuya presunción de inocencia se ha desvirtuado por sentencia judicial en firme. Ahora, en cuanto a la no separación entre hombres y mujeres, sí puede afirmarse una afectación acentuada sobre los derechos de estas últimas debido a que se les expone a un ambiente predominantemente masculino en el cual pueden ser invisibilizadas en mayor medida sus necesidades por ser minoría, además de quedar sujetas a las relaciones de poder entre géneros que atraviesan los muros de las cárceles y en las cuáles las mujeres suelen ser la parte sometida<sup>14</sup>.

**b. Las mujeres privadas de la libertad carecen o soportan deficiencias en la prestación de servicios de salud que son exclusivos del género femenino, como los servicios de citología y ginecología en general, o las mamografías y los tratamientos para mujeres embarazadas.**

En relación con el derecho a la salud de las mujeres privadas de la libertad, la Procuraduría General de la Nación identificó que la reclusión de mujeres de Bogotá, que cuenta con 1.895 internas, “no presta el servicio médico de ginecología en atención intramural; los menores que están autorizados para permanecer con sus madres no cuentan con atención de pediatría; y la entrega de medicamentos no es oportuna y completa” (Gobierno Nacional (2017) Tercer Informe Semestral de Seguimiento a la Sentencia T-762 de 2015, p. 67). En consonancia con lo expuesto, la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013 ha manifestado:

No existe una política diferenciada de atención en salud femenina. Los exámenes médicos como citología y mamografía son escasos, lo cual impide detectar a tiempo enfermedades como el cáncer de útero. Para el año 2017, la USPEC reportó la existencia de 13 casos de cáncer

---

14 Esta indistinción en el tratamiento entre sindicados y condenados, así como entre hombres y mujeres, es una vulneración explícita a la ley, ya que en el Código Penitenciario y Carcelario se estipula de manera clara el imperativo de clasificar a las personas privadas de la libertad. Al respecto la ley estipula “ARTÍCULO 63. CLASIFICACIÓN DE INTERNOS. Los internos en los centros de reclusión, serán separados por categorías, atendiendo a su sexo, edad natural de la persona, personalidad, antecedentes y condiciones de salud física y mental. Los detenidos estarán separados de los condenados, de acuerdo a su fase de tratamiento; los hombres de las mujeres, los primarios de los reincidentes, los jóvenes de los adultos, los enfermos de los que puedan someterse al régimen normal. La clasificación de los internos por categorías, se hará por las mismas juntas de distribución de patios y asignación de celdas y para estos efectos se considerarán no solo las pautas aquí expresadas, sino la personalidad del sujeto, sus antecedentes y conducta.” (Ley 65 de 1993, art. 63).

de cuello uterino, 5 de cáncer de mama, 69 casos de infecciones de vías urinarias, 33 de vaginitis y 17 casos detectados de miomas sin establecer su naturaleza. No obstante, se sospecha que pueden ser más y no reciben el tratamiento adecuado. (Tercer Informe de la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013 (2018), p. 42)

A esto se suma una escasa oferta en capacitaciones y servicios de salud reproductiva que tengan en cuenta particularidades de la vida sexual de las mujeres, así como sus antecedentes en asuntos como abusos sexuales y abortos, para lo cual es indispensable un enfoque de género que destaque la importancia de la sensibilidad con la que debe desarrollarse el tratamiento diferencial en estos casos.

**c. La atención en salud mental para las mujeres carece de enfoque de género.**

La falta de enfoque de género en la atención en salud mental en los centros de reclusión del país impide que la misma sea adecuada y se prevengan situaciones como el suicidio en dichos establecimientos, en este sentido: a) no existen unidades de salud mental para mujeres y; b) persisten estereotipos al interior de los establecimientos que impiden una atención oportuna para ellas<sup>15</sup>.

En efecto, el Gobierno Nacional expresó reiteradamente en sus informes que son mayores los índices de trastorno mental en las mujeres privadas de la libertad (3.45 %) que en los hombres (2.55 %) “sin que a la fecha se haya garantizado que exista una atención diferenciada o se haya creado una unidad de salud mental para atender las patologías mentales de las mujeres privadas de la libertad” (Gobierno Nacional (2017) Tercer Informe Semestral de Seguimiento a la Sentencia T-762 de 2015, p. 123)<sup>16</sup>.

La mayor propensión de las internas a sufrir de trastornos o enfermedades mentales tiene conexión con las ideas que se han construido alrededor de los roles asignados a su género, es decir, las mujeres han sido condicionadas para generar una mayor dependencia a sus familias y, en especial, a sus hijos. En ese sentido, las mujeres sienten un mayor grado de culpa y sufren más por la desprotección de los menores que estaban a su cuidado o por sentir que fallaron como mujeres ante su familia y la sociedad<sup>17</sup>. De acuerdo con lo anterior, aunque los problemas de salud

15 “En las conversaciones sostenidas con personal directivo, personal administrativo y personal de salud sobre la situación de las mujeres con trastorno mental, se pudo identificar, que en general, se tiene la creencia que las mujeres ‘se estresan por todo’, ‘lloran por todo’, ‘son muy sentimentales’, ‘se quejan mucho’; minimizando la importancia de la sintomatología presentada, que aunque no necesariamente corresponde a un trastorno mental, requiere de una atención oportuna” (Primer Informe Semestral de Seguimiento a la Sentencia T-762 de 2015, p. 199).

16 Gobierno Nacional. Tercer Informe Semestral de Seguimiento a la Sentencia T-762 de 2015. (7 de diciembre de 2017) p. 123. También pueden encontrarse referencias frente a este problema en el Primer Informe Semestral de Seguimiento a la Sentencia T-762 de 2015. (9 de diciembre de 2016) p. 192.

17 De conformidad con esta idea Francisco del Pozo, y otros, establecen en el libro *Exclusión, mujeres y prisión en Colombia* que “Tal hipótesis lleva a pensar que, al ser recluida, se evidencia en ella la expresión de síntomas de depresión,

mental pueden tener múltiples causas, una de ellas es la limitación o restricción de visitas familiares y de los hijos de las internas, las cuales constituyen una garantía para el bienestar psicológico de las mismas. Esta problemática se expone en los siguientes términos en uno de los informes remitidos por la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013:

Otro asunto de salud pública que no tiene desarrollos y que es necesario para la superación del ECI en las cárceles, es la adecuada atención en salud mental, que toma especial relevancia con el elevado número de casos de intentos de suicidio. Según revela el INPEC, en tan solo tres semanas se presentaron 16 situaciones. Frente a la población de mujeres en reclusión “durante el 2017 y en lo que va corrido de 2018 se han presentado 54 intentos de suicidios de internas”. (Gobierno Nacional (2019) Respuesta de la CSSC al informe semestral del Gobierno Nacional al estado de cosas inconstitucional del Sistema Penitenciario y Carcelario, p. 40)<sup>18</sup>

**d. Las mujeres en embarazo, gestantes y lactantes, no cuentan con atención especializada y oportuna en salud, no cuentan con un régimen de alimentación diferenciada y no hay atención adecuada para los menores que conviven con las internas.**

Muchas de estas situaciones han sido denunciadas reiteradamente por organizaciones como la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013, recalando que el trato diferencial que reciben las mujeres gestantes y lactantes se reduce a estar en un patio separado, pero en las mismas condiciones que el resto de la población privada de la libertad, es decir, tienen el mismo régimen disciplinario y alimentario que el resto de reclusas tanto en el periodo de gestación como en el de lactancia<sup>19</sup>.

La desatención de esta población especialmente vulnerable ha traído diversas consecuencias que afectan, no solo a las madres privadas de la libertad sino también a sus hijos menores que nacen y residen en los establecimientos de reclusión en condiciones inadecuadas. Así se denunció en el marco del seguimiento al ECI cuando se expuso que “la falta de atención médica ha llevado a que entre enero

---

ansiedad y violencia que constituyen el medio de enfrentar la culpa que produce, el haber traicionado el imaginario colectivo de lo que es una mujer y de la misma manera culpable por haber abandonado a su familia, principalmente a sus hijos. Tal vez el efecto que causa la separación de los hijos y la familia es el aspecto de mayor impacto negativo en las mujeres internas. En un estudio realizado por la Defensoría General de la Nación de Argentina y la Unicef (2009), se puede apreciar que, más importante que atender las causas propias del encierro, es la situación de abandono familiar a la que se encuentra sometida la reclusa” (Del Pozo Serrano, 2017, p. 77).

18 Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013. Respuesta al informe semestral del Gobierno Nacional al estado de cosas inconstitucional del Sistema Penitenciario y Carcelario. (julio de 2018) p. 40.

19 Tercer Informe de la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013, p. 10.

y julio de 2017 se presenten 2 casos de bajo peso al nacer, 1 caso de mortalidad prenatal y neonatal tardía, y 1 caso de morbilidad materna extrema" (Tercer Informe de la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil (2018) a la Sentencia T-388 de 2013, p. 10).

Esta situación adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que las mujeres gestantes y los menores que residen con ellas en prisión son sujetos en un estado especial de vulnerabilidad, lo que implica que gozan de una mayor protección constitucional y que, de no brindarse dicha protección, la violación de sus derechos conlleva grados de afectación más fuertes que el resto de la población penitenciaria. No obstante, el tratamiento diferencial para estos casos no cumple con los requerimientos legales y constitucionales establecidos; condición que hace imperante implementar el enfoque diferencial de género en el seguimiento de la superación del ECI penitenciario y carcelario.

**e. Algunos establecimientos de reclusión fueron construidos desde un inicio para hombres, por lo cual no atienden las necesidades específicas y diferenciadas de las mujeres privadas de la libertad.**

Tal situación ha sido puesta de presente, particularmente, con relación con las mujeres gestantes y lactantes que requieren una infraestructura especial, así como aquellas que se encuentran con hijos menores dentro del establecimiento de reclusión. Al respecto la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil afirmó que "Las celdas no responden a los requerimientos fisiológicos propios de una mujer en estado de embarazo o para un recién nacido", cuestión que imposibilitaría que múltiples actividades se realicen en condiciones de higiene para garantizar embarazos saludables (Respuesta de la CSSC al informe semestral del Gobierno Nacional (2019) al estado de cosas inconstitucional del Sistema Penitenciario y Carcelario, p. 41).

En estas circunstancias, se debería generar una reacción inmediata por parte de las instituciones penitenciarias para adecuar los espacios de reclusión de las mujeres, lo cual no puede seguir siendo un asunto de segunda categoría en los proyectos para la construcción o adaptación de nuevos establecimientos de reclusión. Las mujeres necesitan cárceles hechas de acuerdo a sus necesidades, de lo contrario, la institucionalidad les estaría proporcionando un tratamiento de vieja data, un tratamiento como segundo sexo.

Si bien el enfoque diferencial de género abarca una serie de elementos que no pueden ser reducidos a la maternidad en prisión, tener en cuenta las necesidades especiales de las mujeres gestantes y lactantes, así como las de sus hijos, es de suprema relevancia en aras de garantizar los derechos de la población penitenciaria femenina. No hacerlo es un atentado a sus garantías más fundamentales y una vulneración desproporcionada en razón de su género que, sin lugar a duda, puede catalogarse como discriminación.

**f. Las mujeres privadas de la libertad no son tratadas de forma diferencial en diversos asuntos que son propios de la vida en reclusión.**

Un ejemplo de esta situación ocurre cuando las internas no cuentan con un mayor acceso a suministro de agua en su periodo menstrual, en periodo de gestación o lactancia, o cuando son insuficientes los elementos para la higiene propia del género. En consonancia con esto, cabe resaltar que el memorando del INPEC n.º 0251 del 10 de marzo de 2004, el cual describe la dotación de elementos de aseo personal que componen el mínimo vital para la población privada de la libertad, determina que las mujeres recluidas deben recibir un paquete de toallas higiénicas cada 4 meses, lo que da muestra de la precariedad en materia de elementos de higiene que deben soportar estas mujeres.

El Semillero Interuniversitario de Abolicionismo Penal ha podido corroborar con algunas mujeres del Complejo Carcelario y Penitenciario de Jamundí, que la entrega gratuita de toallas higiénicas o tampones es prácticamente nula, tienen pocas horas de acceso a agua y la imposibilidad de estar en sus celdas cuando requieren descanso específico ante los malestares del ciclo menstrual. (Tercer Informe de la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil (2017) a la Sentencia T-388 de 2013, p. 27)

Adicional a esto, la infraestructura carcelaria no cuenta con suficientes espacios de servicios sanitarios y de higiene para las mujeres. Es usual que las mujeres gestantes o lactantes no cuenten con una batería sanitaria en su celda para su uso o acceso al agua de manera permanente<sup>20</sup>, incluso en casos en los que las mujeres conviven con los menores de tres años a su cargo. Así mismo, algunas las mujeres en su periodo menstrual no cuentan con acceso permanente a servicios sanitarios para llevar a cabo el aseo requerido en atención a su higiene.

**g. Las mujeres privadas de la libertad ven limitados sus derechos sexuales y reproductivos de manera injustificada cuando se les obstaculiza o priva del derecho a la visita íntima.**

Este problema, además de aparecer en algunas sentencias de la Corte Constitucional<sup>21</sup> según las cuales las mujeres se han visto obligadas a cumplir con

- 
- 20 En atención a este problema en el libro *Mujeres y prisión en Colombia desafíos para la política criminal desde un enfoque de género* se resaltó: "Continuando con el acceso a servicios básicos, se encontró que el 86.1 % de las internas pueden tomar un baño 7 veces por semana, el 9.8 % pueden 14 veces a la semana. Sin embargo, manifestaron que el acceso está restringido a determinadas horas. (...) En cuanto al agua potable, el 36.5 % de las participantes afirmó que no tienen suficiente para beber diariamente" (Sánchez *et al.*, 2018, p. 79).
- 21 Muestra clara de la vulneración de este derecho frente a la población femenina privada de la libertad es el caso decidido en la Sentencia T-323 de 2015 en donde 16 reclusas del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Quibdó (Cárcel Anayancy) interpusieron acción de tutela porque se les restringía la visita íntima a una vez al mes, mientras que a los hombres recluidos se les permitía 4 veces al mes la visita íntima.

requerimientos arbitrarios para poder acceder a la visita íntima, también fue manifestado por la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil en el seguimiento al ECI penitenciario y carcelario cuando encontró con la Corporación Humanas que “mientras los hombres reciben todas las visitas en las celdas, con la posibilidad de que cualquier visita sea íntima, las mujeres reciben las visitas en el patio y solo puede acceder a la visita íntima una vez al mes” (Respuesta de la CSSC al informe semestral del Gobierno Nacional (2019) al estado de cosas inconstitucional del Sistema Penitenciario y Carcelario, p. 27).

Este planteamiento sostiene, una vez más, la desafortunada premisa del trato desigual que reciben las mujeres en cuanto a su vida sexual y reproductiva. Así como la sociedad patriarcal ha intentado expropiarlas de sus cuerpos y del placer, la cárcel actúa como muro de contención de la libertad sexual femenina y reprime los deseos más legítimos de estas mujeres, sin importar que esto constituya una discriminación evidente en razón del género y una afectación arbitraria de los derechos de las mujeres reclusas.

El régimen penitenciario discrimina a las mujeres, toda vez que ellas son objeto de fiscalizaciones y exigencias que los hombres no tienen que pasar. Ejemplo de ello es que para la visita íntima, las mujeres deben contar y mantener un vínculo de pareja estable con él o la visitante. Para las lesbianas, pareciera existir una mayor burocratización en el proceso, tal como se encuentra documentado por Colombia Diversa en el documento “Sin igualdad en el derecho a la visita íntima”. (Respuesta de la CSSC al informe semestral del Gobierno Nacional (2019) al estado de cosas inconstitucional del Sistema Penitenciario y Carcelario, p. 42)

**h. A las mujeres procesadas por delitos de drogas se les impone un mayor número de medidas de aseguramiento y tienen problemas en materia de defensa pública<sup>22</sup>.**

La política de drogas y encarcelamiento en Colombia ha estado acentuada en los eslabones débiles de las cadenas de producción y tráfico de estupefacientes. Justo en estos eslabones se sitúa la mayoría de las mujeres que hoy se encuentran condenadas o sindicadas por delitos de drogas, mujeres que, en general, se encuentran inmersas en contextos de pobreza y desigualdad, con necesidades básicas insatisfechas y personas

---

22 Según estadísticas del INPEC, en septiembre de 2020 el número de mujeres condenadas por delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes ascendía a 2.343, a lo cual debe sumarse el número de mujeres sindicadas por estos delitos que corresponde a 760 mujeres; lo anterior da lugar a un total de 3.103 mujeres de las 6.804 que se encontraba para la fecha recluidas en el país, lo que conduce a la conclusión de que en Colombia aproximadamente el 46 % de las mujeres privadas de la libertad lo están por delitos de drogas, porcentaje que sitúa a estos delitos como uno de los más representativos en la criminalidad femenina colombiana. Para verificar la información remitirse al enlace: <https://www.inpec.gov.co/>, sesión estadísticas.

dependientes a su cargo<sup>23</sup>. A pesar de esto, los impactos desproporcionados que podría tener la cárcel en la vida de estas mujeres y sus familias no son tenidos en cuenta ni por el sistema penal ni por la política contra las drogas en el país, al contrario, existe información que da cuenta de que a las mujeres se les trata con más dureza en una política que, de entrada, es particularmente severa<sup>24</sup>.

En efecto, así se ha documentado en diferentes informes remitidos en el marco del seguimiento al ECI penitenciario y carcelario, en los cuales se ha expuesto que en un 84,7 % de los casos de mujeres acusadas por delitos de drogas se ha impuesto medidas de aseguramiento<sup>25</sup>, esto es, en 2.419 casos de un total de 2.860, mientras que en el caso de los hombres esto ha ocurrido en un 77.1 % de los casos<sup>26</sup>. Así mismo, la Comisión de Seguimiento expuso nuevamente en el 2018 los problemas de estas mujeres en relación con la defensa pública que reciben en medio del proceso por delitos de drogas, pues se evidenció que es usual que los defensores públicos aconsejen la aceptación de cargos o la celebración de preacuerdos de manera inmediata, sin intentar previamente construir estrategias de defensa para las acusadas<sup>27</sup>.

Finalmente, en el informe conjunto que remitieron varias universidades a la Sala Especial de Seguimiento de la Corte Constitucional se estableció, como comentario sobre el Proyecto de Ley 014 de 2017, la vulnerabilidad de las mujeres

23 En este sentido, se expone en un estudio realizado por Dejusticia que: "Estudios recientes han mostrado que cada vez más mujeres son encarceladas por participar como eslabones débiles en los mercados de drogas. Estas mujeres tienden a tener un perfil social específico: mayoritariamente se trata de mujeres pobres que tienen a cargo a personas dependientes de su cuidado. En Colombia, desde 1991, el número de mujeres encarceladas se ha multiplicado 5.5 veces y, de ese porcentaje, casi 5 de cada diez mujeres están en prisión por delitos relacionados con drogas. De ellas, el 93% son madres y el 52% son madres cabeza de hogar. Con el fin de encontrar medios y recursos para cuidar y proveer a las personas a su cargo, estas mujeres se insertan en el mercado de drogas realizando tareas de bajo rango y alto riesgo que no las enriquecen, pero sí les dan lo necesario para satisfacer las necesidades diarias" (Uprimny, Martínez, Cruz, Hernández y González, 2016, p. 8).

24 Evidencia de la severidad con la que son tratadas las mujeres procesadas por delitos de drogas es el uso irracional de la detención preventiva en casos donde no existe ninguna condición que habilite alguna de las causales por medio de las cuales tendría lugar una medida de aseguramiento. Al respecto Uprimny *et al.* (2016) consideran que: "Para el caso de las mujeres, a diciembre de 2015, de las 3.871 mujeres privadas de la libertad por delitos de droga 1.128 lo estaban en prisión preventiva, es decir, el 29,1% (Inpec, 2015). Varias de ellas lo están desde hace años, producto de la ineficiencia de un sistema en el que la congestión, el aplazamiento de audiencias por cualquier motivo y la desatención frente a sus casos es la regla. Cuando se revisan varios de estos expedientes, es claro que la libertad de estas mujeres no era ni un obstáculo para su comparecencia al proceso, ni para preservar las pruebas y mucho menos representaba una amenaza para la comunidad" (p. 32).

25 Las medidas de aseguramiento, de acuerdo con el artículo 307 del Código de Procedimiento Penal, pueden ser privativas de la libertad- como la detención preventiva en establecimiento de reclusión o en la residencia señalada por el imputado- o no privativas de la libertad, en este último caso se habla de sometimiento a mecanismos de vigilancia electrónica o a vigilancia de una persona o institución determinada, entre otras, como la obligación de presentarse periódicamente ante un juez o autoridad que este designe.

26 Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013. Tercer Informe de la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013. (5 de febrero de 2018), p. 19.

27 Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013. Tercer Informe de la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013. (5 de febrero de 2018), p. 42.

para ser utilizadas en conductas delictivas como tráfico de estupefacientes y la necesidad de que la política criminal incorpore en todos sus órdenes el enfoque de género para hacerle frente a estas situaciones. Concretamente, se manifestó que en el proyecto de ley mencionado “se plantea la suspensión de la pena, por ejemplo, en las mujeres que son utilizadas para el tráfico de estupefacientes; esto acompañado por programas de acceso al empleo que buscan disminuir la vulnerabilidad que tiene este grupo de personas...” (Intervención ante la Corte Constitucional por parte de representantes de la comunidad académica, en respuesta al Auto 121 de 2018 de la Corte Constitucional, p. 6).

## 2. Fundamentos jurídicos para la incorporación del enfoque de género en el proceso de superación del ECI penitenciario y carcelario

Con todo lo mencionado hasta el momento, queda claro que las mujeres privadas de la libertad soportan tratos diferenciados en las cárceles colombianas, lo que, en últimas, constituye un trato injusto que merece ser intervenido con urgencia en el contexto del ECI penitenciario y carcelario, pues supone una vulneración intensificada de los derechos de las mismas en comparación con el resto de la población en prisión. En este orden de ideas, además de un amplio sustento fáctico, la implementación del enfoque de género se hace imperativo en virtud de varias disposiciones jurídicas que se pueden encontrar en regulación internacional y nacional, así como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Por cuestiones de espacio, solo se enunciarán algunas de ellas.

En atención a lo dicho, Colombia ha ratificado múltiples tratados que establecen disposiciones en favor de las mujeres privadas de la libertad y que sirven de soporte jurídico al enfoque diferencial de género, entre las disposiciones más importantes relacionadas con este enfoque y el tratamiento penitenciario de las mujeres se encuentran *Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes y sus comentarios* (o Reglas de Bangkok), las cuales consideraron “que las reclusas son uno de los grupos vulnerables que tienen necesidades y requisitos específicos”<sup>28</sup> y determinaron “que muchos establecimientos penitenciarios existentes en el mundo fueron concebidos principalmente para reclusos de sexo masculino, mientras que el número de reclusas ha aumentado considerablemente a lo largo de los años” (Reglas de Bangkok, 2011, p. 2)<sup>29</sup>.

28 Naciones Unidas. (2011). *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes y sus comentarios*, p. 2.

29 Naciones Unidas. (2011). *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes y sus comentarios*.

Estas reglas establecen, entre otras cosas, la necesidad de incluir en el examen médico de las reclusas la revisión del historial de salud reproductiva (incluye embarazos en curso, examen de abusos sexuales y otras formas de violencia) y, en caso de identificar eventos de abuso sexual o violencia, se establece el deber de dar información pertinente y ayudar a las mujeres para que reciban asistencia jurídica y psicológica. De igual forma, dentro de los servicios de salud que se brinden a las reclusas, se deben incluir intervenciones de atención de acuerdo con el género, como lo son las pruebas de Papanicolaou (o citología vaginal), los exámenes para detectar el cáncer de mama y otros que afecten particularmente a las mujeres.

En las disposiciones se resalta la prohibición de la aplicación de sanciones de aislamiento y de coerción a mujeres embarazadas o a aquellas que recientemente hayan dado a luz, aquellas que se refieren a la prohibición de aplicar como sanción la restricción o eliminación de contacto familiar, especialmente con los niños, así como la regla 27 que se refiere a que las mujeres tendrán derecho a la visita conyugal en los mismos términos que el sexo masculino. Finalmente, se establecen consideraciones especiales respecto al suministro en un entorno sano de alimentación adecuada, puntual y gratuita para las madres gestantes, lactantes y sus hijos, así como el deber de permitir a la madre amamantar a su hijo y proporcionarles, tanto atención médica como alimentación adecuada después de dar a luz.

Como las reglas de Bangkok, existen otras convenciones ratificadas por Colombia como lo son *La Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* “Convención de Belem do Para” y las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos* o reglas Nelson Mandela, ambas con disposiciones referidas a la protección de los derechos de las mujeres privadas de la libertad que pueden sustentar y orientar la implementación del enfoque de género en el proceso de superación del ECI en Colombia.

Por otro lado, en disposiciones de la Constitución Política de Colombia -como el artículo 13 que establece el derecho a la igualdad- y en la legislación colombiana se establecen varias consideraciones que vinculan a las mujeres privadas de la libertad, entre estas se resalta la contenida en el artículo 3º de la Ley 65 de 1993<sup>30</sup>, que consagró el principio de enfoque diferencial en el sistema penitenciario y carcelario en los siguientes términos:

El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias

---

30 Modificada por la Ley 1709 de 2014.

contenidas en la presente ley, contarán con dicho enfoque. (Congreso de la Colombia. 1993, Ley 65 art. 3º)

Lo primero que se contempló en lo referente a las mujeres en la Ley 65 de 1993, fue la necesidad de separarlas de los hombres. En esa medida, el artículo 20 definió, dentro de la clasificación de los establecimientos de reclusión, como categoría individual las cárceles y penitenciarías para mujeres, de igual manera, el artículo 63, dentro de la clasificación de los internos consagra dicha separación por razón del sexo. En consonancia con esto, el artículo 65 definió que los uniformes de hombres y mujeres serían diferentes, mientras que el artículo 26 dispuso que las cárceles son establecimientos destinados para mujeres recluidas bajo detención preventiva y que las penitenciarías lo son para mujeres condenadas.

Por otro lado, la ley estipula frente a los establecimientos de reclusión de mujeres que los mismos “(...) deberán contar con una infraestructura que garanticé a las mujeres gestantes, sindicadas o condenadas, un adecuado desarrollo del embarazo” y agrega que “igualmente, deberán contar con un ambiente propicio para madres lactantes, que propenda al correcto desarrollo psicosocial de los niños y niñas menores de tres (3) años que conviven con sus madres”. Finalmente, en el artículo 73 se estableció que no están obligadas a trabajar las mujeres durante los tres meses anteriores al parto y en el mes siguiente al mismo.

Como puede notarse, las disposiciones legales existentes son precarias si se tienen en cuenta todos los aspectos que deberían ser asumidos en relación con el tratamiento penitenciario y carcelario de las mujeres privadas de la libertad, las cuales, además, no encuentran mayores desarrollos en resoluciones emitidas por el INPEC pues, aunque el enfoque diferencial ha tenido mayor regulación a través de actos institucionales del INPEC, dicha regulación ha estado mayormente encamionada a reconocer los derechos de la población LGBTIQ. Con todo, en la exposición que se ha hecho queda claro que hay un soporte normativo internacional y nacional suficiente para que el enfoque diferencial y el enfoque de género sean incluidos, desarrollados e implementados en el sistema penitenciario y carcelario del país.

### **3. La falta de implementación del enfoque de género dentro del seguimiento al ECI como obstáculo para la garantía y restablecimiento de los derechos de las mujeres privadas de la libertad**

Desde el Primer Informe de seguimiento al ECI penitenciario y carcelario, el Gobierno Nacional determinó la necesidad de realizar acciones dirigidas a la superación del estado de cosas inconstitucional atendiendo las directrices en materia de enfoque diferencial que realizó la Corte Constitucional desde la Sentencia T-388 de 2013. A pesar de ello, como se examinará a lo largo de este apartado,

el Gobierno no logró pasar del discurso inicialmente planteado a la acción y a la implementación efectiva de los enfoques, incluyendo el de género.

En un inicio, el Gobierno Nacional (2016) estableció que una de las reformas necesarias para el mejoramiento del sistema penitenciario y carcelario era el “fortalecimiento de enfoques diferenciales relacionados con personas privadas de la libertad en condición de discapacidad, enfermedad grave y mujeres” (p. 15). Así mismo, dentro de las actuaciones reportadas por la Defensoría en el Segundo Informe de seguimiento del Gobierno Nacional (2017) se mencionó la capacitación de funcionarios del INPEC sobre temas que tenían relación directa con la vulneración de derechos fundamentales, entre ellos, el enfoque diferencial (p. 146).

Siguiendo la misma línea, el Gobierno Nacional (2017) reportó como una de las principales acciones adelantadas la adecuación de la política penal y con ello la expedición del Decreto 1427 de 2017, el cual “centraliza en la Dirección de Política Criminal las funciones de temas propios de la política criminal, el enfoque diferencial, la corrupción, la trata de personas y el lavado de activos, así como la administración del Observatorio de Política Criminal” (p. 11). Por su parte, en el Cuarto Informe del Gobierno Nacional, se estableció frente al enfoque diferencial que se estaba desarrollando un programa de formación continua en derechos humanos de la población LGTBI, no obstante, nada se refiere en lo que concierne a los problemas específicos de las mujeres privadas de la libertad.

En lo que respecta a la implementación del enfoque de género en el proceso de seguimiento al ECI, la Defensoría del Pueblo (2017) estableció que uno de los avances más representativos en el seguimiento de la Sentencia T-388 de 2013 fue el “reconocimiento del enfoque diferencial en los centros de reclusión” (p. 13) y manifestó que la institución diseñó y puso en marcha un programa de capacitación a funcionarios del INPEC que les permitiría identificar actos discriminatorios contra las poblaciones diferenciales.

Por su parte, la Procuraduría General de la Nación (2017) se limitó a mencionar que el nuevo Reglamento General del INPEC “contempla la garantía de derechos y el libre desarrollo de la personalidad de la población privada de la libertad en razón de su sexo, género, orientación sexual, raza, etnia, religión y situación discapacidad” (p. 7) y, por último, la Contraloría General de la Nación (2017) puntualizó su particular seguimiento a la separación física de los internos “y en materia de atención de salud, se ha evaluado la forma en cómo las instituciones dan respuesta a las patologías o situaciones que por su particularidad, exigen un trato diferencial” (p. 3).

Después de reconocida la importancia de estos enfoques por la institucionalidad y el Gobierno, las demás entidades vinculadas al seguimiento y la sociedad civil pudieron identificar que los desarrollos posteriores no fueron congruentes y que el Gobierno Nacional se limitó a realizar esfuerzos mínimos para implementar

de manera integral y efectiva el enfoque diferencial y el enfoque de género en el Sistema Penitenciario y Carcelario<sup>31</sup>. Prueba de esto es que en el Quinto Informe de seguimiento al ECI, el Gobierno Nacional (2018) lo único que estableció respecto a las mujeres fue la contratación que se tenía vigente con Profamilia “institución que por medio de brigadas intramurales ofrecen los servicios de consulta de ginecología, urología, planificación familiar y ecografías” (p. 40).

De igual forma, en el informe de junio de 2019 el progreso frente a este aspecto no fue el esperado. Aunque se incluyó un acápite para mencionar las actuaciones en materia de derechos humanos y enfoque diferencial, los avances se vieron reducidos a esfuerzos primarios respecto a la población LGTBIQ<sup>32</sup>. En lo referente a los problemas de las mujeres recluidas, solo se reportan acciones refrentes a la infraestructura necesaria para los menores que conviven con sus madres, en este sentido, se determinó la mejora y mantenimiento de los Centros de Desarrollo Infantil de ocho establecimientos de reclusión femeninos; también se hizo mención de la realización de jornadas jurídicas con enfoque de género en la reclusión de mujeres de Bogotá, lo cual es solo una acción aislada que no representa mayores avances en el tema.

Por si quedan dudas, en la última propuesta de indicadores<sup>33</sup> y normas técnicas que realizó el Gobierno, en consonancia con los mínimos constitucionalmente asegurables propuestos por la Corte Constitucional para la superación del ECI (esto es, en infraestructura, alimentación, salud, acceso a la administración de justicia, resocialización y acceso a servicios públicos) se evidencia la poca atención que se le ha prestado a la implementación de enfoques diferenciales y del enfoque de género en el proceso de superación de la crisis.

En la batería de indicadores de servicios públicos, resocialización, política criminal y acceso a la administración de justicia, nada se propone en cuanto a las necesidades propias de las mujeres y muy poco en relación con otros grupos diferenciales. De igual forma, en el grupo de indicadores referidos a la alimentación solo se dispone un indicador relacionado con el enfoque de género, el cual

---

31 La Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil expuso en sus conclusiones, en relación con el Cuarto Informe del Gobierno Nacional, que “no se evidenciaron avances en la implementación efectiva de enfoques diferenciales frente a las poblaciones carcelarias con necesidades específicas”. Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013. Respuesta al informe semestral del Gobierno Nacional al estado de cosas inconstitucional del Sistema Penitenciario y Carcelario. (julio de 2018), p. 52

32 Así puede constatarse en el Sexto Informe Semestral del Gobierno Nacional al Estado de Cosas Inconstitucional del Sistema Penitenciario y Carcelario. (junio de 2019), pp. 72-78.

33 A la fecha, la última propuesta de indicadores es la que se encuentra como anexo en la Respuesta al Auto del 21 de junio de 2019 de la Sala Especial de seguimiento al ECI penitenciario y carcelario de la Corte Constitucional. La respuesta puede ser consultada en el siguiente enlace: [http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/autos/Respuesta\\_auto\\_del\\_21\\_de\\_junio\\_de\\_2019,\\_Presentaci%C3%B3n\\_de\\_fichas\\_t%C3%A9cnicas\\_y\\_de\\_las\\_normas\\_t%C3%A9cnicas\\_sobre\\_privaci%C3%B3n\\_de\\_la\\_libertad.pdf](http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/autos/Respuesta_auto_del_21_de_junio_de_2019,_Presentaci%C3%B3n_de_fichas_t%C3%A9cnicas_y_de_las_normas_t%C3%A9cnicas_sobre_privaci%C3%B3n_de_la_libertad.pdf)

establece que los niños que habiten en los establecimientos de reclusión con sus madres deben ser alimentados conforme a la estrategia especial de *0 a siempre*.

El único componente en el que se tienen en cuenta algunas necesidades diferenciadas de las mujeres es en el tema de salud. En consonancia, se estableció la necesidad de que se presten servicios ginecológicos en las reclusiones femeninas, así como servicios de pediatría y obstetricia<sup>34</sup>. Por otro lado, aunque no se establece explícitamente la exigencia de que estos servicios se presten con enfoque de género, también se diseñaron indicadores que ordenan la prestación de servicios y suministros necesarios para la planificación familiar, así como la atención en salud de psiquiatría<sup>35</sup>.

Finalmente, en materia de infraestructura lo único que se tuvo en cuenta fueron algunas necesidades de las poblaciones con discapacidad, pero en cuanto al enfoque de género los indicadores se redujeron a establecer que las internas que tienen un bebé a su cargo en las instalaciones deben contar con un alojamiento temporal especializado, esto es, deben tener una cuna para el neonato, una almohada, un juego de sábanas y cobijas.

De acuerdo con lo expuesto, los indicadores mantienen las falencias que ya se habían mencionado en el marco del seguimiento al ECI, no tienen en cuenta que las mujeres gestantes y lactantes deben tener una alimentación diferenciada<sup>36</sup>, que las mujeres que se encuentran privadas de la libertad por delitos de drogas enfrentan serios problemas en materia de acceso a la justicia por dificultades con el sistema de defensoría pública, que la atención en salud de las mujeres también implica una atención psicológica porque la cárcel afecta sus relaciones familiares y sociales de manera especial, o que el acceso a servicios públicos como el agua tiene requerimientos diferentes en el caso de mujeres gestantes, lactantes o en periodo menstrual.

En la construcción de los indicadores, además, se pierde de vista que las mujeres menstrúan cada mes y que, por tanto, el kit de aseo no debe entregarse cada

---

34 Los indicadores diseñados son los siguientes: % de mujeres en etapa materno perinatal que se encuentran en control en el establecimiento penitenciario y carcelario, % de consultas en ginecología atendidas en el establecimiento penitenciario y carcelario, % de mujeres en etapa materno perinatal que se encuentran en control en el establecimiento penitenciario y carcelario.

35 Los indicadores son los siguientes: % de personas privadas de la libertad a los que se les suministra los esquemas de planificación familiar, % de consultas en psiquiatría atendidas en el establecimiento máximo a los 120 días calendario posteriores a la expedición de la orden del médico.

36 Aunque hay un indicador que se refiere al porcentaje de personas que reciben alimentación de acuerdo al documento de condiciones especiales, en el cual se puede incluir a las mujeres gestantes y lactantes, es necesario que el indicador sobre alimentación diferencial sea específico con respecto a la población que se pretende proteger; en este caso, es indispensable que el indicador y la norma técnica de alimentación hagan referencia directa a las mujeres gestantes y lactantes. En otros casos de poblaciones diferenciales, como los indígenas, también debería disponerse de manera específica una norma técnica y los indicadores de derecho en cuanto a su alimentación.

cuatro meses y debe tener elementos de higiene suficientes que son propios del género, como toallas higiénicas, tampones o copas menstruales. Los meses que no reciben las toallas higiénicas, las mujeres quedan a la voluntad de organizaciones de caridad, sujetas a la posibilidad de que sus familiares les depositen dinero para comprar estos elementos en el expendio del centro de reclusión o que les lleven tales elementos en las visitas. Sin embargo, si las internas no tienen familiares o si fueron trasladadas a un lugar lejos de su familia, se dificulta tal situación.

Además, en una sociedad con altos índices de discriminación, las mujeres no pueden reinsertarse con igualdad de oportunidades si solo cuentan con programas educativos en cocina, artesanías o aseo, y si solo cuentan con oportunidades laborales al interior de las cárceles que mantienen estereotipos de género<sup>37</sup>. Así las cosas, si el Grupo Líder para el seguimiento al ECI ignora el enfoque de género, no sorprende que en las últimas baterías de indicadores remitidas por el Gobierno Nacional no se incluya dentro de los servicios de salud todas las atenciones diferenciales que requieren las mujeres privadas de la libertad, como la necesidad de hacerse una mamografía o un examen de cáncer de cuello uterino.

Como se desprende de lo anterior, los enfoques diferenciales han sido desatendidos en el seguimiento al ECI penitenciario, lo que se traduce en un precario desarrollo de acciones encaminadas a restablecer y garantizar los derechos de las poblaciones más vulnerables dentro de las cárceles de Colombia. Es indispensable para la superación de la crisis carcelaria que en los bastiones del seguimiento ordenados por la Corte Constitucional tengan en cuenta los enfoques diferenciales y se les asigne prioridad. Para ello, es preciso definir cuáles son los mínimos constitucionalmente asegurables que recogen las necesidades diferenciadas de las mujeres y los demás grupos de especial protección constitucional<sup>38</sup>.

Con todo lo relatado, queda claro que en las acciones desarrolladas por el Grupo Líder para la superación del ECI y, especialmente por el Gobierno Nacional, está ausente el enfoque diferencial de género, lo cual constituye un obstáculo de gran magnitud para la garantía de los derechos de las mujeres privadas de la libertad, pues si no se tiene en cuenta que su tratamiento penitenciario requiere de un trato especial, es imposible generar condiciones propicias en la cárceles para que cese la vulneración intensificada de sus derechos fundamentales.

---

37 Comúnmente, las actividades de formación realizadas en estos centros se relacionan con los quehaceres domésticos, tales como aprender a coser, confeccionar artesanías, entre otras, lo cual acarrea que la mujer siga siendo vista como aquella persona que solo se debe dedicar a funciones domésticas y maternales y así siga existiendo una discriminación de género a partir de acciones simples como estas (Del Pozo Serrano, 2017, p. 186).

38 En efecto, el Auto 121 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) recoge los mínimos constitucionalmente asegurables en materia de infraestructura, resocialización, salud, alimentación, acceso a la justicia y servicios públicos domiciliarios, pero no se detiene en su definición para cada una de las poblaciones que podrían tener necesidades particulares en prisión.

## Conclusiones

Con lo establecido en el presente trabajo se constata que las mujeres viven los procesos de criminalización, entre ellos su estancia en prisión, de manera diferenciada, por este motivo debe asumirse una política criminal que tenga en cuenta las diversas causas que llevan a las mujeres a delinquir, por ejemplo, factores asociados con la feminización de la pobreza y los roles de género que llevan a las mujeres proveedoras del hogar a involucrarse con los delitos de drogas (los cuales ocupan en la actualidad la primera línea de conductas por las que las mujeres están privadas de la libertad en Colombia)<sup>39</sup>.

Así mismo, la implementación del enfoque de género en el sistema penitenciario y carcelario en Colombia también se hace imperativa en virtud de las disposiciones internacionales en la materia que han sido ratificadas por Colombia, también por las disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales que se han desarrollado a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, específicamente, la Corte Constitucional en la Sentencia T-388 de 2013 ordenó que la crisis penitenciaria se debe superar atendiendo de manera prioritaria las necesidades y derechos de las poblaciones especialmente vulnerables o sujetas a una especial protección constitucional, como lo son las mujeres, los indígenas, las personas con discapacidad, los niños que conviven con las internas, los adultos mayores y la población LGTBIQ.

Por otro lado, la necesidad de la implementación del enfoque de género encuentra sustento en el hecho de que ha sido un aspecto ausente en el seguimiento al ECI penitenciario y carcelario ratificado desde la Sentencia T-762 de 2015, situación que se ve reflejada en la poca atención que se les ha atribuido a los problemas de las mujeres en el sistema penitenciario y carcelario por parte del Gobierno Nacional e, incluso, por los requerimientos insuficientes por parte de la Corte Constitucional. En consonancia, es prioritario que todos los actores vinculados al seguimiento al ECI, es decir, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el INPEC, la USPEC, los órganos de control, la comisión de seguimiento de la sociedad civil y la academia, adviertan la ausencia del enfoque diferencial de género en dicho seguimiento y actúen en consecuencia.

De igual manera, es preciso que la Corte Constitucional, en aras de hacer efectivos los derechos de los grupos diferenciales y las mujeres privadas de la libertad, expida y haga cumplir oportunamente dichas órdenes exigiendo, por ejemplo, que las normas técnicas, los indicadores de goce efectivo de derecho y los demás bastiones del seguimiento sean construidos pensando de manera diferencial en

---

39 Así puede leerse en Uprimny *et al.* (2016), p. 25.

las poblaciones que cuentan con mayor protección constitucional en el sistema penitenciario y carcelario.

En definitiva, no habrá superación de la crisis carcelaria colombiana si no se transforman los establecimientos de reclusión femeninos en verdaderas cárceles para mujeres y si no se crean entornos carcelarios en los cuales el derecho a la igualdad real y efectiva no sea letra muerta. Si esto es lo que se quiere, no puede eludirse más la necesidad de implementar el enfoque diferencial de género en el sistema penitenciario y carcelario en Colombia.

## Referencias bibliográficas

- Almeda, E. (2005). Pasado y presente de las cárceles femeninas en España. *Sociológica*, (6), 75-106.
- Almeida, L. (2017). Mujeres con pena privativa de libertad: ¿ quiénes son y cómo viven en una cárcel de Ecuador?. *URVIO Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, (21), 240-256.
- Antony, C. (2007). Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina. *Nueva Sociedad*, (208), 73-85. Recuperado de <http://bdigital.binal.ac.pa/bdp/artpma/mujeres%20delincuentes.pdf>
- Ariza, L. & Iturralde, M. (2015). Una perspectiva general sobre mujeres y prisiones en América Latina y Colombia. *Derecho Público*, (35), 15. DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.35.2015.10>
- Azcárate, T. (1995). Mujeres buscando escenas y espacios propios. *Nueva sociedad*, (135), 78-91.
- Bello Ramírez, J.A. (2015). Género, cuerpo, racismo y complejo industrial de prisiones: experiencias de personas negras en una cárcel de Bogotá. *La manzana de la discordia*, 10(2), 7-25.
- Briceño, M. (2007). *Mujeres y prisión en Colombia: análisis desde una perspectiva de derechos humanos y género*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, UNIFEM. Recuperado de <http://bdigital.unal.edu.co/54279/1/9789588295282.pdf>
- Caffarena, B.M., Herrera Moreno, M. y Sordi Stock, B. (2013). La exclusión de las excluidas. ¿ atiende el sistema penitenciario a las necesidades de género?: una visión andaluza. *Estudios Penales y Criminológicos*, 18, 59-95.
- Caldeira do Río, T.P. (2007). *Ciudad de muros*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Cervelló Donderis, V. (2006). Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de género. *Revista General de Derecho Penal, Iustel*, (5), 1-24.

- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2004). *Entender la pobreza desde la perspectiva de género*. Recuperado de: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5918/1/S0400008\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5918/1/S0400008_es.pdf)
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (2019). *Informe cárceles y mujeres en Colombia: hay una necesidad urgente de implementar un enfoque diferenciado de género*. Recuperado de: <https://www.icrc.org/es/document/informe-carceles-y-mujeres-en-colombia>
- Colombia. Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013. (30 de enero de 2017). *Segundo Informe de la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013*.
- Colombia. Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013. (5 de febrero de 2018). *Tercer Informe de la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013*.
- Colombia. Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013. (julio de 2018). *Respuesta al informe semestral del Gobierno Nacional al estado de cosas inconstitucional del Sistema Penitenciario y Carcelario*.
- Colombia. Congreso de Colombia (20 de agosto de 1993). Ley 65. Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. *Diario Oficial n.º 40.999*.
- Colombia. Contraloría General de la Nación. (22 de septiembre de 2017). *Informe de contraste en el seguimiento al ECI penitenciario y carcelario*.
- Colombia. Corte Constitucional. (14 de febrero de 2013). Sentencia T-077 de 2013..
- Colombia. Corte Constitucional. (28 de junio de 2013). Sentencia T-388 de 2013..
- Colombia. Defensoría del Pueblo. (5 de octubre de 2017). *Informe de contraste en el seguimiento al ECI penitenciario y carcelario*.
- Colombia. Gobierno Nacional. (9 de diciembre de 2016). *Primer Informe Semestral de Seguimiento a la Sentencia T-762 de 2015*.
- Colombia. Gobierno Nacional. (9 de junio de 2017). *Segundo Informe Semestral de Seguimiento a la Sentencia T-762 de 2015*.
- Colombia. Gobierno Nacional. (7 de diciembre de 2017). *Tercer Informe Semestral de Seguimiento a la Sentencia T-762 de 2015*.
- Colombia. Gobierno Nacional. (diciembre de 2018). *Quinto Informe Semestral de Seguimiento a la Sentencia T-762 de 2015*.
- Colombia. Gobierno Nacional. (junio de 2019). *Sexto Informe Semestral del Gobierno Nacional al Estado de Cosas Inconstitucional del Sistema Penitenciario y Carcelario*. Recuperado de [http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/autos/SEXTO\\_INFORME\\_SEMESTRAL\\_FINAL\\_APROBADO\\_\(4\).pdf](http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/autos/SEXTO_INFORME_SEMESTRAL_FINAL_APROBADO_(4).pdf)

- Colombia. Procuraduría General de la Nación. (10 de octubre de 2017). *Informe de contraste en el seguimiento al ECI penitenciario y carcelario*.
- Del Pozo Serrano, F.J. (2017). *Exclusión, mujeres y prisión en Colombia: un caso en el Caribe colombiano*. Barraquilla: Editorial Universidad del Norte.
- Fuente, M.J. (2008). Cruzando el umbral: mujeres en el proceso de paso del espacio privado al espacio público. En C. Gonzales y M. Huguet (eds.), *Género y espacio público: nueve ensayos* (pp. 105-133). Madrid: Editorial Dykinson.
- García Hincapié, A. y Escobar García, E. (2017). El encierro del cuerpo. Lecturas en torno a la maternidad en la prisión. *Rev.CES Psico*, 11(1), 26-39.
- Garland, D. (2001). *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Hernández, N. (2018). *El derecho penal de la cárcel. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad EAFIT.
- Lagarde, M. (2014). *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*. México D. F: Siglo XXI.
- Larrauri, E. (1994). *Mujeres, derecho penal y criminología*. Madrid: Siglo Veintiuno.
- Lima-Malvido, M.L. (1991). *Criminalidad femenina: teorías y reacción social*. México D. F: Porrúa.
- Mapelli, B., Herrera, M. y Sordi, B. (2013). La exclusión de las excluidas: ¿atiende el sistema penitenciario a las necesidades a las necesidades de género? Una visión andaluza, *Estudios Penales y Criminológicos*, 33, 59-95.
- Mejía Pulgarín, S.L. (2014). Las barreras de acceso al derecho fundamental a la salud de la mujer embarazada recluida en Colombia en perspectiva de derechos. *Analecta polit*, 4(7), 319-343.
- Norza, E., González, A., Moscoso, M. y González, J. (2012). Descripción de la criminalidad femenina en Colombia: factores de riesgo y motivación criminal. *Criminalidad*, 54(1), 339-357.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2011). *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes y sus Comentarios (Reglas Bangkok)*. Recuperado de [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok\\_Rules\\_ESP\\_24032015.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf)
- Pinzón Espitia, O. y Meza Velandia, S. (2018). Prestación de Servicios de Salud de las Personas Privadas de la Libertad. *Archivos de medicina*, 14(2), 1-6. DOI: 10.3823/1388
- Sánchez, A., Rodríguez, L., Fondevila, G. y Morad, J. (2018). *Mujeres y prisión en Colombia: desafíos para la política criminal desde un enfoque de género*. Bogotá: Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), Comité Internacional de la Cruz

- Roja (CICR), Pontificia Universidad Javeriana Recuperado de [https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/mujeres\\_y\\_prision\\_en\\_colombia.pdf](https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/mujeres_y_prision_en_colombia.pdf)
- Universidad EAFIT. (18 de octubre de 2018). *Informe previo a la intervención en la audiencia pública en el marco del seguimiento a las Sentencias T-388 de 2013 y T762 de 2015, y en respuesta al Auto 613 de 2018.*
- Uprimny, R., Martínez, M., Cruz, L.P., Hernández, S. y González, N. (2016). *Mujeres, política de drogas y encarcelamiento: una guía para la reforma de políticas en Colombia.* Bogotá: Antropos Ltda.
- Yagüe Olmos, C. (2006). *Las mujeres encarceladas. Mujeres en la periferia: algunos debates sobre género y exclusión social.* Madrid: Icaria.
- Zúñiga Elizalde, M. (2014). Las mujeres en los espacios públicos: entre la violencia y la búsqueda de libertad. *Región y sociedad*, (4), 77-100. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/regsoc/v26nespecial4/v26nespecial4a4.pdf>



**Estudios  
de Derecho**  
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD  
DE ANTIOQUIA**

*Serie Desde la raíz. Fotografía Digital. Silvia Alejandra Cifuentes Manrique*

# Crisis en los sistemas penitenciarios: derechos humanos, hacinamiento y desafíos de las políticas criminales. Una aproximación desde la producción bibliográfica\*

William Chará Ordóñez\*\*

## Resumen

Este artículo de revisión tiene como objetivo indagar las investigaciones académicas realizadas sobre los debates alrededor de las crisis carcelarias que develan el hacinamiento y las apuestas por las reformas a las políticas criminales para atender estas situaciones. Para tal fin, se acude a una metodología cualitativa de corte documental a partir de la revisión de la base de datos Scopus. De los 393 resultados obtenidos de esa base de datos, bajo criterios de exclusión como área disciplinar, periodo de estudio y relevancia temática, finalmente se realiza el análisis de 78 documentos. El análisis se realiza en VOSviewer y permite agruparlos en tres categorías: crisis del sistema carcelario, situaciones conflictivas en las cárceles y opciones de respuesta de la política criminal. Los resultados y conclusiones se obtienen luego de un análisis de contenido que permiten advertir que existen tres debates alrededor del tema: los estudios que indican los retos que presentan los sistemas penitenciarios para la reducción del hacinamiento, aquellos que dan cuenta de las situaciones endógenas que evidencian las crisis, y finalmente, las propuestas para las reformas de las políticas criminales.

**Palabras clave:** política criminal; crisis carcelaria; hacinamiento carcelario; derechos humanos.

## Crisis in prison systems: human rights, overcrowding, and challenges of criminal policies. An approach from the bibliography

## Abstract

This review article investigates academic research about the debates surrounding prison crises that expose overcrowding and the bets on criminal policy reforms to address these situations. For this purpose, a documentary analysis as a qualitative research method is used based on the Scopus database review. Of the 393 results obtained, the following exclusion criteria were executed: disciplinary area, study period, and thematic relevance, which let us with 78 viable documents. The analysis was performed in VOSviewer, allowing us to group the papers into three categories: the crisis in the prison system, conflictive situations in prisons, and response options for criminal policy. The results and conclusions are obtained after the implementation of a content analysis, which allowed us to notice that there are three debates around the subject: Studies that indicate the challenges that prison systems present in reducing overcrowding, those that account for the endogenous situations that are evident by the crises, and finally the proposals for criminal policy reforms.

**Keywords:** criminal policy; prison crisis; prison overcrowding; human rights.

## Crise nos sistemas penitenciários: direitos humanos, superlotação e desafios das políticas criminais. Uma aproximação desde a produção bibliográfica

## Resumo

Esse artigo de revisão tem como objetivo questionar as pesquisas acadêmicas realizadas sobre os debates relacionados com as crises carcerárias que revelam a superlotação e as tentativas de reformas às políticas criminais para atender estas situações. Para tal propósito, apega-se a um estudo qualitativo de coorte documental partindo da revisão da base de dados Scopus. Dos 393 resultados obtidos dessa base de dados, sob critérios de exclusão como área disciplinar, período do estudo e relevância temática, finalmente foi realizada a análise de 78 documentos. A análise foi feita em VOSviewer e permite organizá-los em três categorias: crise do sistema carcerário, situações de conflito nas presídios e opções de resposta da política criminal. Os resultados e as conclusões foram obtidos depois de uma análise de conteúdo, que permite constatar que existem três debates relacionados ao tema: os estudos que indicam os desafios apresentados pelos sistemas penitenciários para a redução da superlotação, aqueles que se referem à situações endógenas que evidenciam a crise, e finalmente, as propostas para as reformas das políticas criminais.

**Palavras-chave:** política criminal; crise carcerária; superlotação carcerária; direitos humanos.

\* Artículo de revisión. Producto del proyecto: "Estado y políticas públicas en tiempos de crisis en Colombia" adscrito al Grupo de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades GISCH de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca financiado en Convocatoria Interna Uniautónoma 2019.

\*\* Docente titular de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, Colombia. Polítólogo (Universidad del Cauca) y Magíster en Sociología (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales - FLACSO Ecuador). Integrante del Grupo de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades -GISCH-. Miembro de la línea de investigación en estudios de Gobierno y Estado. **Correo electrónico:** william.chara.o@uniautonoma.edu.co **ORCID:** 0000-0002-7558-2047

Cómo citar este artículo: Chará Ordóñez, W. (2021). Crisis en los sistemas penitenciarios: derechos humanos, hacinamiento y desafíos de las políticas criminales. Una aproximación desde la producción bibliográfica. *Estudios de Derecho*, 78 (171), 117-138

Doi: 10.17533/udea.esde.v78n171a05

Fecha de recepción: 21/07/2020 Fecha de aceptación: 22/09/2020



## **Crisis en los sistemas penitenciarios: derechos humanos, hacinamiento y desafíos de las políticas criminales. Una aproximación desde la producción bibliográfica**

### **Introducción**

El 21 de marzo “varios internos de la cárcel La Modelo -Bogotá- protestaron por las condiciones inhumanas y la falta de medidas sanitarias frente a la pandemia del COVID-19” (El Tiempo, 2020). Esto desencadenó una respuesta institucional con un saldo de 23 reclusos fallecidos y 83 heridos. Este hecho, en el marco de la crisis sanitaria por COVID-19, develó el problema estructural del sistema penitenciario, declarado como crisis carcelaria por el gobierno colombiano, ya que, según el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) para el 14 de abril habían “112 establecimientos carcelarios en el país en los que el nivel de hacinamiento supera el 20%, otros 13 están por debajo de este porcentaje y apenas 7 tienen cupos disponibles”” (El Tiempo, 2020). Esto indica que, de una capacidad de 80.928, se atiende a una población reclusa de 120.242 personas.

Teniendo en cuenta el hacinamiento del 48 % (González, 2020) y ante la crisis por COVID-19, el gobierno colombiano, luego de varias peticiones de la sociedad civil y sectores académicos, el 14 de abril de 2020 promulgó el Decreto 546 que buscó la excarcelación y detención domiciliaria de población recluida bajo criterios de selección determinada. El decreto buscó beneficiar a cerca de 4.000 personas en condición de reclusión, pero esa cantidad se correspondería solo con el 12 % de ese 48 % de sobre población la cual, al 19 de julio contaba con 1.700 casos positivos por COVID-19 (López, 2020).

Este debate no es nuevo. La Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-153 de 1998 alertó por la crisis del sistema penitenciario producto del hacinamiento. Para el 2013, en la Sentencia T-388 la misma Corte se refirió a la política criminal. Indicó que era reactiva, no apegada al contexto nacional y débil en la pretensión de resocializar a la población condenada. Su invitación fue al diseño de una política no reactiva sino preventiva. Por último, en el 2015 con la Sentencia T-762 se ratifica este argumento a partir de la identificación del diseño de la

política criminal desde la dogmática sin el acompañamiento de estudios y aportes multidisciplinarios para su diseño.

La academia colombiana no ha sido ajena a esta situación. Se ha adelantado la discusión sobre la crisis del sistema penitenciario desde varias ópticas: la de la vulneración de derechos de la población carcelaria, el hacinamiento carcelario y sus efectos, y la eficacia del sistema penitenciario para responder a la demanda de justicia del país. Iturralde (2010) plantea la precaria situación de los centros carcelarios en Colombia pese a la inversión realizada por el Estado y la relación con el aumento del encarcelamiento no por razones del incremento de los delitos, sino por un control de la criminalidad basada en patrones de coerción de un sistema penitenciario de corte autoritarios por parte del gobierno nacional. Ariza e Iturralde (2011) plantean que, pese a los intentos de reformas al sistema penitenciario en América Latina basados en la reducción del aislamiento por vía del aumento de presiones, el sistema crece, pero no mejora su eficiencia, pasando por la violación de derecho humanos y ampliando los problemas internos de las presiones.

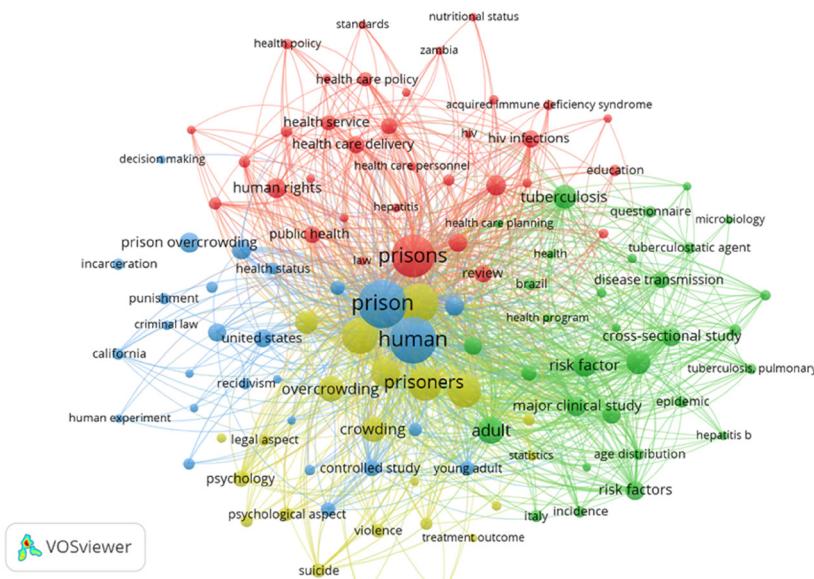
El trabajo de Gutiérrez (2014) indaga por la realidad de la justicia penal con base en la eficacia de la pena, evidenciando las contradicciones de las funciones punitivas; Tham (2014) sustentado en la revisión de los casos de Europa, plantea el éxito que han tenido las intervenciones preventivas del crimen y la institucionalización de políticas públicas de prevención de la criminalidad; Mariño (2014) en Colombia y Durán-Chavarría (2014) para Centroamérica, proponen la necesidad de una revisión de la justicia penal para menores de edad, dando prioridad a la justicia restaurativa y el cumplimiento de la normatividad internacional como garantía de derechos de esta población; Dalto (2014) propone la necesidad de conocer el derecho indígena y aprender de las lecciones para el diseño de políticas criminales. Finalmente, Abaunza *et al.* (2014) dan cuenta de las difíciles condiciones de la población carcelaria de adultos mayores, la vulneración de derechos y la necesidad de crear programas de intervención a esta población. Por último, en el texto de Gutiérrez y Olarte (2018), se generan reflexiones sobre las diferentes problemáticas que se experimentan al interior de las prisiones, que atentan contra los derechos de la población carcelaria y hacen la invitación a la reflexión sobre principios normativos, su aplicabilidad y el alcance de las medidas judiciales en estas crisis.

Bajo este contexto del caso colombiano se inscribe la siguiente investigación. No indaga específicamente por el análisis del sistema penitenciario y carcelario de Colombia, pero nace de ahí y tiene la pretensión de examinar los aportes de la academia a la comprensión de los retos o desafíos de las crisis carcelarias. En el mundo, aunque con mayor evidencia en América Latina, el hacinamiento en las cárceles es un problema extremadamente grave, ya que no solo está relacionado con el sufrimiento de las personas privadas de la libertad y la vulneración de sus derechos, sino con un problema latente: las crisis de los sistemas penitenciarios y las respuestas efectivas de la política criminal de cada Estado.

Las crisis de los sistemas penitenciarios que enfrenta el mundo, donde se incluye el hacinamiento, la sobre población, la vulneración de derechos humanos al interior de las cárceles y la poca capacidad de la infraestructura penitenciaria son realidades irrefutables. Sin embargo, la mirada al tema no se agota ahí. El debate se ha centrado también en el rol de los Estados en cuanto a la atención a estas crisis. Preguntas como: ¿Es efectiva la política criminal que siguen los países en crisis? ¿Qué arreglos institucionales deben hacer los Estados para atender estas crisis? Dan cuenta de ello.

El intento por responder a estos interrogantes ha guiado el diseño metodológico de esta revisión sistemática. En la búsqueda de criterios para iniciar el análisis, una revisión preliminar de los temas tratados por la academia sobre crisis carcelaria, política criminal y hacinamiento permite advertir la hoja de ruta de la revisión.

**Figura 1.** Concurrencia de temas consultados.



**Fuente:** Adaptada de Scopus (2020) VOSviewer.

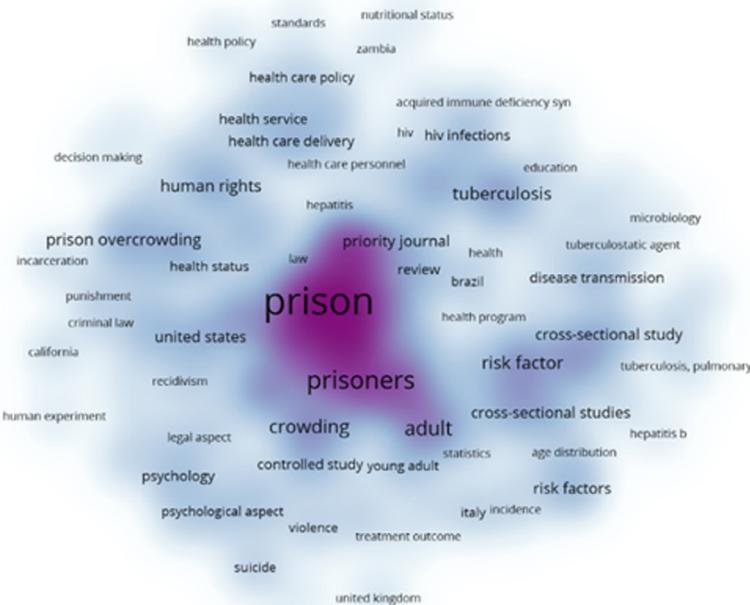
La figura 1 es una red semántica de sentido construida en la primera revisión bibliográfica, que da cuenta de las conexiones entre los tres temas y permite identificar los criterios de búsqueda de la información. Tres temas de investigación se lograron reconocer: las situaciones dentro de los centros penitenciarios, las reformas propuestas a las políticas criminales y las oportunidades de mejora de los sistemas carcelarios. En este sentido, el objetivo de este artículo de revisión

es indagar por estos debates e identificar los aportes que han realizado diversas investigaciones al dilema en el que se enfrentan los Estados para dar respuesta a la crisis carcelaria que experimentan: la reducción del hacinamiento carcelario y la eficiencia de la política criminal en materia de efectividad de los sistemas penitenciarios y la garantía de derechos humanos en los centros de reclusión.

## Metodología

Para darle alcance al objetivo, se realizó una búsqueda bibliográfica en la base de datos Scopus utilizando dos palabras clave: 1. *criminal policy* y 2. *prison overcrowding*. En la figura 1, en la que se presenta el mapa de calor realizado con VOSviewer, se observan estas dos palabras y sus relaciones conceptuales más inmediatas y frecuentes.

Figura 2. Análisis de palabras clave.



**Fuente:** Adaptada de Scopus (2020) VOSviewer.

La pesquisa arrojó un total de 393 documentos y se procedió a limitar la selección de referencias bibliográficas a partir de tres criterios. Primero, un período de referencia 1999-2019, que concentró el 79,4 % de la producción académica;

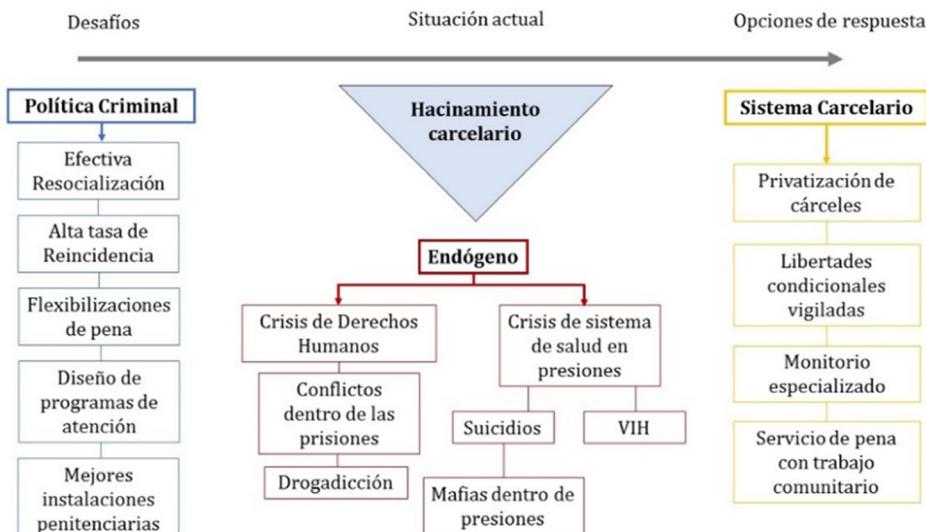
conviene decir que existen referencias desde 1959. Como resultado de esta restricción, la nueva búsqueda redujo la consulta a 249 textos. Segundo, el área de conocimiento pertinente para la investigación. Si bien Scopus identifica diecinueve áreas de conocimiento, se seleccionaron solo los textos clasificados en ciencias sociales. Esta consulta tuvo como resultado 206 textos. Tercero, se consideraron los textos más citados y aquellos que tuvieran relación directa con los criterios de la investigación, ya que subáreas como contabilidad, administración, psicología y afines estaban incluidas en el reporte. De este modo, luego de la exclusión, se trabajaron 78 textos.

Una vez identificados, se procedió a sistematizarlos en una matriz de análisis diseñada en Microsoft Word para tal fin. El análisis se desarrolló luego de la lectura correspondiente a los criterios de resultados de cada investigación.

## Resultados

Producto del análisis de los textos, nace la siguiente codificación, como modelo de interpretación de los resultados de la revisión, a partir de tres categorías de análisis: 1) desafíos del sistema carcelario y la política criminal, 2) la situación actual del sistema carcelario y el hacinamiento; y, por último, 3) las opciones de respuesta al sistema carcelario. Cada una de ellas cuenta con códigos los cuales permitieron el diseño del siguiente modelo explicativo:

Figura 3. Categorías de análisis de información



Fuente: Adaptada de Scopus (2020).

Como se observa en la figura 3, la producción académica agrupada en las tres categorías intenta desagregarse en códigos que incluyen temas específicos que han sido abordados por las investigaciones consultadas. La primera categoría se denomina “desafíos de la política criminal” y agrupa a aquellos textos que dan cuenta de los retos en materia de resocialización, el diseño de programas penitenciarios efectivos, el control a la reincidencia, el debate alrededor de la flexibilización punitiva y la privatización carcelaria. La segunda categoría se llama “factores endógenos de las crisis carcelarias” y devela los problemas estructurales estudiados dentro de las cárceles, y finalmente, la tercera da cuenta de las propuestas, los desafíos y retos del sistema de la política criminal y los aportes desde la academia al debate por la eficiencia del sistema carcelario.

## Los desafíos de las políticas criminales

Al hablar de desafíos de las políticas criminales, el primer tema que se logra evidenciar está relacionado con la propuesta de recategorización de las penas. Autores como Daems (2008), para el caso belga; o Lurigio & Loose (2008), Alan (2011) y Barati (2019) en Estados Unidos, hacen esta invitación luego de investigar sobre el hacinamiento carcelario y la discusión alrededor de la compatibilidad de las penas y las víctimas de los casos. Bouagga (2014), Dubois & Vrancken (2015) y Schartmueller (2015) por su parte, advierten en la necesidad de eliminar la privación y el exceso en el uso de las cadenas perpetuas. Todas estas investigaciones concluyen que, si las políticas criminales logran un equilibrio en la discusión sobre las penas, el hacinamiento se podría reducir. Sin embargo, es evidente que no solo con la relaboración punitiva se reduciría la sobre población de presos, pues una modificación al sistema carcelario sin considerar la reincidencia como un factor determinante en esta sobre población, genera expectativa en cualquier discusión de reforma a políticas criminales o penales.

Sobre la reincidencia, las investigaciones de Kensey & Tournier (1999) y Nishi (2019) en Estados Unidos; y Bales, Burkes, Scaggs & Clark (2015), Marion (2002) y Drago, Galbiati & Vertova (2011) indagan por las estrategias de programas que buscan la reducción de la reincidencia en Europa, en especial en Francia e Italia, luego de analizar las causas de los altos casos de reincidencia producto de las fallidas políticas de intervención carcelaria y resocialización. Sobre esta última, quizá la categoría más sensible, que permite evaluar la eficacia de las políticas carcelarias, las investigaciones de Snyder, Van Wormer, Chadha & Jaggers (2009), Johnson (2009); Dünkel, Pruijn, Storgaard & Weber (2018), Tulkens (2014), Jiménez (2017) y García & Domínguez (2016) coinciden en la necesidad de evaluar, reformular y proponer mecanismos de seguimiento a los programas de resocialización y readaptamiento, considerando los múltiples contextos de la población

carcelaria y la inyección de recursos fiscales para ampliar la cobertura de esta atención; pues sin una eficiente resocialización no habría finalidad de justicia de las penas impuestas.

Algunos ejemplos de análisis de estrategias para mejorar las condiciones de resocialización son el fomento a los programas educativos con énfasis en aprendizajes para la vida (Rangel, 2019) y el fortalecimiento de entornos correctivos (Brown & Marusek, 2014) apoyados en prácticas de sociabilidad comunitaria apoyados a prácticas de comunidades hawaianas, así como la propuesta de cuidado y el compromiso de trabajo colaborativo entre población penitenciaria en Inglaterra (Stewart, 2018), y el fortalecimiento de los lazos de solidaridad entre la población carcelaria, a partir de las condiciones socioeconómicas similares, adelantados en Italia (Santorso, 2015).

Finalmente, se advierte una línea de investigación que atina a proponer, como mecanismo para la reducción de la crisis de sobre población carcelaria y la garantía de no vulneración de derechos, la privatización de los centros penitenciarios. A partir del caso israelí, Timor (2006); Schabbach (2020) para el brasileño y Price & Riccucci (2005) en Estados Unidos, se explora la eficacia en la reducción de las crisis de hacinamiento y conductas violentas luego de la implementación de administraciones militares o privadas de estos centros carcelarios. Esto, bajo la hipótesis de que la sobre población, reincidencia y el crimen son producto de la misma lógica endógena de las prisiones y de la debilidad institucional para intervenir estos casos dentro de las mismas.

### **La crisis carcelaria y el hacinamiento: el problema endógeno**

El anterior argumento, si bien es producto de los resultados de las investigaciones y se propone como una alternativa a debatir, permite develar los problemas endógenos que viven los centros de reclusión y que han llamado la atención de la comunidad académica. Se ha denominado endógeno siguiendo el argumento de Glazener & Nakamura (2020), quienes advierten la fuerte relación entre sobre población y mala conducta dentro de los centros penitenciarios.

Siguiendo este argumento, el tema de condiciones violentas y su relación con el hacinamiento dentro de las cárceles es estudiado, en particular para América Latina, por Cabanillas (2012), Krüger, de Oliveira & Mariani (2018) y Limoncelli, Mellow & Na (2020). Para Italia, por Ricciardelli, Power & Medeiros (2018). Y para Estados Unidos, por Lurigio & Lurigio (2016), Guetzkow & Schoon (2015), y Erasmus & Hornigold (2015) y Paoline & Lambert (2012), quienes evidencian prácticas de violencia tanto de población penitenciaria, relacionadas con peleas entre grupos por control territorial de las cárceles, consumo de sustancias psicoactivas,

así como también casos de violencia infringida por parte de actores institucionales. Estas prácticas, sumadas al contexto de sobre población, se presentan como los retos susceptibles de intervención más inmediatos debido a la posible violación de Derechos Humanos, como lo evidencian en América Latina Matthews (2011) y Ungar & Magaloni (2009); y la posibilidad de generar conflictos endógenos de mayores proporciones.

La salud es un tema recurrente cuando se investiga por la crisis del hacinamiento carcelario. La salud mental, y en especial el suicidio, ocupa buena parte de la atención de las investigaciones revisadas. Estudios como los de Fritz *et al.* (2020) que advierten de los 1.324 suicidios en diez cárceles en América Latina. O van Ginneken, Sutherland & Molleman (2017) quienes analizan los casos en Inglaterra y Gales producto del hacinamiento; o Preti & Cascio (2006) y Franklin, Franklin & Pratt (2006) quienes dan cuenta de los comportamientos autolesivos producto de las crisis internas de las penitenciarías en Italia; o Duthé, Hazard, Kensey & Ké Shon (2009) en Francia y Rabe (2012) y Dye (2010) en Estados Unidos, por citar algunos ejemplos, coinciden en determinar no solo la necesidad de intervenir este fenómeno de manera médica sino también social. Programas de intervención psicosocial, ecológicos y de prevalencia, según las investigaciones, permitirían disminuir la incidencia de estos casos, así como determinar el acompañamiento y seguimiento a los casos de ideación suicida recurrente en las penitenciarías.

Por su parte, y continuando con los estudios sobre salud y hacinamiento carcelario, investigaciones como las de Hough, Allen & Solomon (2008), Spencer (2012) y Elger, Ritter & Stöver (2016) en Estados Unidos; Barsaglini, Kehrig & de Arruda (2015) en Brasil; y Sander & Lines (2016) en América Latina, advierten de las difíciles condiciones en las que vive la población carcelaria producto de la deficiencia en el sistema de atención en salud. Casos como VIH, hepatitis y tuberculosis son afecciones recurrentes y de difícil detección, con alta propagación debido a la sobre población, el hacinamiento y los débiles sistemas de salud penitenciarios existentes.

## Las opciones de respuesta al sistema carcelario

Considerando los problemas endógenos que se han identificado en las referencias bibliográficas consultadas, conviene iniciar señalando las estrategias que se proponen como opciones de respuesta al último de los problemas expuestos: el de salud, toda vez que, es un imperativo luego que el COVID-19 afectara también las prisiones del mundo. Ante estas situaciones, la excarcelación inteligente o liberación compasiva se ha propuesto como una solución al hacinamiento y a la reducción de costos de tratamientos de enfermedades crónicas de salud de la población penitenciaria.

Estados Unidos es quizá el contexto donde más referencias aparecen frente a esta alternativa. Las investigaciones de Pitts, Griffin & Johnson (2014), Sundt, Salisbury & Harmon (2016), Skinns (2016) y Holland, Prost, Hoffmann & Dickinson (2020), y Alexander, Allo & Klukoff (2020), han evaluado las iniciativas de liberación inteligente y compasiva de la población que presenta dificultad en sus condiciones de salud o enfermedades terminales. Igual conclusión se evidencian en los textos de Handtke, Wangmo, Elger & Bretschneider (2017) analizando esta circunstancia en Europa; Nunes (2015) en Brasil; Zevallos (2016) en Perú, y Skinns (2016) en América Latina.

Muy similar a esta propuesta, pero considerando no solo asuntos de salud o argumentos compasivos, sino la excarcelación por delitos menores, las investigaciones de Herzog-Evans (2019) en Francia y la propuesta de lanzamiento anticipado, Losier (2017) y el análisis de la ley y el orden en New York o Simon (2017) sobre la política de enjuiciamiento en Estados Unidos, los debates de la legislación belga evidenciados por Cliquennois & Herzog-Evans (2018) y la revisión de los casos de delitos menores en India adelantada por Saxena (2020), ponen sobre la mesa una propuesta al sistema carcelario ambiciosa como polémica, toda vez que, implicaría una revisión exhaustiva de los marcos normativos y penales y la reconfiguración de estrategias de seguimiento a la población que llegase a ser beneficiada, en procura de limitar la reincidencia en casos de sensible atención.

Sin duda, resulta una propuesta muy polémica, y más en medio de una pandemia, pero el control y seguimiento a estos casos es un desafío, y ante ello, la propuesta del monitoreo activo se convierte en una posible solución anticipada a esta situación. La gestión de estas alternativas de monitoreo es estudiada por Herzog-Evans (2020) en Brasil; así como también por Dünkel, Thiele & Treig (2017) en Alemania; Maes, Mine De Man & Van Brakel (2012); Maes & Mine (2013) y Beyens & Roosen (2017) en Bélgica; Simon (2018) en Estados Unidos, ven en los casos de monitoreo electrónico una medida eficaz para resolver los problemas de hacinamiento carcelario.

La última de las alternativas propuestas e identificadas tiene que ver con el fomento a la detención domiciliaria o la liberación condicional, e incluso de cumplimiento de las penas a partir de trabajo comunitario. Estas conclusiones se encuentran en las investigaciones de Plesničar (2012) y Meško, Fields & Smole (2011) para la revisión del caso en Eslovenia; en China la indagación de Jiang *et al.* (2014); Bonta & Gendreau (2019) y Zanis *et al.* (2003) en Estados Unidos; Di Vita (2020) y Gualazzi, Mancuso, & Mangiaracina (2012) en Italia; Maxfield & Baumer (1992) y Anagnostaki (2011) en Grecia. Todas estas investigaciones tienen un punto de inflexión en su análisis: propenden por la implementación de medidas. Si bien, estas alternativas pueden leerse como propuestas de reforma al sistema penitenciario sobre la base de atenciones efectivas desde la inmediatez de las crisis, giran alrededor de un diseño institucional que abogue por la prevención

de los delitos como solución final a los problemas que las crisis penitenciales develan: la garantía de derechos, la reducción del hacinamiento y la resocialización efectiva de la población condenada.

## Conclusiones

El hacinamiento en un fenómeno carcelario y una crisis por sí mismo, ya que es la cabeza de turco que devela problemas estructurales dentro de los centros de reclusión. Dentro de las cárceles, la problemática se puede explicar en tres vías. La primera, está relacionada con aquellos factores endógenos que complejizan las condiciones de vida de la población recluida. Las violencias vividas dentro de las cárceles por el control territorial, el consumo de sustancias psicoactivas y las riñas son factores que no son solo poco estudiados, sino poco intervenidos por la institucionalidad. La segunda vía está relacionada con las demandas por la garantía de derechos humanos. Casos de abusos de fuerza, violaciones a derechos y tratos indebidos han sido denunciados en no pocas oportunidades. La tercera está relacionada con la salud integral y la salud mental de la población recluida. Casos de pacientes con enfermedades crónicas sin atender, población sometida a contagios y el suicidio, son problemas que han sido intervenidos con mucha debilidad por los gobiernos.

Como soluciones a estos problemas, se advierte en la bibliografía consultada al menos cuatro propuestas o desafíos al sistema carcelario. El primero de ellos está relacionado con las propuestas por la reducción del hacinamiento por vía de la excarcelación inteligente o liberación compasiva, más usada en contextos de crisis de salud, como la vivida por la pandemia de COVID-19. El segundo, quizás el que más polémica puede generar, propugna por la efectividad de una reforma a la ponderación de la severidad de las penas. El tercero, se refiere a la reducción de la sobre población por vía de la excarcelación monitoreada, no solo a través de dispositivos electrónicos, sino por mecanismos sociales de trabajo comunitario y, la última, por la reclusión domiciliaria. Estas dos últimas, son empleadas en muchos países y se encuentran en constante evaluación de eficacia.

Todas las propuestas, están soportadas en amplias y relevantes investigaciones en cada uno de los países de consulta. En América Latina, el desafío aún está latente. Implementar una o varias de las alternativas rastreadas, implica un rediseño institucional a la política criminal y a los sistemas penitenciarios, que, dicho sea de paso, urgen por soluciones efectivas a las crisis que cada día develan la fragilidad de la resocialización de la población carcelaria y la garantía de justicia plena de la sociedad. En suma, estas apuestas parecen ser de corte inmediato a las crisis, pero en esencia, conservan el espíritu de reforma institucional que da paso a la prevención de los delitos.

## Referencias bibliográficas

- Abaunza, C.I., Bustos, P., Enríquez, K., Mendoza, M., Molina., Padilla, A. y Paredes, G. (2014). Adulto mayor: prisión y sociedad. En Gutiérrez, M. *et al.* (eds.), *Política Criminal y Libertad* (pp. 271-306). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <https://books.openedition.org/uec/1068>
- Alan, H. (2011). *Prison overcrowding Corrections*. Thousand Oaks, CA: SAGE Publications. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84950128850&doi=10.4135%2f9781412994101.n15&partnerID=40&md5=>
- Alexander, A., Allo, H., Klukoff, H. (2020). Sick and Shut In: Incarceration During a Public Health Crisis. *Journal of Humanistic Psychology*. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85086122869&doi=10.1177%2f0022167820930556&partnerID=40&md5=>
- Anagnostaki, M. (2011). Community service in greece: Sentencing practices, the role of the prosecution service and local authorities. *European Journal of Criminology*, 8(2), 157-166. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-79952597083&doi=10.1177%2f1477370810397256&partnerID=40&md5=>
- Ariza, L. e Iturralde, M. (2011). *Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y en América Latina*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, CIJUS, Ediciones Uniandes.
- Bales, W., Burkes, K., Scaggs, S. & Clark, C. (2015). *Recidivism International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* (Second Edition). Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85043441266&doi=10.1016%2fB978-0-08-097086-8.45079-8&partnerID=>
- Barati, M. (2019). Punishment Severity and Crime: The Case of Arkansas. *Review of Law and Economics*, 15(1). Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85064837060&doi=10.1515%2frle-2017-0025&partnerID=40&md5=4c8aa8207cdded31130faa91c9bb95bd>
- Barsaglini, R., Kehrig, R. & de Arruda, M. (2015). Analysis of the perception of managers on management of prison health policy in Mato Grosso, Brazil. *Saude e Sociedade*, 24(4), 1119-1136. Recuperado de <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84982732303&doi=10.1590%2fs0104-12902015138278&partnerID=40&md5=>
- Beyens, K. & Roosen, M. (2017). Electronic monitoring and reintegration in Belgium. *European Journal of Probation*, 9(1), 11-27. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85045343481&doi=10.1177%2f2066220317704132&partnerID=40&md5=>

- Bonta, J. & Gendreau, P. (2019). *Coping with prison Psychology and Social Policy*. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85079316841&doi=10.4324%2f9781315793030-26&partnerID=40&md5=>
- Bouagga, Y. (2014). Time to punish: Manage waiting in remand. *Terrain*, 63, 86-101. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84906901674&doi=10.4000%2fterrain.15508&partnerID=40&md5=375f56d315c60468ed411ac792c41fde>
- Brown, M. & Marusek, S. (2014). 'Ohana Ho'opakele: The Politics of Place in Corrective Environments. *International Journal for the Semiotics of Law*, 27(2), 225-242. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84900790068&doi=10.1007%2fs11196-012-9291-8&partnerID=40&md5=>
- Cabanillas, O. (2012). Violent Conflict and Prison Overcrowding. *Desarrollo y Sociedad*, (69), 33-71. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84863533582&partnerID=40&md5=7ad85f18eec17fa8ede61219a8ea0c8>
- Cliquennois, G. & Herzog-Evans, M. (2018). European monitoring of Belgian and French penal and prison policies Crime. *Law and Social Change*, 70(1), 113-134. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85034211638&doi=10.1007%2fs10611-017-9722-2&partnerID=40&md5=>
- Coyle, A., Heard, C. & Fair, H. (2016). Current trends and practices in the use of imprisonment. *International Review of the Red Cross*, 98(903), 761-781. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85041345458&doi=10.1017%2fs1816383117000662&partnerID=40&md5=>
- Daems, T. (2008). ¿Compatible victims? Prison overcrowding and penal reform in Belgium. *International Journal of Law, Crime and Justice*, 36(3), 153-167. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-55149114663&doi=10.1016%2fijlcj.2008.04.001&partnerID=40&md5=e8dcdb94ebcbdd73de0ea0c292c68>
- Dalto, M. (2014). El aporte del derecho indígena a la construcción de las políticas criminales. En Gutiérrez, M. et al. (eds.), *Política Criminal y Libertad* (pp. 239-269). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Di Vita, G. (2020). Recent legislative measures to reduce overcrowding of prisons in Italy: a preliminary assessment of their economic impact. *European Journal of Law and Economics*, 49(2), 277-299. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85078204684&doi=10.1007%2fs10657-020-09639-5&partnerID=40&md5=>
- Drago, F., Galbiati, R. & Vertova, P. (2011). Prison Conditions and Recidivism. *American Law and Economics Review*, 13(1), 103-130. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-79959715531&doi=10.1093%2faler%2fahq024&partnerID=40&md5=05164cb6d1e14970a602fa44eb52c432>

- Dubois, C. & Vrancken, D. (2015). Restorative detention or 'work on self'? Two accounts of a Belgian prison policy. *Ethnography*, 16(2), 187-206. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84930450957&doi=10.1177%2f1466138114538803&partnerID=40&md5=>
- Dünkel, F., Pruin, I., Storgaard, A. & Weber, J. (2018). *Comparable aims and different approaches; Prisoner resettlement in Europe - concluding remarks Prisoner Resettlement in Europe*. Recuperado de <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85077345582&doi=10.4324%2f9781315194592-27&partnerID=40&md5=>
- Dünkel, F., Thiele, C. & Treig, J. (2017). "You'll never stand-alone": Electronic monitoring in Germany. *European Journal of Probation*, 9(1), 28-45. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85045311498&doi=10.1177%2f2066220317697657&partnerID=40&md5=>
- Durán-Chavarría, D. (2014). Derecho penal juvenil en América central: avances y riesgos. En Gutiérrez, M. et al. (eds.), *Política Criminal y Libertad* (pp. 215-237). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <https://books.openedition.org/uec/1058>
- Duthé, G., Hazard, A., Kensey, A. & Ké Shon, J. (2009). Suicide in prison: A comparison between France and its European neighbours. *Population and Societies*, (462), 1-4. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-77955034241&partnerID=40&md5=5698a37f4d2de1f314adf369bf218035>
- Dye, M. (2010). Deprivation, importation, and prison suicide: Combined effects of institutional conditions and inmate composition. *Journal of Criminal Justice*, 38(4), 96-806. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-77954759577&doi=10.1016%2fj.jcrimjus.2010.05.007&partnerID=40&md5=>
- El Tiempo. (14 de abril de 2020). Estas son las 5 cárceles con mayor nivel de hacinamiento del país. *El Tiempo*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/estas-son-las-cárceles-mas-hacinadas-de-colombia-484076>
- Elger, B., Ritter, C. & Stöver, H. (2016). *Emerging issues in prison health Emerging Issues in Prison Health*, 1-259. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85068843238&doi=10.1007%2f978-94-017-7558-8&partnerID=40&md5=>
- Erasmus, D. & Hornigold, A. (2015). Court supervised institutional transformation in South Africa. *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 18(7), 2457-2501. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85037712943&doi=10.4314%2fpelj.v18i7.02&partnerID=40&md5=1026cec3c4979f7aa6afec88e0e1be3c>

- Franklin, T., Franklin, C. & Pratt, T. (2006). Examining the empirical relationship between prison crowding and inmate misconduct: A meta-analysis of conflicting research results. *Journal of Criminal Justice*, 34(4), 401-412. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-33748432541&doi=10.1016%2fj.jrimjus.2006.05.006&partnerID=40&md5=>
- Fritz, F., Fazel, S., Benavides, A., Henry, P., Rivera, G., Torales, J.,... & Mundt, A. (2020). 1324 prison suicides in 10 countries in South America: incidence, relative risks, and ecological factors. *Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology*. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85084598569&doi=10.1007%2fs00127-020-01871-3&partnerID=40&md5=>
- García, L. & Domínguez, A. (2016). The reality of the penitentiary system in Colombia: The need to introduce a new criminal policy. *Revista Criminalidad*, 58(2), 175-195. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85018969376&partnerID=40&md5=b91344b9d5564db92a076f92add8aceb>
- Glazener, E. & Nakamura, K. (2020). Examining the Link Between Prison Crowding and Inmate Misconduct: Evidence from Prison-Level Panel Data. *Justice Quarterly*, 37(1), 109-131. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85055696640&doi=10.1080%2f07418825.2018.1495251&partnerID=40&md5=>
- González, L. (2020). La Crisis carcelaria en el marco del Covid 19. *nodal*. Recuperado de [https://www.nodal.am/2020/05/colombia-la-crisis-carcelaria-en-el-marco-del-covid-19-por-leonardo-gonzalez-p/#\\_ftn1](https://www.nodal.am/2020/05/colombia-la-crisis-carcelaria-en-el-marco-del-covid-19-por-leonardo-gonzalez-p/#_ftn1)
- Gualazzi, A., Mancuso, C. & Mangiaracina, A. (2012). 'Back Door Sentencing' in Italy: Common Reasons and Main Consequences for the Recall of Prisoners European. *Journal of Probation*, 4(1), 73-84. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84988923616&doi=10.1177%2f20662203120400107&partnerID=40&md5=>
- Guetzkow, J. & Schoon, E. (2015). If You Build It, They Will Fill It: The Consequences of Prison Overcrowding. *Litigation Law and Society Review*, 49(2), 401-432. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84929145882&doi=10.1111%2flasr.12140&partnerID=40&md5=d53678dad89ba6b7927da2fa7743a6>
- Gutiérrez, M. (2014). Hacia una justicia restaurativa. En Gutiérrez, M. *et al.* (eds.), *Política Criminal y Libertad* (pp. 71-90). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <https://books.openedition.org/uec/1030>
- Gutiérrez, M., Tham, H., Mariño, C., Durán-Chavarría, D., Dalto, M., Abaunza, C.,... y Paredes, G. (2014). *Política Criminal y Libertad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Gutiérrez, M. y Olarte, A. (2018). *Los riesgos del puntivismo, presunción de inocencia e indignidad carcelaria en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Handtke, V., Wangmo, T., Elger, B. & Bretschneider, W. (2017). New guidance for an old problem: Early release for seriously ill and elderly prisoners in Europe. *Prison Journal*, 97(2), 224-246. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85018292575&doi=10.1177%2f0032885517692805&partnerID=40&md5=>
- Herzog-Evans, M. (2019). French early release: McProcedures and McRe-entry. *European Journal of Probation*, 11(3), 188-201. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85077337726&doi=10.1177%2f2066220319897238&partnerID=40&md5=>
- Herzog-Evans, M. (2020). French Prison Day Leave and the Rationale Behind It: Resocialisation or Prison Management?. *European Journal on Criminal Policy and Research*. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85085901061&doi=10.1007%2fs10610-020-09445-4&partnerID=40&md5=>
- Holland, M., Prost, S., Hoffmann, H. & Dickinson, G. (2020). *Access and utilization of compassionate release in state departments of corrections Mortality*. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85083565039&doi=10.1080%2f13576275.2020.1750357&partnerID=40&md5=0ba9537574019ddcf2a706e29f6bc639>
- Hough, M., Allen, R. & Solomon, E. (2008). *Tackling prison overcrowding: Build more prisons? sentence fewer offenders?* Policy Press. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-8503338265&partnerID=40&md5=d5=0ba9537574019ddcf2a706e29f6bc639>
- Iturralde, M. (2010). *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Pontificia Universidad Javeriana.
- Jiang, S., Jiang, S., Xiang, D., Chen, Q., Huang, C., Yang, S.,... & Zhao, A. (2014). Community Corrections in China: Development and Challenges. *The Prison Journal*, 94(1), 75-96. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84893454650&doi=10.1177%2f0032885513512091&partnerID=40&md5=>
- Jiménez, N. (2017). Resocialization as end of sentence - A frustration with the Colombian penitentiary and prison system. *Caderno CRH*, 30(81), 539-559. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85038429397&doi=10.1590%2fS0103-49792017000300010&partnerID=40&md5=>
- Johnson, J. (2009). Lifetech institute: Leading change through transitional centers. *Community College Journal of Research and Practice*, 33(11), 942-944. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85011468705&doi=10.1080%2f10668920903153501&partnerID=40&md5=>

- Kensey, A. & Tournier, P. (1999). Prison population inflation, overcrowding and recidivism: The situation in France. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 7(1), 97-119. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-34247283330&doi=10.1023%2fA%3a1008792215712&partnerID=40&md5=>
- Krüger, C., de Oliveira, D. & Mariani, M. (2018). Inside the prison: Evidence of institutional violence in a female prison on the border between Brazil and Bolivia. *Dilemas*, 11(3), 435-452. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85064011311&partnerID=40&md5=cd753bd810a3ea197fecae2ceec5a40d>
- Limoncelli, K., Mellow, name]J. & Na, C. (2020). Determinants of Intercountry Prison Incarceration Rates and Overcrowding in Latin America and the Caribbean. *International Criminal Justice Review*, 30(1), 10-29. Recuperado de <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85062467052&doi=10.1177%2f1057567719830530&partnerID=40&md5=>
- López, D. (9 de julio de 2020). Hacinamiento carcelario está en su punto más bajo desde el 2011. *El Tiempo*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/justicia/servicios/se-reduce-hacinamiento-carcelario-por-el-coronavirus-al-punto-mas-bajo-en-10-anos-515974>
- Losier, T. (2017). Against 'law and order' lockup: the 1970 NYC jail rebellions. *Race and Class*, 59(1), 3-35. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85021937361&doi=10.1177%2f0306396817707431&partnerID=40&md5=>
- Lurigio, A. & Loose, P. (2008). The disproportionate incarceration of African Americans for drug offenses: The national and Illinois perspective. *Journal of Ethnicity in Criminal Justice*, 6(3), 223-247. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-67649432601&doi=10.1080%2f15377930802243445&partnerID=40&md5=>
- Lurigio, A. & Lurigio, A. (2016). Jails in the United States: The "Old-New". *Frontier in American Corrections The Prison Journal*, 96(1), 3-9. Retrieves from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84958191295&doi=10.1177%2f0032885515605462&partnerID=40&md5=>
- Maes, E. & Mine, B. (2013). Some Reflections on the Possible Introduction of Electronic Monitoring as an Alternative to Pre-trial Detention in Belgium Howard. *Journal of Criminal Justice*, 52(2), 144-162. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84875790177&doi=10.1111%2fhojo.12008&partnerID=40&md5=76b83e48ea5e98ce500daa134ac240c3>
- Maes, E., Mine, B., De Man, C. & Van Brakel, R. (2012). Thinking about Electronic Monitoring in the Context of Pre-Trial Detention in Belgium: A Solution to Prison

- Overcrowding? *European Journal of Probation*, 4(2), 3-22. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84906037517&doi=10.1177%2f206622031200400202&partnerID=40&md5=>
- Mariño, C. (2014). Justicia juvenil restaurativa como respuesta alternativa. En Gutiérrez, M. et al. (eds.), *Política Criminal y Libertad* (pp. 169-214). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <https://books.openedition.org/uec/1052>
- Marion, N. (2002). Effectiveness of Community based Correctional Programs: A Case Study. *The Prison Journal*, 82(4), 478-497. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-20444412549&doi=10.1177%2f0032885502238682&partnerID=40&md5=>
- Matthews, R. (2011). A realist proposal for prison reform in Latin America. *Política Criminal*, 6(12), 296-338. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84858630926&doi=10.4067%2fs0718-33992011000200003&partnerID=40&md5=>
- Maxfield, M. & Baumer, T. (1992). Pretrial Home Detention with Electronic Monitoring: A Nonexperimental Salvage. *Evaluation Review*, 16(3), 315-332. Recuperado de <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84973821489&doi=10.1177%2f0193841X9201600306&partnerID=40&md5=>
- Meško, G., Fields, C. & Smole, T. (2011). A concise overview of penology and penal practice in Slovenia: The unchanged capacity, new standards, and prison overcrowding. *Prison Journal*, 91(4), 398-424. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-82555205379&doi=10.1177%2f0032885511424389&partnerID=40&md5=>
- Nishi, A. (2019). Privatizing sentencing: A delegation framework for recidivism risk assessment. *Columbia Law Review*, 119(6), 1671-1710. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85075205791&partnerID=40&md5=1d385c436cf3fbcea4893c324d3f7bcd>
- Nunes, R. (2015). The politics of sentencing reform in Brazil: Autonomous bureaucrats, constrained politicians and gradual policy change. *Journal of Latin American Studies*, 47(1), 121-148. Recuperado de <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84921439077&doi=10.1017%2fS0022216X14001060&partnerID=40&md5=>
- Paoline, E. & Lambert, E. (2012). The Issue of Control in Jail: The Effects of Professionalism, Detainee Control, and Administrative Support on Job Stress, Job Satisfaction, and Organizational Commitment among Jail Staff. *American Journal of Criminal Justice*, 37(2), 179-199. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84860519344&doi=10.1007%2fs12103-011-9128-0&partnerID=40&md5=>

- Pitts, J., Griffin, O. & Johnson, W. (2014). Contemporary prison overcrowding: short-term fixes to a perpetual problem. *Contemporary Justice Review: Issues in Criminal, Social, and Restorative Justice*, 17(1), 124-139. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84897027913&doi=10.1080%2f10282580.2014.883844&partnerID=40&md5=>
- Plesničar, M. (2012). The Slovenian system of conditional release in light of recent trends in the field. *Revija za Kriminalistiko in Kriminologijo*, 63(2), 136-148. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84894670420&partnerID=40&md5=ea2792d1bbbe8faa3bf46e10780afcb6>
- Preti, A. & Cascio, M. (2006). Prison suicides and self-harming behaviours in Italy, 1990-2002. *Medicine, Science and the Law*, 46(2), 127-133. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-33646449097&doi=10.1258%2frsmmsl.46.2.127&partnerID=40&md5=8cc1e099531c09c713f99955bfaa7146>
- Price, B. & Riccucci, N. (2005). Exploring the determinants of decisions to privatize state prisons. *American Review of Public Administration*, 35(3), 223-235. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-24944484357&doi=10.1177%2f0275074005277174&partnerID=40&md5=>
- Rabe, K. (2012). Prison structure, inmate mortality and suicide risk in Europe. *International Journal of Law and Psychiatry*, 35(3), 222-230. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84859833133&doi=10.1016%2fijlp.2012.02.012&partnerID=40&md5=5ed55d3d580f6c0c48a2c10f27c7b31c>
- Rangel, H. (2019). Cooperation and education in prison: A policy against the tide in the Latin American penitentiary crisis. *International Review of Education*, 65(5), 785-809. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85055993454&doi=10.1007%2fs11159-018-9747-5&partnerID=40&md5=>
- Ricciardelli, R., Power, N. & Medeiros, D. (2018). Correctional Officers in Canada: Interpreting Workplace. *Violence Criminal Justice Review*, 43(4), 458-476. Recuperado de <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85042233794&doi=10.1177%2f0734016817752433&partnerID=40&md5=>
- Sander, G. & Lines, R. (2016). HIV, hepatitis C, TB, harm reduction, and persons deprived of liberty: What standards does international human rights law establish?. *Health and Human Rights*, 18(2), 171-182. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85003955291&partnerID=40&md5=589ee977534e3fabf095aac312a95388>
- Santorso, S. (2015). The perception of imprisonment between deprivation and solidarity. An analysis of the socio-economic conditions of prisoners. *Deviance et Societe*, 39(2), 171-188. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84975110502&partnerID=40&md5=9d4c68fadcd478d0b85c5ef53ab3db10>

- Saxena, A. (2020). The candle burns: human rights violations of under trial prisoners in India with particular emphasis on Madhya Pradesh. *International Journal of Human Rights*, 24(5), 615-631. Retrieved from [https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85075733737&doi=10.1080%2f13642987.2019.1663341&partnerID=40&md5](https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85075733737&doi=10.1080%2f13642987.2019.1663341&partnerID=40&md5=)
- Schabbach, L. (2020). A militarizacao dos presídios brasileiros. *Tempo Social*, 32(1), 227-245. Retrieved from [https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85086833623&doi=10.11606%2f0103-2070.TS.2020.156940&partnerID=40&md5](https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85086833623&doi=10.11606%2f0103-2070.TS.2020.156940&partnerID=40&md5=)
- Schartmueller, D. (2015). Settling Down Behind Bars: The Extensive Use of Life Sentences in Alabama. *The Prison Journal*, 95(4), 449-471. Retrieved from [https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84945403992&doi=10.1177%2f0032885515596521&partnerID=40&md5](https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84945403992&doi=10.1177%2f0032885515596521&partnerID=40&md5=)
- Simon, J. (2017). *Beyond tough on crime: Towards a better politics of prosecution Prosecutors and Democracy: A Cross-National Study*. Retrieved from [https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85048667522&doi=10.1017%2f9781316941461.010&partnerID=40&md5](https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85048667522&doi=10.1017%2f9781316941461.010&partnerID=40&md5=)
- Simon, J. (2018). Penal monitoring in the United States: lessons from the American experience and prospects for change. *Crime, Law and Social Change*, 70(1), 161-173. Retrieved from [https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85046483437&doi=10.1007%2fs10611-017-9724-0&partnerID=40&md5](https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85046483437&doi=10.1007%2fs10611-017-9724-0&partnerID=40&md5=)
- Skinns, D. (2016). *Coalition government penal policy 2010-2015: Austerity, outsourcing and punishment*. Retrieved from [https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85017620467&doi=10.1057%2f978-1-137-45734-9&partnerID=40&md5](https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85017620467&doi=10.1057%2f978-1-137-45734-9&partnerID=40&md5=)
- Snyder, C., Van Wormer, K., Chadha, J. & Jagers, J.W. (2009). Older adult inmates: The challenge for social work. *Social Work*, 54(2), 117-124. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-65549154248&doi=10.1093%2fsow%2f54.2.117&partnerID=40&md5=e5e357b78de26f4fe6e65909893ca6a9>
- Spencer, L. (2012). A state of emergency in Alabama: Prison overcrowding. *SAGE Open*, 2 (3), 1-5. Retrieved from [https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84883232272&doi=10.1177%2f2158244012460695&partnerID=40&md5](https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84883232272&doi=10.1177%2f2158244012460695&partnerID=40&md5=)
- Stewart, W. (2018). What Does the Implementation of Peer Care Training in a U.K. Prison Reveal About Prisoner Engagement in Peer Caregiving?. *Journal of Forensic Nursing*, 14(1), 18-26. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85042852272&doi=10.1097%2fJFN.0000000000000183&partnerID=40&md5=DOI: 10.1097/JFN.0000000000000183>
- Sundt, J., Salisbury, E. & Harmon, M.G. (2016). Is Downsizing Prisons Dangerous?: The Effect of California's Realignment Act on Public Safety Sundt, Salisbury,

- and Harmon Downsizing Prisons. *Criminology and Public Policy*, 15(2), 315-341. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84960153735&doi=10.1111%2f1745-9133.12199&partnerID=40&md5=6a9ee3c6421431b5b87d4a9bfd971ebe>
- Tham, H. (2014). Lessons from criminal policy developments in Sweden, Scandinavia and Western Europe. En Gutiérrez, M. et al. (eds.), *Política Criminal y Libertad* (pp. 91-120). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <https://books.openedition.org/uec/1038>
- Timor, U. (2006). Privatization of prisons in Israel: Gains and risks Israel. *Law Review*, 39(1), 81-104. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84917264516&doi=10.1017%2fs0021223700012929&partnerID=40&md5=>
- Tulkens, F. (2014). Prisons in Europe: Recent developments in the jurisprudence of the European Court of Human Rights européenne des droits de l'homme. *Deviance et Societe*, 38(4), 425-448. Recuperado de <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84937028600&partnerID=40&md5=b8350f921e7a599a18e94e8d99aa541e>
- Ungar, M. & Magaloni, A. (2009). Latin America's prisons: A crisis of criminal policy and democratic rule. *Criminality, Public Security, and the Challenge to Democracy in Latin America*, 223-248. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84858642429&partnerID=40&md5=a1f0a069a807056cce19d1c250d9ab0a>
- van Ginneken, E., Sutherland, A. & Molleman, T. (2017). An ecological analysis of prison overcrowding and suicide rates in England and Wales, 2000-2014. *International Journal of Law and Psychiatry*, 50, 76-82. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84967166366&doi=10.1016%2fijlp.2016.05.005&partnerID=40&md5=5059a0eb38074f163b6d2105d23315d0>
- Zanis, D., Mulvaney, F., Coviello, D., Alterman, A.I., Savitz, B. & Thompson, W. (2003). The effectiveness of early parole to substance abuse treatment facilities on 24-month criminal recidivism. *Journal of Drug Issues*, 33(1), 223-235. Retrieved from <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-0037412804&doi=10.1177%2f002204260303300109&partnerID=40&md5=>
- Zevallos, J. (2016). Overcrowding in the Peruvian prison system International. *Review of the Red Cross*, 98(903), 851-858. Recuperado de <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85044455342&doi=10.1017%2fS1816383117000649&partnerID=40&md5=>



*Serie Desde la raíz. Fotografía Digital. Silvia Alejandra Cifuentes Manrique*

**Estudios  
de Derecho**

Fundada en 1912



1803

**UNIVERSIDAD  
DE ANTIOQUIA**

# La detención domiciliaria para las madres reclusas en Colombia en garantía del principio de interés superior del niño\*

*Ethel Maydú García Patiño\*\**

*Delia Alejandra Pérez López\*\*\**

## Resumen

La crisis carcelaria en Colombia vulnera derechos fundamentales de la población reclusa, transgrediendo con ello la dignidad humana. Aunque a través de la declaratoria de Estado de Cosas Inconstitucional se ha emitido una serie de órdenes y recomendaciones, como la creación de una política pública criminal coherente y articulada que brinde garantías mínimas, se observa, sin embargo, la tendencia de expedir leyes que agravan las penas, privilegiando la prisión carcelaria e incrementando el hacinamiento, sin consideración hacia las mujeres, lo que conlleva al quebrantamiento del núcleo familiar y afecta específicamente a sus hijos menores, a quienes se les restringe el derecho a permanecer bajo su cuidado en la etapa más importante de su desarrollo, tal como dispone la Ley 1709 de 2014. Por ello, a partir del análisis de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, la doctrina jurídico-científica y la jurisprudencia, se propone la extensión de la detención domiciliaria especial concedida por ocho meses, contenida en el artículo 314 del C.P.P., en concordancia con el artículo 461 del mismo, hasta que el menor cumpla tres años de edad en garantía del interés superior del niño, y así, favorecer también, la humanización de la pena y la resocialización.

**Palabras clave:** Interés superior del niño; prisión; maternidad; sustitución de la pena; sustitución de la medida de aseguramiento.

## House arrest for mothers who are prisoners in Colombia to guarantee the principle of superior interest of the child

## Abstract

The prison crisis in Colombia violates the fundamental rights of the prison population; thereby it violates human dignity. Although through the declaration of the unconstitutional state of things recommendations such as creating coherent and articulated criminal and public policy providing minimum guarantees have been issued, the tendency to issue laws that aggravate penalties, favor jail prison and increase overcrowding without consideration for women is observed. All of which leads to the breakdown of their family nucleus and especially affects their minor children, whose right to remain in their care, as provided by Law 1709 of 2014, is restricted at the most important stage of their development. For this reason, based on the analysis of international instruments for the protection of human rights, the legal-scientific doctrine, and jurisprudence, an extension of the special house arrest privilege granted for eight months, contained in article 314 of the C.P.P., in accordance with article 461 of the C.P.P. is proposed to be changed up to three years of age of the minor, as a guarantee to the Best Interest of the Child, and thus also to favor the humanization of the sentence and resocialization.

**Keywords:** best interest of the child; imprisonment; maternity; replacement of the sentence; replacement of the insurance measure.

## A prisão domiciliar para as mães detentas na Colômbia em Garantia do Princípio de Interesse Superior da Criança

## Resumo

A crise carcerária na Colômbia vulnera os direitos fundamentais da população carcerária, transgredindo assim a dignidade humana. Ainda que através da Declaração de Estado de Coisas Inconstitucional foram emitidas uma série de ordens e recomendações, como a criação de uma política pública criminal coerente e articulada que ofereça garantias mínimas, se observa porém, a tendência de promulgar leis que agravam as penas, privilegiando a carceragem e aumentando a superlotação, sem consideração com as mulheres, o que representa a quebra do núcleo familiar e afetando especificamente os filhos menores, aos quais se restringe o direito a permanecer sob seus cuidados na etapa mais importante de seu desenvolvimento, de acordo com o que se dispõe na Lei 1709 de 2014. Por este motivo, a partir da análise dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, a doutrina jurídico-científica e a jurisprudência, se propõe a extensão da prisão domiciliar especial concedida por oito meses, contida no Artigo 314 do C.P.P., em concordância com o Artigo 461 do mesmo, até que o menor cumpra três anos de idade em garantia do interesse superior da criança e assim, favorecer também, a humanização da pena e a ressocialização.

**Palavras-chave:** Interesse Superior da Criança; prisão; maternidade; substituição da pena; substituição da medida de garantia.

- 
- 1 Artículo de reflexión. La sustitución de la medida de detención y de la prisión carcelaria para las madres reclusas en Colombia como garantía al principio de interés superior del niño en un Estado de Cosas Inconstitucional.
  - 2 Abogada, Mag. en Derecho, Esp. en Derechos Humanos. Egresada Universidad Mariana, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Colombia. Correo electrónico: maydugarcia@hotmail.com. ORCID: 0000-0001-7708-2356
  - 3 Abogada, Mag. en Derecho, Estudiante Esp. en Contratación Estatal. Egresada Universidad Mariana, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Colombia. Correo electrónico: alejaperezlopez@gmail.com. ORCID: 0000-0002-3608-802X

Cómo citar este artículo: García Patiño, E. M. y Pérez López, D. A. (2021). La detención domiciliaria para las madres reclusas en Colombia en garantía del principio de interés superior del niño, *Estudios de Derecho*, 78 (171), 139-170  
DOI: 10.17533/udea.esde.v78n171a06

Fecha de recepción: 21/07/2020 Fecha de aceptación: 23/10/2020



## **La detención domiciliaria para las madres reclusas en Colombia en garantía del principio de interés superior del niño**

### **Introducción**

La crisis en el sistema carcelario y penitenciario colombiano aumenta constantemente el hacinamiento, empeora las condiciones de vida de los reclusos, atenta contra la dignidad humana, vulnera derechos fundamentales y evita el cumplimiento del fin primordial de la pena; esta situación fue reconocida en tres oportunidades por la Corte Constitucional (1998, 2013, 2015), quien declaró el estado de cosas inconstitucional (ECI), el cual caracterizó a la política criminal como incoherente y desarticulada, ya que impide la resocialización y le resta enfoque preventivo, razón por la que ordenó al Estado colombiano plantear una política pública tendiente a cesar o disminuir su efecto.

Con la expedición de la Ley 1709 de 2014, que modifica parcialmente el Código Penitenciario y Carcelario (CPC) (Ley 65 de 1993), se intentó resolver el problema de sobre población carcelaria, mediante una colaboración armónica entre las instituciones encargadas para este fin; sin embargo, se observa que la tendencia de la política pública criminal se enfoca hacia la expedición de leyes que agravan las penas y privilegian la prisión carcelaria, realidad que incrementa el hacinamiento, siendo esto, inversamente proporcional al mejoramiento de las condiciones de vida intramural, por lo tanto, se aumentan los efectos negativos sin solucionar el problema de raíz, el estado de cosas inconstitucional.

En el caso de la población femenina, es drástico el efecto ocasionado y se constata la tendencia al aumento en la cifra de mujeres detenidas, tomando como referencia la variación entre los años 1991 a 2018, es decir, pasó de 1.500 a 7.948, quienes en su mayoría son cabezas de familia y están involucradas, principalmente, en delitos de microtráfico (Sánchez-Mejía, Rodríguez Cely, Fondevila y Morad Acero, 2018) y se encuentran, frente a una política pública con un deficiente enfoque de género que contemple las particularidades y necesidades especiales requeridas, pues las decisiones administrativas se toman para la mayoría, es decir, para la población masculina; su situación se agudiza por ser insustituibles en sus hogares, lo cual implica el quebrantamiento del núcleo familiar (Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2013 y Sentencia T-267 de 2018).

Como resultado de la detención preventiva o pena de prisión carcelaria de las madres con hijos menores, su separación genera en los niños efectos negativos, que afectan su desarrollo armónico e integral, según las teorías y estudios del psicólogo Bowlby (1973) y del psicólogo y pediatra Winnicott (1963, 1993). Por ello, y en atención al principio de interés superior del niño, que reconoce la prevalencia de sus derechos fundamentales, el artículo 153 del CPC, Ley 65 de 1993<sup>1</sup>, estableció que las madres con menores de tres años pueden permanecer con sus hijos dentro del establecimiento de reclusión.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-15 de 2002, ha afirmado que la regla general es que los hijos deben estar bajo la custodia de sus padres siempre y cuando las condiciones sean adecuadas y el sistema de protección sea efectivo. Sin embargo, encontramos que solamente diez establecimientos de reclusión (ER) en todo el país se encuentran habilitados para prestar el servicio de educación inicial para que los menores de tres años puedan convivir con sus madres (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario &#091;INPEC&#093;, 2020). De igual manera, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-267 de 2018, ha manifestado que a partir de las declaratorias de ECI, se evidencia que las fallas estructurales de las cárceles en Colombia son generales e irradian a todo el sistema penitenciario, por lo que ha reiterado que las mujeres y niños, por tratarse de población de especial protección constitucional, requieren la aplicación de un enfoque diferencial con perspectiva de género como un aspecto de especial relevancia y priorización.

Es así como, a partir de un análisis interpretativo y ponderado de derechos, propio de un Estado social de derecho, se analizará si estos ER reúnen las obligatorias y dignas condiciones mínimas para satisfacer las necesidades de un menor de edad que le permitan la convivencia con su madre. Asimismo, se considera que no necesariamente los fines de las medidas de aseguramiento y de la pena, se puedan únicamente cumplir en un establecimiento de reclusión, sino también en el domicilio, al lado de su familia; más aún, si hay niños en etapa de primera infancia, quienes reciben la influencia y estímulos del entorno donde crecen, vitales para su desarrollo integral como sujetos sociales, y por ende, permitir la rehabilitación de la madre, convirtiéndose, además, en alternativa de solución ante la crisis carcelaria, por lo que se hace necesario reformular la política criminal y penitenciaria, y adoptar estrategias tendientes al logro de los objetivos del Estado.

Para ello, se desarrolla la temática a través de una metodología descriptiva con enfoque cualitativo, que aborda inicialmente, el análisis de los instrumentos internacionales de protección de DDHH, relacionados con los derechos fundamentales de los niños y el principio del interés superior; así como también el estudio de la doctrina científica sobre la importancia de la etapa de primera infancia de

---

1 Modificado por el artículo 88 de la Ley 1709 de 2014.

los niños junto a su madre, la política criminal, y, por último, la situación actual de los centros de reclusión con base en las decisiones del ECI en materia carcelaria y algunos informes de investigación presentados.

Finalmente, apoyados en la doctrina jurídica y dogmática penal, se realizan consideraciones acerca de dos temas esenciales en la comprensión integral de la situación planteada: de una parte, el sistema penal actual que tiene en cuenta las previsiones sobre alternativas de sustitución de las medidas o prisión intramural de acuerdo al Código de Procedimiento Penal (CPP) (Ley 906 de 2004), y, por otra parte, el rol de la administración de justicia en relación con la privación de libertad de las madres gestantes, lactantes y con hijos menores de edad, que exige una interpretación favorable basados no solo en el derecho interno sino el internacional y en las reglas y principios constitucionales, permitiendo favorecer la concesión de la detención y/o prisión domiciliarias, como también, para adoptar mecanismos prácticos y eficientes como la acción de tutela o acción de cumplimiento, tendientes a beneficiar a los hijos menores de tres años de edad de las reclusas, conforme al principio del interés superior del niño y el deber de garantizar sus derechos fundamentales dentro de las mejores condiciones para salvaguardar su dignidad.

Así, se da la presentación y justificación de una propuesta relacionada con la privación de la libertad de las madres más adecuada y humana, que no solo disminuye la vulnerabilidad de los menores de tres años de edad a su cargo, sino que procure un ambiente acorde y digno a las necesidades de crecimiento y desarrollo del menor de edad, propuesta que consiste en extender la domiciliaria del numeral 3 del artículo 314 del CPP (Ley 906 de 2004), en concordancia con el artículo 461 del mismo estatuto, concedida, inicialmente, por ocho meses, hasta la edad de tres años, para que estos gocen del derecho a su asistencia, a tener una familia y no ser separados de ella, obtengan un adecuado desarrollo integral en un ambiente propicio y se minimice el efecto directo de la sanción penal impuesta a la madre. De otro lado, se integra un enfoque de género y se aporta a la humanización de la pena para cumplir con su fin resocializador, y así, dignificar la vida de ambos e incidir en la disminución del hacinamiento.

### **Derechos de los menores de edad desde el enfoque de derechos humanos**

Según lo afirmó Bobbio (1993) en su obra *Igualdad y libertad*, “los derechos del hombre nacen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos positivos particulares para hallar luego su plena realización como derechos positivos universales” (p. 75). De conformidad con ello, hablar de derechos humanos (DDHH), es referirse a aquella garantía jurídica universal que le ha sido otorgada a toda la humanidad, en razón de la correlación directa que guardan los derechos y el ser humano. Sin embargo, las necesidades de la sociedad han hecho incidir en algunos grupos vulnerables que requieren que sus derechos sean especialmente

protegidos mediante la Constitución, las Leyes y los mecanismos internacionales, por ejemplo, los derechos de los niños,

## Instrumentos internacionales de protección de los derechos de los niños

Históricamente, surgió La Declaración de los Derechos del Niño o Declaración de Ginebra (Asamblea de la Sociedad de Naciones Unidas, 1924), que reconoció y confirmó la existencia de los derechos de los niños y asignó algunas responsabilidades a los adultos, respecto a esos derechos.

Posteriormente, la Declaración Universal de Derechos Humanos (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1948), estableció que: "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales" (p. 7) y describe la familia como "la unidad grupal natural y fundamental de la sociedad" (p. 5).

También, la Declaración de los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1959), incorporó diez principios, dentro de los cuales aparece el "interés superior del niño". Su importancia, básicamente, radica en que los niños requieren protección y cuidado especial. "Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales<sup>2</sup>, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre" (p. 6), por consiguiente, al promulgar leyes para la protección especial del niño y su desarrollo integral en condiciones de libertad y dignidad, se debe considerar fundamentalmente el interés superior del niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1959).

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 19 de la Convención americana sobre Derechos Humanos, el cual dice que: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado" (Organización de los Estados Americanos &#091;OEA&#093;, 1969, p. 8); y el artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que dispone lo siguiente: "se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición" (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966a, p. 4).

---

2 Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-246 de 2016, expresó que: "Se proferirá una medida para separar al menor de su familia cuando esté en riesgo la vida, integridad o la salud del menor; cuando existan antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico ocasionado por el núcleo familiar y cuando se demuestre alguna de las causales consagradas en el artículo 44 constitucional, como que el niño haya sido víctima de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, explotación laboral o económica, abuso sexual y trabajos riesgosos".

Otro instrumento es el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>3</sup>; la familia aquí es reconocida como un elemento natural y esencial de la sociedad (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966b). Este tratado multilateral reconoce derechos civiles y políticos y provee mecanismos que permiten acceder a su protección y garantía

Años más tarde, se expide la Convención sobre los Derechos del niño<sup>4</sup> (ONU, 1989). Este es reconocido como el primer documento de tipo internacional que establece el marco fundamental obligatorio en el cual los gobiernos se deben basar para la creación y aplicación de políticas aplicadas a niños, niñas y adolescentes, considerándolos como sujetos de especial protección.

Por último, y no menos importante, se encuentran las reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, más conocidas como las Reglas de Bangkok (ONU, 2010), las cuales tratan sobre las medidas que los Estados deben implementar para la atención de las necesidades de las mujeres privadas de la libertad, así mismo, estas también propenden por la protección de los niños y niñas que tienen a sus padres y/o madres encarcelados, tal es el caso de la Regla 49, según la cual “toda decisión de permitir que los niños permanezcan con sus madres en la cárcel se basará en el interés superior del niño” (p. 16); la Regla 52, numeral 1, que expresa que “las decisiones respecto del momento en que se debe separar a un hijo de su madre se adoptarán en función del caso y teniendo presente el interés superior del niño” (p. 17); la Regla 64, que establece como preferencia la imposición de medidas no privativas de la libertad a las mujeres en estado de embarazo y las que tengan niños a su cargo, y la Regla 65 que manifiesta que “se evitará en la medida de lo posible recluir en instituciones a los niños en conflicto con la ley” (p. 19).

En ese sentido, es claro que la responsabilidad de protegerlos recae en el Estado mediante la Constitución Política, las leyes y los mecanismos internacionales; estos últimos vistos como instrumentos para hacer valer los DDHH cuando el Estado no ha cumplido con su función de protegerlos.

## Bloque de constitucionalidad

La noción de Bloque de Constitucionalidad<sup>5</sup> implica asumir que existen una serie de normas que hacen parte de la Constitución por mandato

3 Aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

4 Aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

5 Ese conjunto de normas que gozan de jerarquía constitucional hacen parte de lo que llamamos “bloque de constitucionalidad”, figura instituida jurisprudencialmente en donde adquieren valor superior los mecanismos supraestatales sobre derechos humanos.

mismo del texto constitucional sin que necesariamente se hallen explicitadas en el mismo. Esas normas son esencialmente estándares internacionales de derechos humanos, debido al tratamiento especial y privilegiado que el constitucionalismo contemporáneo confiere a los tratados de derechos humanos. (Uprimny, 2008, p. 58)

En ese estado de cosas resulta vital reflexionar que, con relación a los derechos de los niños, además de atender las disposiciones constitucionales y legales, en virtud del inciso número uno del artículo 44 de la Constitución Política, ellos “gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 10).

### Principio de interés superior del niño

De acuerdo con el desarrollo teórico de Ferrajoli (2001), se puede entender al principio de interés superior del niño, como una responsabilidad de la autoridad pública dirigida a asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales. Su aplicación implica que las decisiones de las autoridades públicas supongan el deber de adoptar las medidas que más se ajusten a la garantía del bienestar de los niños y que permitan evitar la vulneración de sus derechos fundamentales, brindándoles un trato preferente.

La noción del principio del interés superior del niño, tiene como referente el numeral primero del artículo tercero de la Convención Universal de los Derechos del Niño (1989), que señala: “Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna” (p. 3). En virtud de ello, corresponde al Estado colombiano por mandato constitucional, expresado en el artículo 13, atenderlos y otorgar el amparo a aquellos grupos poblacionales cuya debilidad sea manifiesta, además de resaltar entre estos grupos la exclusiva protección de los niños y niñas, que debe ser prevalente sobre los demás grupos sociales.

El artículo 44 constitucional enumera una serie de derechos y libertades de los niños, niñas y adolescentes, según este artículo, los derechos de los niños “prevalecen sobre los derechos de los demás” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 10). A su vez, el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño (2006), en Colombia es incorporado en el artículo 8 de la Ley 1098 de 2006, que expresa: “Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus DDHH, que son universales, prevalentes e interdependientes” (p. 2). De ahí, que en el artículo 9 de la citada ley se estableció que, en el evento de encon-

trarse dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se dará aplicación a la norma más favorable donde predomine el interés superior del niño.

En efecto, los menores de edad, al tratarse de población sujeta de especial protección, tienen la necesidad de la garantía efectiva de sus derechos derivados de la dignidad humana, y gozan de su salvaguarda tanto en el orden público internacional como en nuestro Estado social de derecho, ya que contienen una doble categorización: primero, se trata de normas fundamentales, las que han sido examinadas reiteradamente por la jurisprudencia constitucional otorgándole unas consecuencias propias en materia de protección y goce efectivo de derechos<sup>6</sup>, y segundo, poseen la condición de prevalencia, en caso de que algún derecho de un menor se encuentre en contraposición con otro. Es por ello que se ha pronunciado la Corte Constitucional, mencionando que:

Ningún derecho es absoluto dentro de un Estado social de derecho siendo posible que en ciertos casos este derecho tenga que ser limitado. Sin embargo, el carácter prevalente de los derechos de los niños exige que para que ello ocurra se cuente con argumentos poderosos<sup>7</sup>.  
(Corte Constitucional, Sentencia C-157 de 2002, p. 14)

Así, el interés superior del niño, consagrado en instrumentos internacionales y en el ordenamiento interno, se reafirma como fundamento para cualquier decisión del Estado, con el fin de brindar garantía a su desarrollo armónico e integral.

### Preeminencia del núcleo familiar

Nuestra Constitución Política, en su artículo 42, reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, por ello garantiza su preeminencia como un factor de equilibrio en el desarrollo de sí misma -consideración también contenida en la Convención sobre los derechos del niño (ONU, 1989), en su preámbulo-, convirtiéndola en el medio natural para el crecimiento y bienestar de quienes la integran, particularmente, el de los niños, en consecuencia, deben recibir la

6 Con relación a la fundamentalidad de los derechos de las niñas y los niños ver, entre otras, las Sentencias T-402/92 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), SU-043/95 (M.P. Fabio Morón Díaz), T-557/11 (María Victoria Calle Correa), T-512/16 (Luis Ernesto Vargas Silva), C-262/16 (Jorge Iván Palacio Palacio), y T-468/18 (M.P. Diana Fajardo Rivera).

7 En este caso se decidió que no desconocen los derechos del menor, una norma legal al permitir su permanencia en un centro de reclusión, hasta los tres años, junto a su madre privada de la libertad, siempre que condiciones de vida adecuadas y sistemas de protección efectivos garanticen la prevalencia de los derechos de los niños y protejan el interés superior del menor, el cual puede consistir en algunos casos en que el menor sea separado de la madre por decisión del juez competente. Aclaración especial de voto de los Magistrados Jaime Córdoba Triviño, Eduardo Montealegre Lynett y Manuel José Cepeda Espinosa.

protección y asistencia necesaria para asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la sociedad.

De igual manera, la Corte Constitucional, en Sentencia T-408 de 1995, ha manifestado que los padres con sus hijos, mantienen un vínculo permanente y la obligación de conservarlo es recíproca, ello con el fin de conseguir una estructura familiar. “El derecho de no ser separado de su familia, le permite al menor ser criado, educado, formado y cuidado por quienes se presume quieren lo mejor para él” (Delgado, González, Restrepo, Guerrero y Corredor, 2010, p. 57). Así entonces, la protección y cuidado de los menores de edad, es una función que se realiza solidariamente entre la familia, la sociedad y el Estado con el fin de garantizar su desarrollo en las condiciones más favorables, y guardar coherencia con las previsiones realizadas por la normativa internacional. Precepto que se entiende claramente en el artículo 23 del Código de Infancia y Adolescencia: “Custodia y cuidado personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral...” (Ley 1098 de 2006).

En consecuencia, cuando de normas de derecho interno se trata, estas se deben interpretar de manera armónica con los deberes y obligaciones internacionales asumidos por el Estado; en efecto, ante dos interpretaciones derivadas de una sola disposición constitucional que se refiera a los derechos de una persona, se está en el deber de escoger aquella norma que concuerde con los tratados de DDHH ratificados por Colombia, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política. A su vez, cuando las normas internas, constitucionales y legales, sean más favorables y ofrezcan mayor protección a los DDHH, estos deben prevalecer sobre el texto de los tratados y convenios internacionales, y preferir la interpretación menos restrictiva del derecho protegido en atención al principio *pro homine* (Corte Constitucional, Sentencia C-187 de 2006).

Lo anterior, desde luego, resulta ser de utilidad, pues si la interpretación se realiza, observando los principios y aplicando la doctrina elaborada por las instancias internacionales en materia de Derechos Humanos, el legislador debe, en atención al principio de interés superior del niño, privilegiar y dar un trato favorable a aquellos niños que deban padecer las consecuencias del encarcelamiento de sus madres, lo que origina la vulneración de sus derechos fundamentales a no ser separado de su madre y tener una familia.

### **Algunos aspectos relevantes de la formación integral de los niños en sus primeros años de vida**

Bowlby (1973), autor de la teoría del apego, afirma que el vínculo producido entre una madre y su hijo constituye una matriz insustituible que asegura un encuentro

positivo con las nuevas experiencias que irán aconteciendo en los primeros años de vida del bebé, explica los efectos que conlleva la separación del menor del lado de su madre en razón de una sanción penal intramural, plantea que la ruptura de la solidez del vínculo madre-hijo tiene serias consecuencias psicológicas para el infante:

La experiencia relativa a un niño de corta edad que es separado de su madre nos proporciona un dramático ejemplo de este central problema de la psicopatología: la generación de un conflicto tan grande que fallan los medios normales para su regulación. (Bowlby, 1986, p. 25).

Las teorías más tradicionales sostienen que un niño entabla una relación estrecha con su madre porque esta lo alimenta. Sin embargo, es importante resaltar que la importancia del apego no es por mera satisfacción de necesidades nutricionales, sino que también incluyen toda aquella gama de aprendizajes socioemocionales pues:

El ser humano no nace con la capacidad de regular sus reacciones emocionales, sino que necesita de un sistema regulador diádico, en el que las señales del niño sobre sus estados sean entendidas y respondidas por sus figuras significativas, lo que le permitirá alcanzar así la regulación de esos estados. (Bowlby, 1988). (Citado por Sarmiento, Puhl, Oteyza, Bermudez & Siderakis, 2009, p. 54)

Así mismo, sus experiencias pasadas son incorporadas en sus modelos representacionales, a los cuales denominó “modelos de funcionamiento interno”.

Estudio reforzado por el trabajo clínico y teórico del pediatra y psicoanalista Winnicott (1993), quien afirma que la primera relación del infante con su madre no solo está orientada a la satisfacción de las necesidades biológicas y alimenticias de este, sino que también configura un acceso al mundo a través de una relación incondicional de protección, cariño y afecto (Manríquez Hizaut, 2016).

Por su parte, para Winnicott, el infante y su madre, y los cuidados maternos, conforman una unidad indisoluble, la cual se denomina usualmente como el vínculo madre-hijo. Una de las frases más elocuentes de Winnicott respecto a cómo entiende esta unidad, es la siguiente: “no hay nada que no sea un infante en el sentido de que, por supuesto, siempre que encontramos un infante encontramos también el cuidado materno, y sin cuidado materno no habría infante” (Winnicott, 1993, p. 50). En esta relación primaria que es indisoluble, el infante y el cuidado materno se pertenecen recíprocamente, ya que la madre al servicio del niño, le da poder y estabilidad debido a su estado absoluto de dependencia.

Uno de los aspectos más traumáticos para los niños y niñas que tienen a alguno de sus padres privados de la libertad es la ausencia afectiva de uno de sus

progenitores, más aún si es el caso de su madre, temen por la pérdida de esta como la figura más querida de la familia, Becerra Pineda (2004) afirma que:

(...) el vacío afectivo que desde la infancia es el resultado del desapego familiar por ausencia de la figura paterna y en otros casos también por ausencia de la figura materna, situación que no es ajena a muchas de las personas recluidas, a quienes en ausencia de la figura paterna como modelo para introyectar normas, límites y autoridad han sido más vulnerables a romper las normas, realizar acciones al margen de las mismas y no aceptar los límites y reglamentos del grupo social al cual pertenece. (p.45)

Lo anterior, debió servir de fundamento observado por el legislador al momento de expedir la política criminal y penitenciaria del Estado en donde se relacionen niños, niñas y adolescentes.

## Situación actual de las cárceles en Colombia

La Corte Constitucional (1998, 2013, 2015) habló del estado de cosas inconstitucional (ECI) en materia carcelaria, el cual reconoce la constante crisis del sistema penitenciario y carcelario colombiano, que a pesar de tener el fin primordial de la resocialización, establecido en el artículo 4 del Código Penal (CP) (Ley 599 de 2000), se ha convertido en un sistema castigador que genera daño y limita los derechos de las personas, dejando al descubierto la inexistencia de una política criminal idónea que cumpla con los fines de la pena, al tiempo que genera hacinamiento y violación generalizada de DDHH, contrario a la dignidad humana.

El ECI fue declarado a partir de la Sentencia T-153 de 1998, en la que inicialmente se determinó la situación en la que se encontraban los reclusos y que desconocía tanto la dignidad humana y los fines resocializadores de la pena a causa del hacinamiento, como las condiciones de infraestructura carcelaria, en esta providencia la Corte señaló:

Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. (Sentencia T-153 de 1998)

Posteriormente, mediante Sentencia T-388 de 2013, la Corte nuevamente declaró el ECI, debido a la ausencia de una política criminal y penitenciaria oportuna, adecuada y respetuosa de los DDHH.

De esta manera, la política criminal como respuesta estatal al fenómeno de la criminalidad, no ha priorizado la salida a la crisis penitenciaria, sino que, por el contrario, ha promovido el aumento de penas, la creación de más delitos y la reducción de acceso a los beneficios de carácter penitenciario. Sobre este particular, la Corte Constitucional (2013), en la Sentencia T-388 de 2013, reconoce la crisis de la política criminal en Colombia, y afirma es:

[1] reactiva, [2] tendiente al endurecimiento punitivo (populismo punitivo); debido a que, si bien el Congreso cumple su papel de legislar, lo hace bajo este precepto que parte de las exigencias que la sociedad hace al Estado para fortalecer su sistema represor, lo que permite que la crisis penitenciaria y carcelaria empeore, [3] poco reflexiva frente a las especificidades del contexto nacional, [4] subordinada a la política de seguridad y, [5] aunque hay esfuerzos recientes de darle mayor estabilidad y consistencia a la política criminal, [6] sigue siendo volátil, débil e incoherente, en gran medida, debido a la debilidad institucional de la cual depende. (p. 125)

Así mismo, la Corte, en la Sentencia T-762 de 2015, reiteró el ECI y manifestó el aumento de tipos penales que ha conllevado al incremento de las penas, por lo que se ha acrecentado el número de personas recluidas en los establecimientos carcelarios; además, estableció los fundamentos mínimos que debe acatar la política criminal del Estado, para que guarde coherencia con la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad en respeto a los DDHH, entre los que se encuentran: i) la fundamentación empírica que debe guiar cualquier intervención legislativa, administrativa o judicial en materia penal; ii) la coherencia entre las fases de la política criminal y las distintas medidas que se tomen; iii) el uso del derecho penal como última medida del Estado para hacer frente a los conflictos entre las personas; iv) la racionalidad del uso de la prisión y el incentivo de medidas distintas a la misma; v) el fin primordial de la política criminal de buscar la resocialización de los condenados, y, vi) el deber de la política criminal de proteger los DDHH de las personas privadas de la libertad.

Es así como la Corte, en la Sentencia T-267 de 2018, afirma que para aclarar el objeto del seguimiento -siendo este, en últimas, el respeto por la dignidad de los internos- y de acuerdo a los elementos probatorios obrantes en los procesos analizados, se debe tener, como punto de partida, conforme la jurisprudencia en la materia que:

En el sistema penitenciario y carcelario vigente se violan, entre otros, los derechos a la vida, a la integridad personal (física y psíquica), a la dignidad humana, a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, a la seguridad personal, a la igualdad, a la no discri-

minación, a la intimidad, a la familia, a la libertad (en general y en especial la libertad sexual y reproductiva y la libertad de oficio), a la salud, a la reinserción social, a la especial protección de sujetos de especial protección constitucional (niñas, niños, minorías étnicas y culturales, personas con discapacidad, mujeres, personas de edad avanzada, jóvenes, personas en situación de desplazamiento, personas de orientación o identidad sexual diversa o en relaciones de sujeción, por mencionar los principales sujetos), a la educación, al trabajo, a la recreación y al deporte, a la expresión, a la información, al derecho de petición, al debido proceso y al acceso a la justicia -se reitera-, sólo por mencionar los principales derechos constitucionales violados o amenazados. (Sentencia T-388 de 2013, p 146)

Hasta el momento y según el seguimiento que realiza la Corte Constitucional al ECI, la situación no se ha superado; de hecho, en el último año, en lo que se refiere al hacinamiento, el índice se encontraba en uno de los más altos en 2019, con 54,3 %. Para el mes de julio de 2020, este índice bajó al 28,9 %, aunque hay ER que alcanzan el 252 % de hacinamiento; sin embargo, se pudo obtener un descenso en las cifras debido a las órdenes emitidas por la Corte Constitucional en aras de combatir el hacinamiento carcelario y prevenir la situación resultante de la pandemia en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. Aunque, estas medidas fueron tomadas por un espacio temporal de seis meses, lapso final durante el cual, los internos a quienes les fue otorgada la prisión y/o detención domiciliaria, deberán regresar al ER al que pertenecen, por lo que es muy probable que el índice de hacinamiento retome su curvatura ascendente.

### **Situación de las mujeres reclusas en Colombia**

La prisión carcelaria (encierro intramural), en palabras de la Corte, constituye para la mujer un espacio discriminador y opresivo, doblemente doloroso y estigmatizador. Dentro de los ER no se aplican unos parámetros mínimos que tengan en cuenta las necesidades y características propias de la población femenina, pues las decisiones abarcan mayoritariamente a la masculina. Es así como, entre los aspectos más traumáticos, encontramos la pérdida del vínculo con sus hijos producto de una medida intramural privativa de la libertad. Así las cosas, estas mujeres padecen de unas condiciones indignas, que además de tener impacto en sus relaciones familiares, limitan sus posibilidades de reinserción una vez puestas en libertad, por ello, la Corte recomienda la necesidad de acoger políticas públicas con enfoque de género (Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2013).

En un posterior pronunciamiento, Sentencia T-267 de 2018, la Corte (2018) realiza la observación sobre el tratamiento especial que requieren algunos grupos poblaciones que se encuentran dentro de los sujetos de especial protección constitucional, como lo son las mujeres. Para ello destaca que los mínimos constitucionalmente asegurables que deben ser garantizados para la población reclusa, configuran derechos fundamentales *prima facie* que deben ser categorizados específicamente al tratarse de población carcelaria femenina, observando así, una “concreta perspectiva de género” (p. 29).

Ahora, es necesario enfatizar que uno de los campos en los que las mujeres privadas de la libertad en centros carcelarios están en mayor nivel de vulnerabilidad es, precisamente, el que concierne a la insatisfacción de necesidades básicas radicales que, por su condición de mujeres, ellas y solo ellas están expuestas a sufrir.

Sin duda alguna, condiciones precarias en temas tan vitales como las necesidades fisiológicas y biológicas, más aún, en situaciones como el embarazo, la lactancia y la crianza de niños, supone una violación intensa y particular de su dignidad humana. Así lo ha entendido, también, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en casos como *Castro Castro vs. Perú*, en donde este tipo de violaciones llegó a ser enmarcada como tortura física y psicológica, con violación de los artículos 5.2 de la Convención Americana, y 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura<sup>8</sup>.

Así mismo, alertó sobre los riesgos iusfundamentales afrontados por una persona al ingresar a un centro de reclusión en Colombia, en el marco de estado de cosas inconstitucional, particularmente, en materia de violencia física, psicológica o sexual, multiplicándose, en su intensidad e impacto, cuando se trata, de población femenina, especialmente, compuesta por personas de bajos recursos e incursas en otras categorías de vulnerabilidad, quienes en su vida cotidiana, han afrontado contextos de violencia y discriminación por razón del género.

Concluye, la Corte Constitucional, que es necesario que sus derechos fundamentales sean cualificados y cuenten con una protección reforzada, especialmente, durante el embarazo, la lactancia y la custodia de los niños, en un entorno sano y adecuado y unos mínimos constitucionalmente asegurables que se resumen en i) el aseguramiento de condiciones sanitarias adecuadas para que puedan mantener su higiene y su salud, permitiéndoles acceso regular a baterías sanitarias y posibilitar su aseo personal y limpieza de ropa regularmente; ii) a recintos

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, fundamentos 331 y ss.

destinados al alojamiento con las instalaciones y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, incluidas toallas sanitarias gratuitas y el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular las que cocinen, las embarazadas y las que se encuentren en período de lactancia o menstruación; y, por último, iii) condiciones apropiadas para las detenidas que se encuentren en estado de embarazo, o acompañadas por sus hijos, que aseguren su subsistencia en condiciones dignas (pp. 35-36).

De otra parte, según la información reportada en el informe de investigación *Mujeres y prisión en Colombia: Desafíos para la política criminal desde un enfoque de género*, realizado por Sánchez-Mejía *et al.* (2018), la cifra de mujeres privadas de la libertad para el año 1991 era de 1.500 y para junio del año 2018 alcanzó 7.944; el incremento correspondió al 429 %, a diferencia del número de hombres internos que fue del 300 %; es decir, entre los años 1991 y 2018 el porcentaje femenino en prisión por cada 100.000 habitantes mujeres en Colombia, se incrementó más de tres veces. Además, según el informe, la mayoría de ellas, se encuentran en edad productiva y reproductiva, antes de ingresar a la reclusión, y también tienen la responsabilidad económica y social del hogar.

La mencionada investigación constituye una efectiva verificación de la problemática que viven la población femenina privada de la libertad en el país. Dicho informe muestra la realidad con datos porcentuales de las mujeres infractoras de siete centros penitenciarios del país (1.123 mujeres). Inicia explorando el perfil demográfico y socioeconómico de las mujeres privadas de la libertad, obteniendo como resultado que la gran mayoría de estas mujeres antes de entrar a prisión han asumido la responsabilidad económica y social del sostenimiento de su hogar:

Se encuentran en edad productiva y reproductiva, se identifican como heterosexuales, son solteras y pertenecen a estratos socioeconómicos bajos. Antes de su detención, los ingresos mensuales del hogar de un alto porcentaje de estas mujeres eran inferiores a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes (s.m.m.l.v.). La mayoría de estas mujeres eran cabeza de familia (75%), es decir, tenía la responsabilidad económica exclusiva del hogar. Debido a su bajo nivel de escolaridad, estas mujeres se encuentran en condición de acceder a trabajos precarios. (Sánchez-Mejía *et al.*, 2018, p. 11)

En cuanto al perfil delictivo, la investigación arrojó, que la mayoría de mujeres manifestó ser su primera vez en prisión y cometer el delito motivadas por sus condiciones socioeconómicas y familiares. Adicional a ello, se obtuvo que frente al tipo de delito “muchas de las mujeres infractoras no han cometido delitos violentos y no representan un riesgo grave para la seguridad ciudadana. Una gran proporción de mujeres se encontraba privada de la libertad por delitos relacionados con estupefacientes” (Sánchez-Mejía *et al.*, 2018, p. 13), situación que

permitió que fueran condenadas con penas de prisión cortas; sin embargo, cabe resaltar que pese a que la privación de la libertad fuera relativamente corta, esta genera afectaciones tanto para ellas, sus hijos y familiares, pues las consecuencias de estas condenas conllevan a desestructurar el núcleo familiar y afectar el desarrollo de sus hijos menores, ya que ellas son su principal fuente de ingresos económicos para su manutención, cuando son cabeza de hogar, además de ser la única encargada de su protección y cuidado.

Finalmente, el informe presenta algunas recomendaciones frente al diseño e implementación de la política criminal que agrega una perspectiva de género que amplíe y potencialice las alternativas a la prisión carcelaria para las mujeres infractoras que tienen personas a su cargo.

Por ello, la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) (2003), dio como ejemplo: “el caso de las madres con niños pequeños en condiciones de hacinamiento y falta de atención médica...” (p. 517), circunstancia que se ha convertido en una de las principales dificultades que agudizan la crisis carcelaria, de donde se desprenden los tratos crueles e inhumanos o degradantes dentro de los ER, configurándose en una falla por parte del Estado al incumplir con la obligación de brindar condiciones de dignidad y seguridad jurídica a las personas privadas de la libertad, así como también, la de facilitar su reintegración social establecidas en el derecho interno y en los instrumentos internacionales de DDHH ratificados por Colombia, en un evidente desconocimiento de los principios dentro de un Estado social de derecho que oriente la política y funcionamiento del sistema carcelario y penitenciario.

## Sistema de guarderías

Como se ha expuesto, una de las más grandes preocupaciones de las madres recluidas es la presencia o ausencia de sus hijos menores de edad dentro del establecimiento de reclusión (Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2013). El artículo 88 de la Ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 153 del Código Nacional Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993), en colaboración con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar<sup>9</sup> (ICBF), determinó que la dirección del Instituto Nacional Penitenciario permitiría que los hijos de las internas, de hasta tres años de edad, puedan permanecer en el establecimiento de reclusión, proporcionándoles la debida atención y, por lo tanto, facilitar el sistema de guarderías para garantizar un ambiente propicio a la madre lactante, y así promover el correcto desarrollo psicosocial de los niños y niñas menores de tres años de edad, y el derecho al

9 Reglamentado por el Decreto 2553 de 2014.

desarrollo integral de la primera infancia, por lo cual se deberán establecer las condiciones de seguridad, bienestar y demás aspectos que garanticen el ejercicio concreto de sus derechos fundamentales.

Al respecto, ha indicado la Corte Constitucional (2002) en la Sentencia C-157, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 153 de la Ley 65 de 1993, que la regla general es que lo hijos deben estar bajo la custodia de sus padres siendo la excepción de la separación, si ello es lo que más se adecúa al principio de interés superior del niño, y declarar la constitucionalidad, siempre y cuando las condiciones sean adecuadas y el sistema de protección sea efectivo. Además, la Corte Constitucional alude a que la Convención Interamericana de Derechos Humanos no incluye disposición alguna que impida al legislador, optar por una regulación interna tendiente a establecer que, “si la madre es condenada a prisión, el menor, por lo menos durante sus primeros años de vida, pueda permanecer con ella”. Por ello, para tomar su decisión, la Corte Constitucional tuvo en cuenta el informe sobre el estado mundial de la infancia elaborado por Unicef (2001), que señaló lo siguiente:

En los primeros años de infancia las experiencias e interacciones de los niños con sus padres, parientes y otros adultos que los rodean influyen en la manera en que se desarrolla el cerebro. Diversos descubrimientos científicos recientes confirman que los contactos físicos y los movimientos mediante los cuales las personas que cuidan a los niños les demuestran apoyo y les transmiten seguridad tienen consecuencias tan importantes como la buena salud (...). La manera en que se desarrolla el cerebro en esta etapa de sus vidas fija las pautas del posterior éxito del niño en la escuela primaria, la adolescencia y la edad adulta (...). (p. 2)

También resaltó del mencionado informe, la importante referencia acerca del desarrollo cerebral necesario de un niño, el cual le permite socializar con otros niños de la misma edad y que inicia a partir de los 3 años. Estudio que razonadamente pudo ser el fundamento advertido por el legislador en su momento. De esta forma se pondera la necesidad de que el menor permanezca en compañía de su madre por un periodo adecuado, que posibilite establecer una conexión con ella, pero tampoco tan extenso que conlleve someter al menor indefinidamente a las precariedades dentro de la cárcel.

Ahora, si se trata de ponderar la permanencia de un menor de edad en un espacio no apto para su desarrollo como lo es un establecimiento de reclusión, debido a las precariedades existentes en estos, la Corte Constitucional concluyó que impedir que los niños crezcan al lado de sus madres representa una violación mayor de sus derechos constitucionales:

Si bien es cierto que permitir la estadía del menor durante sus primeros años de vida en la cárcel puede afectar su desarrollo armónico e

integral, el no hacerlo significa privarlo del contacto frecuente con su madre, separarlo de ella en una etapa de su vida en la que la relación materno-filial es determinante. Además, cuando a un menor se le impide estar durante la primera etapa de la vida con su madre en razón a que está interna en un centro de reclusión, se le limita su derecho a tener una familia, a no ser separado de ella, como expresamente lo manda la Constitución. También se le limita la posibilidad de ser amamantado, que, si bien no es necesario que ocurra, si es valioso, pues reporta beneficios en el desarrollo del menor y sirve para garantizarle una alimentación equilibrada, como es su derecho. En no pocos casos privar a un menor de la compañía de su madre implica separarlo de una de las personas que mayor afecto y atención le puede brindar, con lo que se estaría afectando gravemente el derecho constitucional de todo niño y toda niña a recibir cuidado y amor. (Corte Constitucional, Sentencia C-157 de 2002, p. 22)

Sin embargo, al ser una sentencia de declaratoria de constitucionalidad, no entra la Corte a realizar consideraciones acerca de posibilidad de otorgar la sustitución de la medida o pena de prisión domiciliarias como una solución frente a los riesgos que puede enfrentar un menor dentro del ER, sino a analizar si la norma se ajusta a la Constitución, dejando al Estado tomar las medidas necesarias en caso de que estos lugares no reúnan las condiciones necesarias para la permanencia del menor.

La propia norma demandada en su segundo inciso, refiere a la especial protección al menor que debe prestar el servicio social penitenciario y carcelario, lo cual se suma a los mandatos constitucionales de salvaguardar los derechos de los niños, y a los mandatos internacionales que obligan al Estado a tomar las medidas necesarias para que la madre pueda estar con sus hijos y brindarles el cuidado que requieren. Si estar con la madre en la cárcel es inadecuado debido a las condiciones de dichos establecimientos, el Estado tiene el deber de generar unas condiciones que no expongan los derechos de los menores ni pongan en peligro al menor. Tiene la obligación de tomar las medidas administrativas, logísticas y presupuestales que se requieran para garantizar los derechos a los que se ha hecho alusión en este fallo. (Corte Constitucional, Sentencia C-157 de 2002, p. 25)

De allí se sigue, que no basta la permanencia del menor de edad con su madre, sino que se debe velar por la adecuada instalación de un ambiente facilitador de cuidado materno, pues este es correlativo con el estado de dependencia absoluta del infante, que, cuando se satisface, el resultado son relaciones interpersonales sanas. En su defecto, la provisión de un ambiente facilitador que no favorece los procesos de formación, tiene como consecuencia un grave deterioro en la salud y en el desarrollo de la personalidad (Winnicott, 1963). Siendo así, el estado de privación del niño de las provisiones maternas no solamente se produce por la au-

sencia de esta (que sería la situación directa provocada por la separación del bebé y su madre), sino también, por la deficitaria instalación del dispositivo materno orientado al cuidado del bebé. En ese sentido, no basta con la mera presencia de la madre y mantener reunidos al niño con esta, sino que la institucionalidad debe propender por tutelar la calidad de dicho vínculo, con el fin de cumplirse el objetivo esencial de la política de permanencia de la madre con su hijo/a, aunque esta sea dentro del establecimiento de reclusión, siempre que reúna las condiciones dignas y favorables para el desarrollo del menor de edad.

Con este propósito se creó, en el año 2016, la Mesa de Fortalecimiento de atención a mujeres gestantes, lactantes y niños en centros de reclusión, para articular la atención integral a los hijos menores de edad de las internas<sup>10</sup>, sin embargo, no ha sido posible extender esta asistencia a toda la población infantil que la requiere. Según el séptimo informe estadístico presentado por el INPEC (2020) hay 7.033 mujeres reclusas intramuros, la mayoría se concentran en tres grupos dentro del rango de edad abarcado entre los 25 y 39 años de edad (p. 36), sin embargo, el informe no establece cuántas mujeres tienen hijos menores de tres años de edad, aunque sí declara que a dicha fecha hay 49 madres gestantes, 11 madres lactantes, y solamente 50 niños ubicados bajo el sistema de guarderías, distribuidos en tan solo 10 centros de reclusión donde se presta el servicio de educación inicial del ICBF (p. 47).

La Corte Constitucional (2018) ha afirmado:

La evidente falta de articulación y de cumplimiento de los deberes legales por parte de estas instituciones es especialmente preocupante, si se tiene en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 y 17 del Decreto 2553 de 2014, el reporte de necesidades y la atención en materia de infraestructura deben surtirse de manera prioritaria cuando se trata de centros de reclusión de mujeres, por lo menos en lo que respecta a los espacios para madres embarazadas, lactantes o con infantes. (Sentencia T-267 de 2018)

## Sistema penal y la privación de la libertad de la mujer madre

Luego de haber analizado la situación de los establecimientos carcelarios así como el sistema penitenciario y carcelario que originó la declaración del ECI, es pertinente realizar el siguiente interrogante ¿Cuál sería el mecanismo idóneo que logre la consecución de los fines del Estado en la creación de la política criminal y penitenciaria, que permitiría el desarrollo integral adecuado de un menor de tres

10 En atención a la Sentencia 762 de 2015 de la Corte Constitucional, mediante la cual se ordena la integración de varias entidades facultadas en el tema.

años de edad al lado de su madre, garantizando sus derechos fundamentales en condiciones dignas, en atención al principio del interés superior del niño?

Entonces, buscaremos la solución en el derecho penal que es el resultado de la política criminal del Estado, mismo que ostenta esta facultad a través del legislador para expedir normas y reformar códigos, en uso de un amplio margen legislativo que le permite regularlo, observando su naturaleza subsidiaria, fragmentaria y de última *ratio*, y así determinar los tipos penales, el monto de las penas y las circunstancias de atenuación o agravación, reconocer o negar beneficios procesales, entre otras (Corte Constitucional, Sentencia C-248 de 2004).

Ahora bien, resulta importante recordar que el derecho penal permite imponer a las personas el sufrimiento de la sanción punitiva, y encuentra su legitimación en la función o fin que esta cumple. En ese sentido, el artículo 9 del CPC (Ley 65 de 1993), prescribe que la pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización. Según los artículos 3º y 4º del CP (Ley 599 de 2000), la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado al establecer los principios en los que se fundamenta; y el 5º expone que las medidas de seguridad persiguen funciones de curación, tutela, protección y rehabilitación.

Adicionalmente, en varias oportunidades, la Corte Constitucional<sup>11</sup> ha analizado el tema de los fines de la pena, y ha concluido que la resocialización es un fin constitucionalmente válido y destacado como una preferencia; de hecho, planteó que la resocialización guarda una estrecha relación con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, en el entendido que la reeducación y reinserción social del condenado son el objetivo del Estado (Corte Constitucional, Sentencia C-261 de 1996).

Por ello, la Corte Constitucional ha señalado los graves problemas que presentan las políticas de resocialización y de reintegración de las personas condenadas, que se incrementan profusamente y que vulneran de manera sistemática y reiterada los derechos de la población reclusa, situación que originó la declaración del ECI (Sentencia T-388 de 2013 y Sentencia T-762 de 2015).

La jurisprudencia constitucional y la doctrina penal han expresado que el derecho penal debe regirse por el principio de subsidiariedad, por lo cual, el uso de las penas y las medidas de aseguramiento es legítimo cuando no se encuentre otra forma de satisfacer sus fines; de allí que, se debe buscar la protección del bien jurídico a través de medios menos lesivos para los derechos fundamentales, pues su restricción o limitación debe ser la última *ratio*. En consecuencia, surge

11 Al respecto, se puede consultar las sentencias de la Corte Constitucional: C-144 de 1997, C-806 de 2002, C-061 de 2008, T-267 de 2015, T-718 de 2015.

la necesidad de tener en cuenta el principio de proporcionalidad como criterio y requisito imprescindible de análisis tanto en el cumplimiento de parámetros legales como de las circunstancias que se presenten en el caso concreto, pues se debe argumentar suficientemente y realizar juicios de valor jurídico y fáctico para motivar las decisiones a la luz del bloque de constitucionalidad, y por lo tanto, determinar si vulneran o no la Constitución Política y los DDHH<sup>12</sup>.

Esta imposición penal es personal, por lo que no debe trascender más allá del individuo responsable o al procesado penalmente (Zaffaroni, 1998). No obstante, en los casos en que se aplica la privación de la libertad de mujeres embarazadas o con hijos menores de edad dentro del establecimiento de reclusión, la pena o la medida preventiva se extiende a las personas ajenas al debate penal. Lo anterior, tiene relación con los principios limitadores a que debe someterse la construcción del derecho penal.

Ahora, respecto a la medida de detención, la cual tiene un carácter preventivo, es decir, provisional, ya no se trata de una decisión concluyente que declare la responsabilidad. Esta restricción de la libertad del imputado, solamente se justifica bajo la necesidad de proteger garantías de valor constitucional superior, consagradas en el artículo 250 de la Constitución Política, atendiendo así a su carácter excepcional.

La Corte Constitucional (2013), en la Sentencia C-695, afirma que dentro de un proceso penal, es posible restringir excepcionalmente tanto la presunción de inocencia como el derecho a la libertad, siguiendo estrictamente los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico y dentro de los principios constitucionales de necesidad y razonabilidad, siempre que haya justa proporción entre lo sacrificado en el nivel de disfrute de derechos fundamentales y lo obtenido en la preservación de los deberes sociales del Estado, según el artículo 2º de la Constitución Política. De allí que, para viabilizar la imposición de una medida de aseguramiento, se debe partir del estudio de a) necesidad de imponerla para que cumpla con su finalidad a la luz de la Constitución, esto es, que sea decretada por el juez competente y que se encuentren previamente establecidos los motivos en la ley; b) idoneidad, que se concreta en el estudio de los efectos previsibles resultado de la aplicación de la norma; c) proporcionalidad en estricto sentido, pues al no existir derechos que tienen carácter de absolutos, su restricción debe obedecer al imperativo de garantizar la efectividad del proceso penal (Sentencia C-695 de 2013).

En la misma sentencia, la Corte (2013) finaliza con la afirmación en tanto que

---

12 Respecto de la detención preventiva se puede consultar las sentencias de la Corte Constitucional: C-425 de 2008, C-1198 de 2008.

Las medidas de aseguramiento implican la restricción de derechos o libertades fundamentales, resulta necesario reiterar<sup>13</sup> que en un Estado social de derecho, principalmente cuando de la libertad individual se trate, no pueden convertirse en un mecanismo indiscriminado, general y automático, sino estrictamente excepcional, habida cuenta que la Constitución Política promueve la efectividad de los derechos y libertades de las personas, garantiza la vigencia de los principios constitucionales y asegura el respeto a la dignidad humana. (p. 31)

Ahora bien, si se tiene en cuenta que la privación de la libertad de una madre junto a su hijo debe ser una medida excepcional cuando no haya otra opción, no es válida su justificación en aras de proteger el derecho a la familia y a no ser separado de su madre; por lo tanto, se podría optar por otras medidas menos lesivas que conlleven al logro de los mismos fines, especialmente si se considera el estado actual de los ER y se aplique en razón al principio del interés superior del niño.

Como se señaló, la pena de prisión y la detención carcelarias se convierten en la sanción y medida, respectivamente, más significativas en materia de restricción y suspensión de derechos constitucionales. En tal sentido, el fin resocializador de la pena y los fines constitucionales de la medida, se desvirtúan debido a la gran afectación de sus derechos fundamentales dentro del ECI, lo cual da como resultado que la privación de la libertad intramural no es apta para garantizarlos y, por tanto, se requieren mecanismos alternativos como la prisión domiciliaria, o sustitutivos que hagan efectiva y proporcional la precitada finalidad constitucional.

### **Mecanismos alternativos y sustitutivos de la prisión o detención carcelarias**

En el caso de la pena de prisión, la Corte (2003), en la Sentencia C-184, ha considerado que la permanencia en un centro de reclusión puede generar efectos contrarios en términos de resocialización, por lo que el cumplimiento de la condena o medida en un ambiente familiar como el domicilio, favorece su proceso de reintegración al pacto social.

Dentro de la propuesta que se formulará más adelante, se hará énfasis en el mecanismo alterno de la prisión y detención carcelarias, es decir, en la prisión y detención domiciliarias con justificada viabilidad para concederlas en el caso de mujeres madres de hijos menores de tres años.

---

13 Esta corporación puntualizó que una medida de aseguramiento, principalmente cuando de restricción del derecho a la libertad se trate, no puede convertirse en una regla general que se aplique indiscriminadamente. Se pueden consultar las sentencias: C-774 de 2001, C-1198 de 2008.

### **Prisión y detención domiciliarias.**

La prisión domiciliaria sustitutiva de la prisión carcelaria, está consagrada en el art. 38 del CP (Ley 599 de 2000), en el cual se establece que la ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima. Para su concesión se deberá cumplir con unos requisitos que hoy por hoy, desde la reforma de la Ley 1709 de 2014, resultan ser todos objetivos.

La prisión domiciliaria, además de lo anotado, es una modalidad de ejecución de la pena privativa de la libertad, consecuencia de la sanción penal, que igualmente puede llevarse a cabo dentro del desarrollo del proceso penal, llamándose detención domiciliaria. No se trata de un beneficio que se concede al arbitrio del juez, sino que es un derecho que se debe otorgar cuando se verifican los requisitos para su procedencia.

No obstante, desde las normas procesales (Ley 906 de 2004), en su artículo 314 se consagran otro tipo de detenciones domiciliarias concedidas también como prisiones domiciliarias, llamadas especiales, las cuales se otorgan por otros motivos específicos; a saber: a) **por edad**, la que se concede por razón de ser mayor de 65 años de edad, siempre que la naturaleza y antecedentes del sentenciado así lo aconsejen; b) **por embarazo y posparto**, atendiendo los derechos de las mujeres embarazadas y con hijos lactantes, así como también “el interés superior del niño”, la que se concede a la mujer en estado de embarazo o posparto, dos meses antes del parto y seis después, para un total de 8 meses; c) **por enfermedad**, aquella, en razón de estado grave por enfermedad previo dictamen médico legal; y d) **condición cabeza de familia**, en concordancia con el artículo 1º de la Ley 750 de 2002, que contempla de manera especial para la mujer cabeza de familia la *prisión domiciliaria*, sin importar el monto de la pena impuesta y que fue introducida en la legislación penal en principio, para la madre, luego se hizo extensiva al padre y hoy por vía jurisprudencial, a quien ostente o tenga la condición cabeza de familia; esto es, que alguien tenga bajo su cuidado a un menor de edad o una persona que sufriere incapacidad permanente bajo su dependencia económica y afectiva y, que sea menor o incapacitado, sin la persona que ostente esta condición, quede dentro del núcleo familiar en total desprotección.

Para el objetivo que nos convoca en este artículo, nos enfocaremos en el estudio de la domiciliaria especial por embarazo y posparto.

De acuerdo al numeral 3 del artículo 314 del CPP (Ley 906 de 2004), en concordancia con el artículo 461, que se refiere al derecho de la imputada, acusada o condenada, a que le sea permitido obtener la detención domiciliaria en atención a los derechos de las mujeres en estado de embarazo y posparto, así como también

al “interés superior del niño”, se concede a la mujer dos meses antes del parto y seis después (en total 8 meses) sin que requiera condición especial distinta a la de ser madre y en ello radica la diferencia con la sustitución otorgada cuando es madre cabeza de familia.

Como la domiciliaria, por esta razón, concluiría a los seis meses de edad del menor, la legislación colombiana, como lo hemos dicho, considera a partir de allí, fundamentalmente, el derecho a la lactancia y a un pretendido desarrollo psico-social hasta los tres años, bajo un sistema instituido de guarderías, lo cual implica que el niño tenga que ser recluido en los centros carcelarios para dicho fin; situación que está establecida en el CPC (Ley 65 de 1993), reformado por la Ley 1709 de 2014, en su artículo 88, con mayor claridad, al permitir que los niños, hasta la edad de tres años, puedan permanecer con sus madres en el establecimiento de reclusión en apoyo del ICBF.

Así mismo, es preciso aclarar que, en relación con las prisiones domiciliarias especiales, luego de importantes desarrollos jurisprudenciales y legales, se entiende que no existen prohibiciones, por cuanto las razones por las que se conceden no pueden jamás entenderse limitadas en razón de la supuesta o real consideración de gravedad del delito.

No obstante, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-246 de 2016, ha señalado algunas circunstancias excepciones que se fundan, precisamente, en la regla; es decir, que el principio del interés superior del niño permita la separación de la madre. Se encuadrarían dentro de esta prohibición del beneficio de la detención o prisión domiciliaria en aquellos delitos, que, por sus características, la madre con su actuar haya ocasionado un daño físico o moral o puesto en peligro al menor; por ende, su autorización pondría en riesgo su integridad, generándole una eventual condición de víctima directa o indirecta por parte de su progenitora. En efecto, eventos en los cuales la vida, integridad o la salud del menor esté en riesgo, cuando existan antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico ocasionado por el núcleo familiar y cuando se demuestre alguna de las causales consagradas en el artículo 44 constitucional, como que el niño haya sido víctima de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, explotación laboral o económica, abuso sexual y trabajos riesgosos. Sumadas a lo anterior, aquellas situaciones que evidencien fuertemente la ineptitud de la familia, analizadas en cada caso en concreto, como, por ejemplo, haber dado al menor en adopción o delegado su cuidado diario a personas distintas de sus padres.

Lo anterior es lo analizado a lo largo de este artículo, conforme a la idea de que la permanencia en el establecimiento de reclusión constituye una privación injusta de su libertad y atentatoria de su dignidad, si tenemos en cuenta el ECI que se encuentra declarado, lo que transgrede y viola en sí, el principio de mínima trascendencia de la pena, por extender sus efectos a una tercera persona, en este caso, al menor de edad hijo de la procesada o condenada.

Ahora, en relación con la madre y los fines de la medida o de la pena impuesta, podemos colegir que estos se cumplirían en el domicilio porque simplemente se cambia el lugar de su cumplimiento dentro de unas condiciones que permiten alcanzar sus objetivos, pues también es posible que se suscite una readaptación voluntaria, con mayor razón, si la madre aprecia la sensibilidad del Estado en favor de su menor, por el cuidado dedicado de su hijo, por la permanencia y la estructuración del amor, reinserción que no ha tenido cumplimiento en las cárceles, y de ese modo tendría mayores posibilidades de ocurrir, como cumplir la condena dentro de su hogar y familia, en un ambiente propicio para reintegrar a la persona condenada al seno de la sociedad.

Adicional a ello, el CPC (Ley 65 de 1993), permite que en el marco de la ejecución de las domiciliarias, se pueden adoptar medidas para su vigilancia como las visitas de inspección, uso de medios de comunicación, testimonio de vecinos y allegados y labores de inteligencia, así como también el mecanismo de vigilancia electrónica de acuerdo al artículo 38D del CP (Ley 599 de 2000).

De manera especial, dentro de la aplicación de un derecho penal, hoy concebido como constitucional, se debe tener en cuenta el principio *pro homine*<sup>14</sup>, como parámetro para las decisiones judiciales que versen sobre derechos fundamentales. Así mismo, es deber del Estado, establecer procedimientos, directrices o políticas dirigidos a atenuar la afectación a los derechos de los niños, y permitir, decisiones menos dañinas para los derechos de los menores, y es su obligación tomar medidas que los garanticen y generar unas condiciones adecuadas que no expongan sus derechos ni someta a riesgos al menor.

En ese sentido corresponde a los jueces, como un deber constitucional que al ponderar la aplicación de una medida de detención o prisión carcelaria respecto de mujeres madres de menores de tres años de edad, consideren los efectos que la decisión puede tener sobre sus hijos, máxime cuando el sistema de guarderías se encuentra instituido en tan solo 10 de los ER del país, y esta restricción acrecienta la limitación del goce y disfrute de este derecho a todos los menores que se encuentren dentro de tal rango de edad y que, también, por su lugar de domicilio no pueden acceder a ello.

Además, cabe advertir que un ER no es el lugar adecuado para la permanencia de un menor. Por ello, los jueces deben decidir una medida menos lesiva, en este caso, podrían aplicar a través de un examen de ponderación de principios, la concesión de la prisión o detención domiciliarias, a través de una interpretación más favorable de los derechos de los niños sobre los demás, que no solo sea competencia del derecho interno sino que ha sido desarrollada por organismos

14 “El principio de interpretación *pro homine*, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional” (Sentencia 438 de 2013).

internacionales, que en atención a unos parámetros mínimos vaya enfocada a respetar la dignidad humana y garantice el pleno goce de sus derechos humanos y fundamentales, en aras a salvaguardar y priorizar los derechos de los niños dada su condición de vulnerabilidad; solo así se hace prevalecer el interés superior del niño y se garantiza su protección dentro de un adecuado desarrollo integral.

Teniendo en cuenta que no se está dando cabal cumplimiento a la previsión que se encuentra contenida en el artículo 153 del CPC (Ley 65 de 1993) sobre el derecho del menor de tres años a permanecer con su madre dentro de los ER en condiciones adecuadas y dignas y, que esta disposición atiende a los mismos criterios y fines constitucionales que permiten la concesión de la detención o prisión domiciliaria especial por embarazo y lactancia contenido en artículo 314 del CPP (Ley 906 de 2004) numeral 3, esto es, en garantía del principio del interés superior del niño; se propone que este derecho se extienda hasta que el menor cumpla tres años de edad, esto en protección y garantía de satisfacer las necesidades básicas de formación en su primera infancia, conservando el vínculo madre-hijo y la importancia de la seguridad, confianza y desarrollo emocional que esta le brinda para su crecimiento integral adecuado, así como el reconocimiento del derecho a la lactancia y la posibilidad de que este se extienda más allá de los seis meses limitados en la norma, dentro de un ambiente propicio a la madre gestante o lactante.

De allí, que para aplicar este mecanismo, tendríamos que acudir a la discrecionalidad del legislador para que a través de una reforma legal del numeral 3 del artículo 318 del CPP (Ley 906 de 2004), se atienda el principio de interés superior del menor y se garantice el goce efectivo de sus derechos, ya que existen dos situaciones incompatibles con la Constitución. Por una parte, se limita el derecho de los hijos menores de las mujeres recluidas a permanecer con su madre dentro de los ER donde no existen pabellones especiales para la permanencia y atención del menor. Por otra parte, no se puede aceptar la privación de la libertad de un menor sometiéndolo a la vulneración de su dignidad, so pretexto de garantizar su derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella. Mientras tanto, se hace necesario y urgente tomar una medida provisional inmediata que disminuya el efecto negativo que ocasiona su desconocimiento, la que puede efectivizarse a través de una acción de tutela; sin perjuicio de acudir a la acción de cumplimiento.

## Conclusiones

Las normas de derecho interno se deben interpretar armónicamente con los deberes y obligaciones internacionales asumidas por el Estado. A su vez, cuando las normas internas, sean más favorables y ofrezcan mayor protección a los derechos de los niños, estas prevalecerán sobre los tratados y convenios, prefiriendo la interpretación menos restrictiva del derecho protegido, de manera que en las ac-

tuaciones de las autoridades públicas donde estén implicados niños, se orientarán bajo criterios instituidos por el principio del interés superior del niño y con ello se tomarán las decisiones que mejor protejan y garanticen sus derechos y libertades.

El Estado colombiano ha considerado que, el legislador con la expedición de normas, fijaría directrices que plantearían el alcance de los fines de la pena en el sentido de prevenir y resocializar. Sin embargo, bajo el cúmulo de la normatividad expedida se permitió el quebrantamiento de las claras directrices de política criminal, tal es el caso que, con la cantidad de disposiciones dictadas y reformas y modificaciones al sistema penal, en la actualidad no se ha logrado contrarrestar las manifestaciones de la criminalidad, dejando como resultado impunidad, endurecimiento de penas, aumento de tipos penales, restricciones a la libertad.

La violación prolongada y masiva de los derechos fundamentales de los reclusos no ha permitido la superación del estado de cosas inconstitucional, a pesar de las órdenes y recomendaciones impartidas por la Corte tendientes a la satisfacción de derechos sociales fundamentales de población vulnerable, como el saneamiento básico, el acceso a agua potable y la adecuación de espacios penitenciarios con una perspectiva de género, lo que ocasiona consecuencias adversas a la población reclusa y su núcleo familiar, especialmente, a las mujeres madres de hijos menores a quienes no se ha podido garantizar el derecho a permanecer con ellas y de recibir el cuidado y la atención integral que requieren por parte del Estado, al ser sujetos de especial protección constitucional.

Del análisis del comportamiento delictivo femenino, se observa que la mayoría de mujeres manifestó ser su primera vez en prisión, mencionaron también, cometer el delito motivadas por sus condiciones socioeconómicas y familiares, adicional a ello, se observa que los delitos por los cuales se encuentran comprometidas son los relacionados con estupefacientes, es decir, muchas de las mujeres infractoras no han cometido delitos violentos y no representan un riesgo grave para la seguridad ciudadana.

Conforme al CPC (Ley 65 de 1993), el derecho de los menores a permanecer y recibir el cuidado de su madre se debe brindar en apoyo del ICBF bajo el sistema de las llamadas “guarderías”, sin embargo, no se encuentran instituidas en todos los ER donde hay población femenina; así mismo, es claro que la residencia de estos menores en un entorno de hacinamiento, violación sistemática de derechos fundamentales y de la dignidad humana, no es el más adecuado para su desarrollo. De hecho, el acompañar a su madre en su instancia de prisión, trae derivaciones negativas para su desarrollo emocional, a causa de los vacíos respecto a las necesidades básicas insatisfechas. En ese orden, importa resaltar que, si no existiera un ECI en las cárceles, las afectaciones psicosociales generadas en los niños tanto dentro como fuera de un centro de reclusión, en la etapa más importante, donde se forman las vivencias afectivas significativas para el desarrollo de su personalidad, repercuten en su estabilidad física y psicosocial, vulnerando con ello sus derechos y el principio del interés superior del niño.

Por ello, la Corte Constitucional y algunos organismos de protección de Derechos Humanos en nuestro país, han coincidido en la necesidad de implementar y usar mecanismos que alternativos a la privación de la libertad intramuros, permitan alcanzar más eficientemente el fin constitucional propuesto con la utilización de medidas que humanicen la sanción penal y permitan la integración familiar. Sustitutos para los cuales se pueden usar distintos mecanismos de vigilancia electrónica, convirtiéndose en un método idóneo para fortalecer el sistema penitenciario y carcelario colombiano, realzando los estándares de vida digna de los condenados o detenidos y, a su vez, permitan la reunificación familiar.

A través de una interpretación amplia y favorable para la concesión del beneficio de la medida de detención y/o prisión domiciliaria para las madres, se propone su extensión hasta los tres años de edad del menor, como garantía que respete la preeminencia del principio del interés superior del niño, principalmente, para que ambos puedan gozar de su asistencia, tener una familia y obtener un desarrollo integral adecuado; a su vez, se respeta el principio de no trascendencia de la pena, se humaniza y cumple con el fin resocializador, se disminuye el hacinamiento y se crean unas condiciones de vida dignas para ambos.

## Referencias bibliográficas

- Asamblea de la Sociedad de Naciones Unidas. (1924). *Declaración de los Derechos del Niño o declaración de Ginebra*. Recuperado de <http://ojd.org.do/Normativas/Penal%20NNA/Instrumentos%20internacionales/Declaracion%20de%20Ginebra%201924.pdf>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1959). *Declaración de los derechos del niño*. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/Ninez/pdf%20files/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B3n.pdf>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966a). *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*. Recuperado de [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf)
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966b). *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*. Recuperado de [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf)
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia 1991*. Recuperado de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/Constitucion-Politica-Colombia-1991.pdf>
- Becerra Pineda, L. (2004). *La visita de niños y niñas en contexto penitenciario y carcelario, un espacio para prevenir el maltrato infantil y fortalecer el vínculo familiar*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y libertad* (Trad. Aragón, P.). Barcelona: Paidós.
- Bowlby, J. (1973). *La separación afectiva*. Buenos Aires: Paidós.
- Bowlby, J. (1986). *Vínculos Afectivos: formación, desarrollo y pérdida*. Madrid: Editorial Morata.
- Colombia. Congreso de Colombia. (20 de agosto de 1993). Ley 65. Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. *Diario Oficial* n.º 40.999.
- Colombia. Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000). Ley 599. Por la cual se expide el Código Penal. *Diario Oficial* n.º 44.097.
- Colombia. Congreso de Colombia. (19 de julio de 2002). Ley 750. Por la cual se expiden normas sobre el apoyo de manera especial, en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario. *Diario Oficial* n.º 44.872.
- Colombia. Congreso de Colombia. (31 de agosto de 2004). Ley 906. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. *Diario Oficial* n.º 45.657.
- Colombia. Congreso de Colombia. (8 de noviembre de 2006). Ley 1098. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. *Diario Oficial* n.º 46.446.
- Colombia. Congreso de Colombia. (20 de enero de 2014). Ley 1709. Por la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* n.º 49.039.
- Colombia. Corte Constitucional. (3 de junio de 1992). Sentencia T-402/92. &#091;MP Eduardo Cifuentes Muñoz&#093;.
- Colombia. Corte Constitucional. (9 de febrero de 1995). Sentencia SU-043/95. &#091;MP Fabio Moron Díaz&#093;.
- Colombia. Corte Constitucional. (12 de septiembre de 1995). Sentencia T-408/95. &#091;MP Eduardo Cifuentes Muñoz&#093;.
- Colombia. Corte Constitucional. (19 de marzo de 1997). Sentencia C-144/97. &#091;MP Alejandro Martínez Caballero&#093;.
- Colombia. Corte Constitucional. (13 de junio de 1996). Sentencia C-261/96. &#091;MP Alejandro Martínez Caballero&#093;.
- Colombia. Corte Constitucional. (28 de abril de 1998). Sentencia T-153/98. &#091;MP Eduardo Cifuentes Muñoz&#093;.
- Colombia. Corte Constitucional. (25 de julio de 2001). Sentencia C-774/2001. &#091;MP Rodrigo Escobar Gi&#093;.
- Colombia. Corte Constitucional. (5 de marzo de 2002). Sentencia C-157/02. &#091;MP Manuel José Cepeda Espinosa&#093;.
- Colombia. Corte Constitucional. (3 de octubre de 2002). Sentencia C-806/02. &#091;MP Clara Inés Vargas Hernández&#093;.
- Colombia. Corte Constitucional. (4 de marzo de 2003). Sentencia C-184/03. &#091;MP Manuel José Cepeda Espinosa&#093;.

- Colombia. Corte Constitucional. (16 de marzo de 2004). Sentencia C-248/04. &#091;MP Rodrigo Escobar Gil&#093;;
- Colombia. Corte Constitucional. (15 de marzo de 2006). Sentencia C-187/06. &#091;MP Clara Inés Vargas&#093;;
- Colombia. Corte Constitucional. (30 de abril de 2008). Sentencia C-425/2008. &#091;MP Marco Gerardo Monroy Cabra&#093;;
- Colombia. Corte Constitucional. (4 de diciembre de 2008). Sentencia C-1198/2008. &#091;MP Nilson Pinilla Pinilla&#093;;
- Colombia. Corte Constitucional. (12 de julio de 2011). Sentencia T-557/11. &#091;MP María Victoria Calle Correa&#093;;
- Colombia. Corte Constitucional. (28 de junio de 2013). Sentencia T-388/2013. &#091;MP María Victoria Calle Correa&#093;;
- Colombia. Corte Constitucional. (9 de octubre de 2013). Sentencia C-695/13. &#091;MP Nilson Pinilla Pinilla&#093;;
- Colombia. Corte Constitucional. (16 de diciembre de 2015). Sentencia T-762. &#091;MP Gloria Stella Ortiz Delgado&#093;;
- Colombia. Corte Constitucional. (17 de mayo de 2016). Sentencia T-246/16. &#091;MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo&#093;;
- Colombia. Corte Constitucional. (18 de mayo de 2016). Sentencia C-262/16. &#091;Jorge Iván Palacio Palacio&#093;;
- Colombia. Corte Constitucional. (16 de septiembre de 2016). Sentencia T-512/16. &#091;MP Luis Ernesto Vargas Silva&#093;;
- Colombia. Corte Constitucional. (10 de julio de 2018). Sentencia T-267/18. &#091;MP Carlos Bernal Pulido&#093;;
- Colombia. Corte Constitucional. (7 de diciembre de 2018). Sentencia C-468/18. &#091;Diana Fajardo Rivera&#093;;
- Delgado, H.V., González, A.M., Restrepo, L.M., Guerrero, S. M. y Corredor, L.F. (2010). La situación de los hijos menores de tres años, que conviven con sus madres en los centros de reclusión. *Cuadernos de Derecho Penal*, 3, 37-82.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (2). (2020). *Población Privada de la Libertad INPEC*. Informe Estadístico No. 7. Bogotá.
- Korstanje, M. (2007). *Antropología del turismo*. Edición electrónica gratuita. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/119/2008/07/ANTROPOLOGIA-DEL-TURISMO.-SIMBOLO-APEGO-E-IDENTIDAD.pdf>
- Manríquez Hizaut, M. (2016). *Revisión sobre desarrollo emocional y apego seguro de hijos e hijas de madres privadas de libertad en contexto de programas de residencias transitorias en recintos penitenciarios, una mirada desde la salud pública* (tesis de doc-

- torado). Universidad de Chile, Santiago, Chile. Recuperado de [http://bibliodigital.saludpublica.uchile.cl:8080/dspace/bitstream/handle/123456789/510/Tesis\\_Monica%20Manr%C3%ADquez.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliodigital.saludpublica.uchile.cl:8080/dspace/bitstream/handle/123456789/510/Tesis_Monica%20Manr%C3%ADquez.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1948). *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. Recuperado de [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado de [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/crc\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/crc_SP.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2010). *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes*. Recuperado de [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok\\_Rules\\_ESP\\_24032015.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf)
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). (2003). *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional* (vol. IV). Bogotá: Naciones Unidas Derechos Humanos.
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)
- Sánchez-Mejía, A. L., Rodríguez Cely, L., Fondevila, G., Morad Acero, J. (2018). *Mujeres y prisión en Colombia: Desafíos para la política criminal desde un enfoque de género*. Recuperado de <http://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/41010>
- Sarmiento, A. J., Puhl, S.M., Oteiza, G., Bermudez, F., Siderakis, M. (2009). *Las conductas transgresoras de los adolescentes en conflicto con la ley penal; su relación con las perturbaciones en el vínculo primario*. Anuario de Investigaciones, vol. XVI. Universidad de Buenos Aires (ISSN: 0329-5885)
- Unicef. (2001). *Beneficios para toda la vida*. Recuperado de [https://www.unicef.org/spanish/sowc01/short\\_version/page1.htm](https://www.unicef.org/spanish/sowc01/short_version/page1.htm)
- Uprimny, R. (2008). *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Recuperado de <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/tree/content/pdf/a16/1.pdf>
- Winnicott, D. (1963). *El enfermo mental entre los casos del asistente social. Los procesos de maduración y el ambiente facilitador*. Barcelona: Paidós.
- Winnicott, D. (1993). *Los procesos de maduración y el ambiente facilitador: estudios para una teoría del desarrollo emocional*. Barcelona: Paidós.
- Zaffaroni, E.R., Alagia, A. y Slokar, A. (1998). *Manual de derecho penal* (Parte General. 2<sup>a</sup> ed.) Argentina: Ediar. Ediciones Jurídicas.



# Estudios de Derecho

Fundada en 1912



1803

UNIVERSIDAD  
DE ANTIOQUIA

*Serie Desde la raíz.* Fotografía Digital. Silvia Alejandra Cifuentes Manrique

# Sistema penal y revolución de las sociedades de control: suplicio, prisión e inocuización. Desde la sociedad de control al control de la sociedad\*

Manuel L. Ruiz-Morales\*

## Resumen

El artículo analiza la evolución del castigo a lo largo de la historia, pasando de una primacía en la utilización de las penas corporales a la utilización masiva de la pena de prisión –que continúa siendo la principal sanción penal de los sistemas de penas en los ordenamientos penales del mundo-. Sin embargo, la propia prisión se fue transformando de acuerdo a las necesidades que debía cumplir como centro de reclusión, convirtiéndose en el paradigma más palmario de sociedad de control. A partir de ahí la institución penitenciaria se bifurcó en dos vías diversas, las cuales verdaderamente convergen en sí, puesto que el ordenamiento penal actual es esclavo del orden y el control, lo que terminado instaurando la inocuización de los individuos, tanto en los establecimientos penales, como en la propia sociedad.

**Palabras clave:** prisión; penas corporales; inocuización; sociedades de control; castigo.

## Criminal system and revolution of control agencies: supply, prison, and innocuousness. From control agencies to social control

## Abstract

The article analyzes the evolution of punishment throughout history, going from primacy in the use of corporal punishment to the massive use of prison sentence –which continues to be the primary criminal sanction of penalty systems in the penal systems of the world-. However, the prison itself was transformed according to the needs that it had to fulfill as a detention center, becoming the most apparent paradigm of a control society. From there, the penitentiary institution branched out into two different pathways, which truly converge in themselves, since the current criminal Law is a slave to order and control, which ended up establishing the innocuousness of individuals, both in penal establishments, as well as in society itself.

**Keywords:** prison; corporal punishment; innocuousness; control societies; punishment.

## Sistema penal e revolução das sociedades de controle: suplício, prisão, inoculação. Desde a sociedade de controle ao controle da sociedade

## Resumo

O artigo analisa a evolução do castigo ao longo da história, passando de uma primazia na utilização das penalizações corporais ao uso massivo da pena de prisão, - que continua sendo a principal sanção penal dos sistemas de penas nos ordenamentos penais do mundo-. Porém, a própria prisão tem sido transformada de acordo com as necessidades que devia cumprir como centro de carceragem, transformando-se no paradigma mais evidente da sociedade de controle. A partir daí, a instituição penitenciária bifurcou-se em dois caminhos diversos, os quais verdadeiramente convergem entre si, já que o ordenamento penal atual é escravo da ordem e do controle, o que termina instaurando a inoculação dos indivíduos, tanto nos estabelecimentos penitenciários como na própria sociedade.

**Palavras-chave:** prisão; penas corporais; inoculação; sociedades de controle; castigo.

1 Artículo de reflexión. Grupo de investigación: SEJ 378, Sistema penal y criminalidad.

2 Personal docente investigador en Universidad de Cádiz, España, la cual es la filiación. Investigador invitado en el Instituto de investigaciones jurídicas y sociológicas Ambrosio Lucas Gioja de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: Manuel.ruizmoral@uca.es ORCID: 0000-0003-2381-1503

Cómo citar este artículo: Ruiz-Morales, M. L. (2021). Sistema penal y revolución de las sociedades de control: suplicio, prisión e inocuización. Desde la sociedad de control al control de la sociedad. *Estudios de Derecho*, 78 (171), 171-199  
Doi: 10.17533/udea.esde.v78n171a07

Fecha de recepción: 07/07/2020 Fecha de aceptación: 06/10/2020



# Sistema penal y revolución de las sociedades de control: suplicio, prisión e inocuización. Desde la sociedad de control al control de la sociedad

## 1. Introducción

Las denominadas sociedades de control no son algo nuevo, toda vez que desde el principio de los tiempos el ser humano se ha sentido desprotegido, de ahí que los antepasados biológicos de la especie humana -*homo sapiens*-, desde los primeros australopitecos hasta el hombre de neandertal se agrupasen en pequeñas sociedades de una decena de miembros -aunque a veces se estructuraban en comunidades más grandes-, al efecto de procurarse seguridad, protección y el necesario alimento entre los miembros del grupo, en función de la división de tareas y en un apoyo social significativo<sup>1</sup> (De J., 2017; Nieves, 2014).

De esta manera, aparecieron patrones de comportamiento que reglaban las conductas de los individuos que estas primigenias comunidades habitaban, lo que fue normalizando la vida en el seno de ellas, a través de estas prácticas, hábitos y costumbres en un determinado sentido.

Es decir, a medida que la sociedad comienza a progresar, la comunidad -aunque primitiva y de escasa dimensión- establece modos de control de las conductas de sus miembros -al estilo del control social ejercido actualmente por la familia<sup>2</sup>-, como medios de control social de carácter informal<sup>3</sup>, con el objetivo de mantener el orden en dicho clan.

No obstante, aún en esos momentos de la evolución, las nociones de justicia, de la moral, de lo que está bien o mal, apenas estaban desarrolladas, por lo que los sujetos podían actuar conforme a su parecer o sus apetencias. Así, ante el ataque

1 No debe extrañar tal afirmación, ya que la mayoría de animales conforman grupos de ellos. En este sentido, los primates además de conformar grupos, exhiben normalmente cierta organización social.

2 En la actualidad, juega un papel fundamental la educación, atendiendo a la madurez de los menores (Vega Fernández, 2017, p. 174).

3 También denominado difuso (Malo Camacho, 2001, p. 22).

-no permitido consuetudinariamente- de un miembro de la tribu la forma de hacer justicia fue primeramente la autotutela individual y privada, al efecto de defender la propia vida o la de los miembros de ese grupo.

Esto es, se trata del momento conceptual al que los pensadores y teóricos del Estado -principalmente del Renacimiento y de la Ilustración- denominaron “estado de naturaleza”, ya que el hombre prehistórico podía perseguir sus deseos sin limitación alguna, toda vez que el individuo en ese estado inicial tenía derecho a todo -incluso a servirse del cuerpo de los otros iguales- para satisfacer sus apetitos, al no existir tampoco conceptos como el de criminalidad. Esta situación de constante inseguridad, intranquilidad y miedo, era como una especie de guerra de todos contra todos, en la que el débil solo podía aprovechar oportunidades de defensa basadas en la venganza o en el aprovechamiento de la distracción del más fuerte (Ginzburg, 2015, p. 33; Ramírez, 2011, pp. 22-25).

Posteriormente, cuando el desarrollo social alcanzó una intensidad mayor, surgió un modo más avanzado de solucionar los conflictos sociales, dejándose de lado la autotutela, y apareciendo la autocomposición. Esta modalidad de solventar conflictos, consistía en arreglar el asunto entre ambos contendientes (Moreno Catena y Cortés Domínguez, 2017, pp. 39-40), con la finalidad de restaurar la armonía y la concordia en el grupo social que permitiera vivir nuevamente con tranquilidad.

No obstante, la evolución respecto de los modos de resolver disputas jurídicas se produjo cuando los individuos optaron<sup>4</sup> por someterse a la voluntad de un tercero -que sería el que decidía y dilucidaría la cuestión-, imponiendo una solución, en virtud de su posición superior a las partes en conflicto -heterocomposición- (Moreno Catena y Cortés Domínguez, 2017, p. 42).

Así fue como funcionaron las primeras civilizaciones, la Sumeria en la Baja Mesopotamia, la del Antiguo Egipto, Grecia o Roma, ya que desde el Código de Hammurabi<sup>5</sup> -hace unos cuatro mil años- se utilizó la heterocomposición a la hora de resolver conflictos jurídicos, de ahí que se aludiera a la figura del juez -al poder estatal-, aun cuando a la hora de resolver disputas jurídicas se basase idealmente en la Ley del Talión (Franco, 1962, p. 333-335).

Y es que no se debe olvidar que ante la inseguridad que suponía el estado de naturaleza inicial, el hombre se unió para conseguir un determinado bien<sup>6</sup> (Ruiz-Morales 2018a, p. 318). En un sentido similar, argumentó Maquiavelo al entender

4 Optaron en el sentido hobbesiano o rousseauiano de sumisión voluntaria al poder por medio del contrato social, aunque es discutible si desde los primeros imperios, babilónicos, persas, griegos, romanos, se sometieron al sistema feudal, estos mecanismos se impusieron a los individuos.

5 Este código de leyes también empezó a normalizar y sancionar conductas, esto es, tipificar delitos, por lo que es el momento en el que comienza a desarrollarse un control social de carácter formal.

6 Según las teorías aristotélicas.

que el individuo se agrupó para obtener una protección mayor, recayendo la jefatura tribal en el sujeto más robusto y valiente, para favorecer la defensa del colectivo. No obstante, la vida grupal mostró las conductas virtuosas y perjudiciales para el clan, instaurándose normas conductuales y sanciones, lo que situó en el mando de dicha sociedad al más justo en sus decisiones, en vez del más corpulento (Todarello, 2008, pp. 38-39) -sobre la base de la heterocomposición-. Finalmente, la corriente contractualista que surgió en el Renacimiento elaboró la teoría del pacto o del contrato social -para explicar la situación política en la que se hallaban- en virtud de la cual los individuos renunciaban a parte de sus derechos y libertades a cambio de gozar de tranquilidad para desarrollar su vida en sociedad<sup>7</sup>.

## 2. El ambiente punitivo desde la Antigüedad a la época preilustrada

Como reminiscencia de las soluciones al conflicto impuestas en las sociedades primitivas de corte tribal en las que primaba la venganza, durante más de tres mil quinientos años se castigó primordialmente mediante el uso de penas corporales, que fue la principal sanción utilizada durante la Antigüedad y durante toda la Edad Media (Zambrana Moral, 2005, p. 201).

Igualmente, esta retribución penal satisfecha en el propio cuerpo del delincuente, se extendió por todo el orbe. Tanto es así, que en el primitivo derecho penal chino, en el derecho persa (Jiménez de Asúa, 1957, pp. 268-269), en el anteriormente citado Código de Hammurabi, en el libro indio de Manú o en normas romanas -como las Doce Tablas o la Compilación Justinianea-, se contenían penas corporales como castigos (Zambrana Moral, 2005, p. 202).

Ahora bien, en el derecho penal de los pueblos germánicos alcanzó un papel preponderante la pena de muerte, dado que muchas de las conductas que se castigaban anteriormente sobre el cuerpo del sujeto delincuente, se reprimieron durante la Edad Media con la pena capital (Lalinde Abadía, 1992, p. 1025). Ante tal situación, no es de extrañar que hasta el siglo XVIII se dijera que “el repertorio de las penas legales era muy escaso en cuanto a las leves y muy amplio respecto a las de mayor dureza”. Además, la pena de muerte “era muy frecuentemente establecida, a fin de aterrorizar eficazmente a los ciudadanos, reservando las formas más dolorosas para los delitos más graves (Tomás y Valiente, 1973, p. 185)<sup>8</sup>”. A mayor abundamiento, ocurría que

7 A partir de dicho contrato social cada autor se decantaba por un sistema político diverso, desde los autoritarios –Hobbes–, a los más liberales –Rousseau– pero que –en definitiva– servían para controlar a la sociedad, posibilitando la vida social y el mantenimiento del orden y la paz social.

8 Las penas corporales adquirieron principalmente dos formas, a saber: de mutilación –castración, vaciado de la cuna de los ojos, amputación de miembros y extirpación de la lengua– y de azotes (Zambrana Moral 2010, pp. 6-12).

La gran cantidad de delitos castigados con la pena de muerte eliminaba toda posible proporcionalidad entre delitos y penas. [...] Además, la pena era principalmente el castigo merecido por el delincuente, y su imposición tenía muchos visos de una Justa Venganza, siendo utilizada por el legislador como arma represiva. (Tomás y Valiente, 1973, pp. 186-187)

La pena consistía entonces en el suplicio del condenado -en el ensañamiento-, ya que el dolor era el elemento preponderante del castigo. De este modo, el linchamiento de carácter público servía para demostrar y restituir el poder superior del soberano, ya que -mediante el delito- el derecho dado por el princeps había quedado ultrajado. Ocurría además que el monarca gozaba de derecho a castigar los delitos, en virtud de aquella potestad del soberano a hacer la guerra a sus enemigos, que le permitía disponer -conforme a la ley- de la vida o muerte de sus súbditos (Foucault, 1990, pp. 53-54 y p. 62). Así, incluso montería (1828) afirmó tal derecho a castigar, con base en pretensiones de mantener un espacio de seguridad y libertad para el desarrollo vital de la sociedad que el soberano gobernaba -conforme a la cesión de las parcelas de libertad resultado del contrato social-, pero afirmando su "necesidad" (Beccaria, 1828, pp. 9-11).

Por tanto, el control social ejercido mediante el derecho penal medieval -incluso moderno- se caracterizó por usar la amenaza y el miedo al dolor en contra del individuo, apareciendo el sufrimiento -o la propia eliminación del victimario- como un mecanismo disuasorio de actividad delictiva alguna.

Ante tal situación, no debe extrañar que hasta la Ilustración -tanto durante la Antigüedad como durante el Medievo- la cárcel o prisión actuó no como pena, sino simplemente como un medio de retención o aprehensión<sup>9</sup> que permitía el aseguramiento del delincuente mientras devenía su condena<sup>10</sup>, que -en todo caso- consistía en una pena sobre el cuerpo del reo -ya se tratara de torturas, suplicios o la muerte del delincuente<sup>11</sup>-.

No obstante, durante el siglo XVI aparecen por diversos lugares de Europa algunos establecimientos que sirvieron para el internamiento, la reclusión y la corrección de grupos de población denigrados, tales como sujetos que vivían en la mendicidad o ejerciendo la prostitución. Uno de los más conocidos, era la Casa de Corrección "Rasphuis" en Ámsterdam fundada en 1596. Ahora bien, no sería hasta 1704 cuando se construiría el primer establecimiento ideado para privar a los individuos de libertad. Se trató de la Casa de Corrección de San Miguel en Roma, cuyo edificio se concibió

9 Las condiciones higiénicas del lugar eran indiferentes, y cualquier lugar que evitase la fuga del presumible autor del hecho se consideraba idóneo para acometer en él dicha retención. De ahí que lugares como la Torre de Londres, el castillo de Vincennes, o La Bastilla sirvieran como prisión en algún momento de su historia.

10 Al modo actual de la prisión preventiva.

11 Incluso se seguía castigando el cuerpo tras producirse el fatal desenlace.

con tal finalidad, atendiendo a unas mínimas exigencias de salubridad para llevar a cabo la reclusión. Sin embargo, se debe advertir que este establecimiento servía para cumplir la penitencia impuesta a los clérigos que hubieran desobedecido las normas eclesiásticas, facilitando así su arrepentimiento (Cuello Calón, 1968, p. 302).

### 3. Los fundamentos de la Ilustración en materia penal

Los pensadores de la Ilustración, en la línea filosófica-política de crítica hacia el absolutismo, observaron en el ámbito del castigo que las prácticas sancionadoras que se venían desarrollando a la hora de hacer justicia, eran una simple consecuencia y una demostración más del absolutismo político de la época, lo que provocaba que el monarca actuase discrecionalmente y -en no pocas ocasiones- de manera excesiva a la hora de ejecutar los castigos, como demostración de ese poder supremo y divino del que estaba investido.

Por ello, los ilustrados entendieron que se debía de castigar de una mejor manera, sin excentricidades, sin esas notas de teatralidad, por lo que se dejó de atacar el cuerpo del delincuente -de una manera física-, ya que únicamente el cuerpo tenía que ser utilizado como instrumento de la pena (Foucault, 1990, pp. 17-19 y p. 86).

Entre las medidas ideadas por aquel entonces, se pueden mencionar la instauración del principio de legalidad o el establecimiento de un Tribunal impersonal -especie de Tribunal del Jurado “ad hoc” (Montesquieu, 1972, pp. 53-54 y p. 152), los principios de proporcionalidad de las penas y de objetividad, toda vez que la sanción penal debía de ser medida, aunque inexorable -ya que la mayor retención o preventión al delito vendría de la mano de ese castigo inevitable<sup>12</sup>- y extenso en el tiempo -aunque menos intenso- (Beccaria, 1828, pp. 25-27, pp. 116-117 y pp. 179-180), alargando la duración de ese pequeño sufrimiento (Caro Pozo, 2013, p. 150).

Sin embargo, para llevar a cabo este nuevo modo de castigar, se requería de un lugar específico para su ejecución: la prisión.

Es entonces cuando abrió sus puertas en 1775 el *Correccional de Gante*, donde por vez primera la arquitectura se allana a las exigencias del castigo, pretendiendo facilitar las labores de vigilancia. Este edificio disponía de una planta octogonal con un patio central, dándose relevancia fundamental al tratamiento del recluso, con base al trabajo -evitando la molicie que inundaba el alma de los criminales<sup>13</sup>- (Ruiz-Morales, 2018b, p. 41).

12 Esto es, se iniciaría ineludiblemente un proceso penal, que sería inexpugnable. De nada valía castigar con la muerte o con suplicios, si el sujeto sabía que nunca iba a ser descubierto el delito, si se sabía impune.

13 La estancia no debía ser demasiado corta, ya que no cumpliría su finalidad de inculcar el espíritu trabajador; ni demasiado larga, puesto que sus pensamientos estarían centrados en planes de huida.

#### 4. Las tesis en torno a la vigilancia y la disciplina: las sociedades de control

En el cambio de centuria que se produjo entre los siglos XVIII y XIX, comienzan a cobrar protagonismo el sometimiento de cualquier faceta de la vida de los individuos a la disciplina y a la vigilancia<sup>14</sup>, aflorando en el mundo las -que se denominaron posteriormente- sociedades de control, bajo el auspicio del gobierno napoleónico que trasladó el modelo de esta sociedad disciplinaria a todos los ámbitos, desde la escuela, al hospital, o a la fábrica (Melossi y Pavarini, 2010, pp. 43-48)<sup>15</sup>.

No obstante, la sociedad de control por excelencia, no sería otra que la institución creada para ejecutar el encierro como castigo: la prisión.

Para Foucault, los cuatro pilares sobre los que se asentaban y asientan las sociedades de control son: la disciplina como distribución de los elementos con los que se cuenta, dividiéndolos de una determinada manera; el control o supervisión de la actividad, indicándose y fijándose cómo debe operar la correcta gestión del tiempo, esto es, los movimientos o el ritmo de las tareas; la enseñanza mutua, ya que los sometidos más experimentados controlan a los menos expertos, mientras que simultáneamente continúan con su proceso de aprendizaje; y la inmediata reacción a la orden, que debe ser sencilla, paladina, sin posibilidad de interpretación ni de menoscabar el ambiente de disciplina en el más absoluto silencio.

Por estos motivos, la arquitectura alcanzó un rol preeminente para las sociedades de control, en tanto en cuanto la disposición dada a las estructuras edilicias, podían facilitar las labores exigidas por estas sociedades disciplinarias. Ante tales prerrogativas, las construcciones de tal momento empezaron a perder el gusto por la ornamentación y el exterior del edificio, ya que la mirada se centró entonces en el interior, en lo que ocurría dentro, dominándose el cuerpo de los sujetos, sin ni siquiera atacarlo (Foucault, 1990, pp. 146-182).

#### 5. El prototipo arquitectónico de la doctrina disciplinaria: el panóptico

En cierta manera, el nacimiento y el posterior establecimiento de las sociedades de control -propiamente dichas- fue consecuencia de la eclosión de las tesis utilitaristas durante el siglo XIX, principalmente de la mano de su teórico fundamental, Jeremy Bentham.

14 La prisión a principios del XIX fue vista por los reformadores como el lugar donde disciplinar a los desviados, a la vez que servía de amenaza a la sociedad (Rothman, 1998, pp. 111-112).

15 Es la época en la que la soberanía pasa al pueblo, en vez de quedar en manos del monarca; la disciplina le gana la partida al suplicio; la imposición del poder pretende construir en vez de reprimir (Foucault, 1990, pp. 33-34).

Es interesante, en este sentido, observar cómo el pensamiento benthamiano trata gran parte de esta problemática en algunas de sus obras, a saber: en *El Panóptico* o en su *Teoría de las penas y de las Recompensas*.

En esta última obra trataba las diversas modalidades de penas, y concretamente habló del encarcelamiento -incluso a veces desde un prisma puramente economicista- y del estado de las prisiones con que se encontró Howard. Dividió las cárceles en tres tipos, y abordó la explicación del panóptico, remitiendo al tercer volumen del *Tratado de legislación civil y penal*.

Aunque el propio filósofo londinense entendía que su prototipo podía utilizarse para cualquier edificio donde debiera primar la inspección, igualmente fue consciente de que su diseño gozaría de una gran utilidad en los establecimientos dedicados a la reclusión de personas y en los cuales se realizaban trabajos forzados. De esta manera, desarrolló su idea del proyecto “que todo lo ve” íntegramente, sin dejar de abordar ningún aspecto estructural ni de su posterior funcionamiento<sup>16</sup> (Bentham, 1839, pp. 91-108).

El fundamento del arquetipo era el de “garantizar la existencia de un punto por todos observado, y desde el que cada uno piensa que puede ser controlado en cualquier momento” (Fraile, 1987, p. 132). Ahora bien, que el individuo estuviera cumpliendo una pena no era óbice para que el mismo se ejecutase de una manera lamentable, por ello las condiciones de luminosidad y de salubridad e higiene mejoraron considerablemente en el prototipo benthamiano -lo que mejoró la productividad en el trabajo-, mediante el uso de inmensos ventanales, ya que “quitar a un hombre su libertad no es condenarle a padecer frío ni a respirar un aire fétido” (Bentham, 1839, pp. 43-44).

Así, la disposición del edificio quedaba de la siguiente manera: “en la periferia, una construcción en forma de anillo; en el centro, una torre, ésta, con anchas ventanas que se abren en la cara interior del anillo” (Foucault, 1990, p. 203).

En la zona circular, se hallan las celdas, que se construirán ocupando toda la anchura del edificio, y que tanto por el lado que da al exterior, como por el que se ofrece a la torre central, estarán provisto de amplias ventanales para que cada calabozo individual sea atravesado por la luz, y mediante las siluetas sombreadas que brinda ésta, se pueda conocer desde la torre central, la actitud que está teniendo el preso en todo momento. (Ruiz-Morales, 2018b, p. 43)

16 Atendió a la construcción, a sus ventajas, a la administración, a la separación y división, al trabajo, a la higiene, al alimento, al vestido, a la instrucción y el castigo, etc. en el Panóptico por él ideado.

De esta manera, el panóptico -además- era economizador, al controlar constantemente al sujeto sin apenas supervisores, solo mediante la representación que se hacía el interno, en virtud de la cual se sentía constantemente observado -aun cuando no lo estuviera- (Foucault, 1990, pp. 205-208).

Sin embargo, a pesar de la influencia que significaron las tesis benthamianas, no se construyó ningún panóptico -desde su perspectiva teórica- en el mundo, toda vez que no se consiguió una total vigilancia del recluso, ni el total aislamiento del mismo, ya que podía oír lo que ocurría en el exterior de su celda. Además, para ganar en operatividad y rebajar los costes de este diseño, durante las primeras décadas del siglo XIX se prefirió edificar presidios de una mayor dimensión, asentados en el denominado “panóptico local”, en el cabían más penados y se posibilitaba fácilmente la división entre ellos, mientras se vigilaba desde un punto de inspección central las diversas alas -bajo el amparo del sistema radial- (López, 1832, pp. 54-55).

Este modelo -radial- se utilizó desde 1829 en la Eastern Penitentiary de Filadelfia -en Estados Unidos- y se extendió por todo el orbe, siguiendo este modelo prisiones como la de Santiago (1843) -Chile-, Mendoza (1864) -Argentina-, la Penitenciaria Nacional (1874) -Argentina-, la Cárcel Modelo de Madrid (1884) -España-, la de La Paz (1896) -Bolivia-, el Presidio de Ushuaia -Argentina- y la Modelo de Barcelona (1904) -España- o la de Carabanchel (1944) -España-, manteniendo vigencia dicho arquetipo por más de un siglo<sup>17</sup>.

## 6. Las novedades del cambio de siglo

A lo largo del siglo XIX apareció un movimiento que atacó los postulados de la Escuela Clásica, ya que aquel movimiento entendió que la criminalidad debía estudiarse de una forma más científica -al estilo del resto de ciencias de la naturaleza- y no de una manera puramente dogmática, con la finalidad de prevenir la delincuencia y estudiar las causas que llevaban al individuo a delinquir. De este modo, surgió el positivismo criminológico.

Fue de esta manera como prosperaron las teorías sobre la prevención especial, basadas en la reeducación y readaptación del delincuente condenado, al efecto de no separar al individuo de la sociedad (Tinedo Fernández, 2008, p. 33). Por tanto, no es de extrañar que por ejemplo Ferri trabajase en tal línea, estableciendo medidas

17 Esta es la época de la reforma carcelaria, en la que se trataba el problema de las prisiones desde el punto de vista “médico” o “psicológico”, apareciendo la noción del “incurable”, el cual debía ser aislado totalmente de la sociedad. Esta corriente, entendía que el nivel de vida en los centros de reclusión debía ser muy inferior a la disfrutada por la población libre (Rusche y Kirchheimer, 1984, pp. 180-181).

preventivas y de supresión de la peligrosidad del sujeto, con base en un tratamiento individual de acuerdo a las necesidades del penado (Elbert, 2001, p. 51).

Estos aspectos, además, fueron favorecidos por otras corrientes de las primeras décadas del siglo pasado, como la doctrina pedagógica penal, o el auge de disciplinas emergentes en las ciencias sociales, tales como la sociología o la antropología. De este modo, en virtud del primero de los avances, el tratamiento del penado alcanzó fines quasi médicos, al configurarse como un verdadero régimen terapéutico (Ferrajoli, 1998, p. 265). Por su parte, las ciencias sociales contribuyeron al entendimiento del delincuente, como sujeto en el que el sistema social había errado en su proceso de socialización, por lo que la condena debía ir de la mano de una educación con la que imbuir valores sociales que permitieran la vida en comunidad (Zaffaroni, 1997, pp. 180-181).

Así, la aplicación penitenciaria de esta evolución doctrinal se produjo en el año 1898, de la mano del ingenio arquitectónico Henri Poussin, el cual proyectó la construcción de la Prisión departamental de Fresnes-les-Rungins, la cual marcó un hito en el ámbito de la arquitectura carcelaria, ya que con este presidio se inicia la senda de los complejos penitenciarios<sup>18</sup>.

Estos complejos han sido definidos como un “conjunto de establecimientos y servicios diferenciados, interrelacionado y coordinado para hacer efectiva una mejor individualización del tratamiento y una efectiva aplicación de las distintas fases de la progresividad del régimen penitenciario” (Paiva, 1966, p. 5), incluso posibilitando -en ocasiones- la autosuficiencia de la prisión o, al menos, el menor coste por recluso -respecto del mantenimiento- (Ruiz-Morales, 2018b, p. 47).

Además, estas modalidades penitenciarias rápidamente se extendieron y difundieron por todo el mundo, principalmente por la especial utilización de Alfred Hopkins. Sin embargo, los diseños utilizados fueron variados, desde la forma de espina, en “campus” -creando, dividiendo y subdividiendo a los reclusos en unidades funcionales y módulos con individuos homogéneos- (Margariños, 2008, p. 2) o incluso en altura, dependiendo de las necesidades del lugar.

Entre los complejos penitenciarios relevantes que se pueden mencionar, primeramente, se debe aludir al ideado por Hopkins para la Prisión de Lewisburg (1932). También la prisión de Rickers Island (1932), la Maison d’Arrêt de Fleury-Mérogis (1968), o más recientemente, los complejos penitenciarios tipo españoles -que son iguales entre ellos- y los complejos penitenciarios argentinos -que difieren entre ellos- (Bruno, 2006, pp. 8-13; García Basalo, 2003, pp. 63-75).

18 No obstante lo anterior, siguieron construyéndose prisiones bajo las premisas panoptistas de tiempos pretéritos, como ya se mencionó respecto de algunas prisiones del modelo radial que se edificaron durante el siglo XX.

## 7. El último medio siglo

La relevancia dada a la resocialización, al tratamiento y la prevención fue considerable, por eso no debe extrañar que muchos de estos principios quedasen instituidos en las *Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos* (1957)<sup>19</sup>.

No obstante, con el paso de los años, la eficacia de la función resocializadora -y de las mencionadas reglas- fue quedando en entredicho, puesto que estas teorías y preceptos tenían un afán de universalidad, de difícil operatividad al tener que aplicarse en países muy diversos -algunos incluso antes de la ratificación ya habían cumplido con los compromisos adheridos, mientras que otros requerían de una modificación absoluta de su ordenamiento jurídico-penal, así como reconfigurar las penas y los castigos- (Mapelli Caffarena 2006, pp. 1-4). Igualmente, existieron otros aspectos problemáticos que condenaron a la resocialización, tales como el uso masivo de la pena de prisión -lo que causó una enorme sobre población carcelaria, contraria a los fines resocializadores- o la nocividad propia de la reclusión en la institución penitenciaria -que atenta contra la sociabilidad del individuo-. Todo ello fue provocando el paulatino abandono de las prácticas resocializadoras (Téllez Aguilera, 1996, pp. 100-107).

Ante tal situación, las últimas décadas se caracterizaron por dos tendencias diversas de signo contrario: una, la vuelta a las tesis de la resocialización -eliminando los elementos negativos que coadyuvaron a su derrocamiento-; dos, la recuperación de los postulados más restrictivos, propios de las sociedades de control<sup>20</sup>.

### 7.1. La vuelta a la reinserción

Las corrientes garantistas han venido promoviendo desde hace años un nuevo giro en torno al amparo de la dignidad y la humanidad del interno en un establecimiento penitenciario. Es por ello que Baratta (1999) se decantaba por

La premisa según la cual la reintegración social del condenado no puede y no debe hacerse a través de la pena (detentiva), sino, contra la pena, vale decir, contrarrestando los efectos negativos que la privación de libertad ejerce sobre sus oportunidades de reinserción. (p. 72)

19 Se adoptaron en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (1955), pero se aprobaron dos años más tarde, y también en 1977.

20 Algun autor se refirió a esta circunstancia como consecuencia de la política penitenciaria, toda vez que la misma no es única -sino que es plural- dependiendo del parecer que el aparato gubernamental estatal estime más idóneo para ejecutar el castigo. De este modo, habría políticas penitenciarias centradas en la resocialización -vía prevención especial positiva-, y habría otras de corte más securitario -amparadas en la emergencia penal- (Cesano 2017, p. 12).

Por tanto, esta “nueva” socialización pretendía eliminar o, al menos, paliar aquellos ámbitos del condenado que sufren un menoscabo durante la ejecución de la condena que lo privaba de libertad -caso de fracturas de relaciones familiares, relaciones entre reclusos o shock posreclusión- (Tinedo Fernández, 2008, pp. 39-42).

En definitiva, es aquello que Zaffaroni denominó “el trato humano reductor de la vulnerabilidad”, en virtud del cual:

Un programa concebido sobre esta base tendría un objetivo claro y posible: agotar los esfuerzos para que la cárcel sea lo menos deteriorante posible, tanto para los prisonizados como para el personal; permitir que en cooperación con iniciativas comunitarias se eleve el nivel de invulnerabilidad de la persona frente al poder del sistema penal. (Zaffaroni, 1997, p. 186)

Estas previsiones teóricas recibieron la acogida de normalización necesaria para asegurar su cumplimiento -a nivel global- por medio -primeramente y sectorialmente- de las Reglas o Normas Penitenciarias Europeas, adoptadas el 11 de enero de 2006 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y -posteriormente- por la revisión de *Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas* de 1957, que culminaron con la proclamación de *Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela)*, del 4 de mayo de 2015<sup>21</sup>.

De esta manera, las peculiaridades manifestadas requerían de ciertas innovaciones en el ámbito arquitectónico, que quedaría expuesto en el propio diseño de la cárcel, la cual se debía asemejar al estilo de cualquier edificio público, para eliminar así la presión ambiental y visual -toda vez que el propio edificio proyecta una imagen y un significado- (Ruiz-Morales, 2018b, p. 51).

Como ejemplos de estas prisiones vanguardistas en el campo de la reinserción social y la no reincidencia del ex-recluso, se pueden mencionar algunas prisiones de países nórdicos y del norte y centro de Europa.

Entre ellas se debe aludir al austriaco Justice Center Leoben (2004) -en el que prima la entrada de luminosidad en el interior, el uso del cristal, la ventilación, las vistas del exterior y una serie de espacios múltiples para los momentos de ocio, puesto que los reclusos trabajan mientras están internados (Lewis, 2009)-; la Cárcel de Handel Fengsel (2010) -considerada una de las prisiones más humanas del mundo, facilitando la adaptación y favoreciendo la habitabilidad y la sociabilidad del sujeto mediante la integración de un numeroso y altamente capacitado equipo humano en el trato con la población reclusa, además de utilizar el diseño,

21 Recuérdese también las Reglas de Bangkok del 16 de marzo de 2011, que surgieron tras constatar que los reclusos tienen diversas necesidades dependiendo de su sexo, por la que se disponen medidas para el tratamiento de las reclusas.

la decoración e, incluso, la vegetación, como piezas esenciales para disminuir la presión ambiental (Benezic, 2016)-; la Prisión de Storstrøm (2017) -que cuenta con una verdadera trama urbana, con diversos espacios y calles, como una ciudad en miniatura<sup>22</sup> (Zuleta, 2011)- y la Prisión de la isla de Bastoy (1982) -que a pesar de ser la más antigua de las enumeradas, fue muy revolucionaria en su momento, al permitir la vida en libertad de los internos dentro de sus límites costeros -en sus propios *bungalows*<sup>23</sup>, manteniéndose la misma de forma autosuficiente mediante el trabajo de los reclusos (James, 2013)-.

## 7.2. El retorno de las sociedades de control

En las últimas décadas, igualmente, se ha producido una evolución tecnológica exponencial, que ha afectado a casi todos los ámbitos de la ciencia. Estas nuevas tecnologías gozan de un potencial enorme para desarrollar sistemas de control en cualquier faceta de los individuos y, como es lógico, mucho más en el lugar en el que se cumple una pena privativa de libertad.

En estos modelos penitenciarios y carcelarios, en los que prima el control, los derechos y libertades del recluso<sup>24</sup> -como su intimidad- (Estrada Cuzcano, 2005, pp. 150-161) o su menesterosa rehabilitación social quedan relegados a un segundo plano -cuando no son desdeñados absolutamente-.

Por ende, el control del sujeto en la actualidad, puede ser total, quedando inspeccionado y grabado cualquier movimiento del condenado, a través de los diversos medios telemáticos disponibles y sin apenas necesidad de recursos humanos que controlen *in situ* la prisión -con el paladino y correlativo ahorro en costes laborales-.

Pero a mayor abundamiento, hace unas cuatro décadas apareció un novedoso diseño -denominado diseño podular- especial para organizar las unidades funcionales de cualquier centro penitenciario (García Basalo, 2018, pp. 7-8). No obstante, este arquetipo tenía poco o nada de novedoso, toda vez que presenta ciertas similitudes con las tesis benthamianas en torno al panóptico.

Así, este arquetipo podular consiste en constituir unidades funcionales o módulos de unos treinta o cuarenta reclusos, con una forma triangular, de manera que las celdas o habitaciones quedaban alrededor de un puesto de control

---

22 Es considerada la prisión más humana en la actualidad. Con celdas individuales, que garantizan la privacidad. Cuenta con múltiples espacios y se configura como una pequeña ciudad, con su centro y sus zonas residenciales en las que prima el vanguardismo.

23 Se considera que la sanción consiste meramente en rehabilitación y no en castigo, aseveración confirmada en virtud las nimias cifras de reincidencia que posee.

24 No se debe olvidar que antes que recluso es persona, poseedora de unos derechos humanos inalienables.

-que permitiría supervisar con una simple mirada las diversas celdillas-. Ahora bien, si dicho puesto de control se halla en el exterior de la unidad, se habla de observación remota -control puro-<sup>25</sup>; mientras que si el supervisor vigila desde el propio interior de la unidad, se habla de supervisión directa -ya que, al integrarse el vigía con la población reclusa, este hecho favorecería, *a priori*, la rehabilitación-.

Por su parte, como prisiones en las que prevalece el control se pueden mencionar el Centro Souza Baranowski (1998) -prisión tecnológica que dispone de uno de los sistemas de vigilancia más potentes del mundo, de ahí que cuente con más de cuatrocientas cámaras, sensores de movimientos, etc., lo que la hacen inexpugnable-, la Penitenciaría de Terre Haute (2004) -que cuenta con un sistema de seguridad único, puesto que además de lo anterior, utilizan incluso el reconocimiento facial y el candado biométrico, con unos módulos triangulares<sup>26</sup>-, o las prisiones antiguas que son equipadas con sistemas de vigilancia actuales para convertirlas en un lugar inquebrantable, un espacio de control absoluto, sin necesidad de contar con gran cantidad recursos humanos -como es el caso de La Santé- (Ruiz-Morales, 2018b, pp. 53-54).

De esta manera, se puede concluir que estas cárceles están ideadas prevaleciendo más las ideas en torno al control, en evitar la evasión -de cualquier manera-, más que en el individuo y sus necesidades, de ahí que los recursos financieros disponibles para su diseño y equipamiento se dirijan a cumplir con tales menesteres.

## 8. La verdadera realidad: la inocuización

A pesar de que evidentemente existen dos caminos diferentes a la hora de entender hoy en día el castigo referente a la pena privativa de libertad -la cual sigue siendo la primordial en el sistema de penas de los ordenamientos jurídico-penales del mundo-, habiéndose construido -por un lado- prisiones desde una perspectiva más garantista, más humana, en virtud de la denominada arquitectura penitenciaria de cuarta generación<sup>27</sup>, y -por otro lado- habiéndose edificado -por gran parte

- 
- 25 El diseño podular tiene un fundamento panóptico, sin demasiada innovación, puesto que, en vez de referirse a la totalidad de la prisión, se trata de solo un módulo o una unidad funcional. No obstante, presenta bases benthamianas, al tratarse de un punto desde el que se controla todo -esta vez, bajo la forma triangular-. Por tanto, el diseño podular parecería haberse utilizado -sin conocer tal estructura arquitectónica- en el Correccional de Gante -cuando aún no había surgido el panóptico como tal-, máxime si se tiene en cuenta que dicha prisión se dividía en unidades separadas triangulares a partir de un patio central.
- 26 Lo que serviría para implantar el diseño podular. En este sentido, es mencionable el Complejo Penitenciario de Ezeiza donde las unidades funcionales utilizan el diseño podular de una manera absoluta -remotamente-, toda vez que los diversos módulos se organizan a su vez triangularmente, para supervisar podularmente incluso en el exterior de las unidades.
- 27 La cuarta generación surgió tras la posguerra y se fundamenta en la instauración de grupos pequeños de reclusos, debiendo existir una correlación total entre la arquitectura y las necesidades tratamentales. Algunos de sus principios elementales serían: cercanía e integridad de la prisión en la comunidad, la prisión semiabierta de seguridad

del mundo- complejos penitenciarios en los que se antepone un incondicional y omnímodo control del recluso<sup>28</sup>; lo cierto es que el sistema penal desde mediados del siglo XX tiende meramente hacia la inocuización del individuo, incluso en aspectos extrapenales de las personas.

De este modo, si se atiende a la definición que de inocuo ofrece la Real Academia Española, se refiere a aquel o aquello “que no hace daño”. Por tanto, la inocuización consistiría en convertir a un sujeto en inofensivo, en neutralizar el eventual peligro que el sujeto puede suponer, incapacitándolo criminalmente (Magallanes Maldonado, 2002).

Pues bien, este es el objetivo que se instaura en todo el orden penal actual, que pretende neutralizar la potencial amenaza de que se produzca un hecho dañoso para la sociedad, mediante el resurgimiento del control, un control extremo de los individuos -que coarta las libertades fundamentales, so falaces excusas de seguridad-.

### 8.1. La inocuización en prisión: la cárcel “depósito”

Aun cuando -como ya se mencionó *ad supra*- las *Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos* -en sus distintas ediciones- aludían a la necesidad de resocializar al individuo como una finalidad de la pena, estas mismas reglas contenían indicaciones tendentes a la neutralización del delincuente, que han servido de justificación para separar a este de la sociedad.

Así, conforme a la Regla 58 de las *Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos* de 1957:

El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo. (Regla 58)

---

dinámica, debe internar a un número limitado de reclusos –no más de trescientos–, debe configurarse como una ciudad –trama urbana– con los distintos barrios, la seguridad se obtiene con el diseño –sin utilizar extensivamente barreras físicas–, debe poseer ambiente residencial que favorezca la interacción social entre sus habitantes, así como que permita la normalización de la vida –de acuerdo a una buena psicología ambiental–, en ellas se fijan de espacios personales –a través de dormitorios individuales–, entre otros fundamentos. Por su parte, la primera generación sería la arquitectura lineal que se producía cuando la vigilancia era intermitente, al recorrer un guardia el pasillo de una prisión. La segunda, vendría dada por el diseño podular en vigilancia remota. Y la tercera generación se configuró conforme al diseño podular en supervisión directa (García Basalo, 2018, pp. 7-13).

28 Piénsese simplemente en el funcionamiento del centro penitenciario tipo español, o en la reciente construcción del Complejo Penitenciario Federal III, del Noroeste argentino, que para nada cumple con las exigencias de la cuarta generación, situándose entre la segunda y la tercera generación.

En un sentido similar, se pronunció la Regla 4. 1 de las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)* de 2015, al indicar que “los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia”.

Por tanto, a pesar de que dichas reglas hacen referencia al menesteroso tratamiento penitenciario, se fija -igualmente- la finalidad que debe cumplir la pena privativa de libertad -que no es otro que el proteger a la sociedad-, ofreciendo como una especie de pláctet a la inocuización de los penados bajo la falsa apariencia de la resocialización<sup>29</sup>.

Sin embargo, la tendencia que se está enunciando en estas líneas no es para nada algo novedoso, puesto que ya a mediados del siglo pasado aparecieron voces que afirmaban que la prisión contenía -y contiene- al recluso, es decir, guardaba -y guarda- al delincuente de la sociedad, sin corregirlo (Ruiz Funes, 1949, pp. 7-8). Esta aseveración ha sido confirmada incluso en cierta obra dedicada al estudio de la arquitectura penitenciaria de las cárceles argentinas de mediados del siglo XIX y principios del XX, ya que uno de los mayores especialistas del mundo en esta materia proclamaba en el propio título de una de sus investigaciones que la prisión es una institución “para seguridad y no para castigo”<sup>30</sup>.

Estas argumentaciones muestran cierta relación con las exposiciones y teorías de la prevención especial positiva, donde el tratamiento penitenciario y la resocialización adquieren un papel fundamental, de una similar manera a lo dispuesto en las recurrentes *Reglas Mínimas*. No obstante, ni siquiera esta vertiente de la prevención especial es generalmente cierta, ya que

Sabemos que la ejecución penal no resocializa ni cumple ninguna de las funciones “re” que se la han inventado -“re” socialización, personalización, individuación, educación, inserción, etc. -, que todo eso es mentira y que pretender enseñarle a un hombre a vivir en sociedad mediante el encierro es [...] absurdo. (Zaffaroni, 1993, p. 43)

Pero es que además, por su parte, la vertiente negativa de la prevención especial supera esta crítica a la ejecución penal en prisión y ampara ese aislamiento, esa neutralización, esa eliminación o inocuización del sujeto delincuente, excluyéndolo del sistema social (Pérez Tolentino, 2012, pp. 3-5).

29) En este sentido, es curioso observar cómo ambas reglas mencionan antes la necesidad de proteger a la sociedad que la función resocializadora, por lo que parece dejar entrever que primero se cumple con el aseguramiento de la sociedad -lo que se produce con la separación o alejamiento del sujeto peligroso de la comunidad- y ya después se utilizarán programas para reducir la reincidencia -en la medida de las posibilidades-.

30) Se está haciendo alusión a la obra del profesor García Basalo: *Para seguridad y no para castigo. Origen y evolución de la arquitectura penitenciaria provincial argentina (1853-1922)*, publicada en 2017.

Esta prevención especial negativa no es una solución novedosa y actual, puesto que a principios del siglo XX von Liszt explicó que cuando el individuo había demostrado ser un incorregible y -por tanto- no podía ser reintegrado, se legitimaba la inclusión de la inocuización como una finalidad de la pena en el ámbito de la prevención especial, al no ser funcional la intimidación individual -delincuente ocasional-, ni la resocialización -delincuente ocasional corregible- (von Liszt, 1905, pp. 126-129 y pp. 164-169), puesto que contra los incorregibles debe la sociedad protegerse [...] y como no queremos decapitar ni ahorcar, y no podemos deportar, sólo queda la cadena perpetua -o por tiempo determinado-.

Por tanto, este jurista vienes justificó la neutralización del delincuente -incorregible- mediante la cadena perpetua o al menos por el tiempo determinado más extenso posible.

Sin embargo, si los programas de tratamiento -prevención especial positiva- son ineficaces y absurdos -como ya se comentó-, siendo además, que en la prisión prima la protección de la sociedad antes que cualquier otra finalidad, ¿no se usa actualmente entonces tal institución simplemente para inocuar a individuos?

Parece que no queda otra opción que afirmar esta proposición, ya que de otra forma resultaría imposible justificar la existencia en los ordenamientos jurídicos de instituciones vigentes al estilo de la custodia de seguridad alemana -*Sicherungsverwahrung*- (Silva Sánchez, 2001, p. 699-700), o de instituciones cercanas a la cadena perpetua.

Además, como ya algún autor llamó la atención sobre el particular, se debe recordar que el control del delito ha ido en aumento desde la década del setenta, ampliándose las funciones y el número de recursos disponibles -de distinta índole- en el ámbito policial; desmesurándose el derecho penal -ultrarregulando aspectos sociales que escapan tradicionalmente del poder punitivo estatal y a los que debería responderse desde otras ramas del ordenamiento para no menoscabar el principio de intervención mínima o la categoría del derecho penal subsidiario o fragmentario, esto es, su operatividad como *ultima ratio*-; y haciendo surgir un nuevo sector de control delincuencial -desde el propio aparato gubernamental- con organizaciones que previenen el delito, con empresas de seguridad que proliferan sin cesar, con protección de lugares privados y públicos, que se sitúa en un espacio propio de la sociedad civil, extendiendo el mencionado control formal más allá del poder estatal (Garland, 2005, pp. 279-282).

En el ordenamiento jurídico-penal español resultan fácilmente identificables estas medidas tendentes a la senda inocuizadora del delincuente, toda vez que se puede mencionar la tipificación -en los últimos años- de la pena de prisión permanente revisable, o la fijación de la medida de libertad vigilada, establecidas en nuestro Código Penal, que tienden a la neutralización de la peligrosidad del sujeto, bien manteniendo al individuo delincuente en prisión por un tiempo que tiende

hacia el infinito -como una pseudocadena perpetua<sup>31</sup>, bien aplicando el control más absoluto y férreo tras haber cumplido el individuo su condena y haber vuelto el sujeto a la sociedad.

No obstante, cada cierto tiempo aparecen nuevas noticias e informaciones en las que algún partido político se plantea ampliar el catálogo de delitos a los que imponer esta cadena perpetua simulada -máxime tras la radicalización de la derecha política española con la irrupción del partido de nueva creación VOX-. En este sentido, recientemente aparecía en los medios de comunicación la intención del Partido Popular de castigar la rebelión y otros seis hechos típicos con esta modalidad de pena (Lamet, 2019). A mayor abundamiento, el crimen de Lara Luelmo volvió a poner en la palestra el debate político sobre esta pena contenida en el ordenamiento español, entre los que desean mantenerla y ampliar los supuestos en los que podría entrar y los que se decantan por su derogación.

Igualmente, la tendencia hacia la inocuización del delincuente se pudo observar -también- en el proyecto de reforma del Código Penal español que se cristalizó en 2015, puesto que en las redacciones anteriores -cuando la propuesta de modificación era meramente un anteproyecto-, se contenía -además de la prisión permanente revisable- la custodia de seguridad, a pesar de la manifiesta inconstitucionalidad de tal medida, incluso en el ordenamiento alemán -donde se encontraba su origen-.

Por último, se debe mencionar la larga duración de las penas privativas de libertad en el Código Penal español. En este sentido, -sin afán de exhaustividad- se puede advertir, por ejemplo, cómo para los delitos de tráfico de drogas, la regulación anterior a la reforma de 2010 -por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio- contenía simplemente normas penales opresivas<sup>32</sup>, que perseguían meramente la represión de los delincuentes y su mantenimiento en prisión<sup>33</sup> (Botella Soria, 2010, p. 3).

Sin embargo, esta senda inocuizadora no es propia únicamente de nuestro país, sino que más bien se trata de un fenómeno global. Para sostener tal premisa, bastaría simplemente con recordar algunos ejemplos de tendencia hacia la neutralización en otros países<sup>34</sup>.

31 Este era uno de los fundamentos usados también para aplicar la "Doctrina Parot".

32 Se castigaba el narcotráfico con penas excesivamente altas y cercanas a las del homicidio y/o al asesinato, a las que podía superar en casos de agravante al supuesto concreto.

33 En tal sentido, es destacable que las normas europeas en la materia exigían la fijación de una sanción penal para tal tipología delictiva. No obstante, la severidad de las normas penales españolas superaba con creces a los requerimientos impuestos en la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, lo que obligó a reconfigurar el sistema penal español en la materia, acotando el rigor punitivo español en el tipo básico de narcotráfico.

34 En este sentido, se puede señalar cómo se está produciendo un fenómeno de auge de las "derechas" en el mundo actual. Basta mencionar los mandatos conservadores de Donald Trump, Vladimir Putin, Angela Merkel, Emmanuel Macron, Theresa May, Mauricio Macri o Jair Bolsonaro, entre otros.

En primer lugar, en este apartado, se debe mencionar el ejemplo de la Argentina y la promulgación de las denominadas Leyes Blumberg -Ley 25.886, entre otras- en 2004, que conllevó la aprobación de medidas como que: la pena máxima se aumentase hasta llegar a los cincuenta y cinco años de prisión, el cumplimiento efectivo de treinta y cinco años de prisión para acceder a la libertad condicional, o que ciertos delitos -como el robo con arma de fuego, la tenencia y portación de tales armas, o el homicidio subsiguiente a un delito contra la integridad sexual, entre otros- vieran aumentadas sus penas de prisión, etc.

En segundo lugar, es destacable que un país “democrático” como Estados Unidos, permita que sus Estados apliquen todavía hoy la pena capital, manteniéndose vigente -y por tanto, considerándose legal- esta tipología de sanción penal en más de una treintena de Estados federados, aun cuando no se aplique la misma en la mayoría. De este modo, mediante la utilización de este castigo, se produce la total inocuización del delincuente, toda vez que el “peligro que supone para la sociedad”, es eliminado<sup>35</sup>.

En tercer término, resulta curioso que un Tribunal -como es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos- que debe de velar por el cumplimiento de los derechos humanos, garantizando la protección de los mismos con base en tales derechos y libertades reconocidos en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) o en cualquiera de sus protocolos, a la hora de pronunciarse sobre medidas tendentes a la inocuización de los delincuentes -tales como la pena de prisión permanente revisable-, se haya situado del lado de dicha neutralización, avalando tal modalidad de sanción penal, siempre y cuando existiera la posibilidad de revisar la condena -aun cuando fuere extremadamente larga o indeterminada<sup>36</sup>.

En cuarto lugar, este es el fundamento -parcial- de recluir en prisión al presunto sospechoso de haber cometido una actividad delictuosa. Se está haciendo alusión, a la siempre discutida prisión preventiva<sup>37</sup>, consistente en neutralizar al supuesto autor de un crimen, aun cuando no se haya determinado su responsabilidad en el mismo.

Ante este panorama no es de extrañar que en más de una ocasión se haya atribuido el adjetivo “depósito humano” a la prisión, toda vez que ha funcionado únicamente como un lugar para contener a sujetos en su interior y evitar su esparcimiento y derramamiento de estos por la sociedad.

---

35 En la actualidad -dato de 2018-, cerca de tres mil reclusos -2.743- siguen esperando en el corredor de la muerte. Fuente: NAACP Legal Defense and Educational Fund.

36 STEDH Kafkaris c. Chipre, de 12 de febrero de 2008; STEDH Meixner c. Alemania, de 3 de noviembre de 2009; STEDH Affaire Bodein c. Francia, de 13 de noviembre de 2014; y STEDH Hutchinson c. Reino Unido, de 3 de febrero de 2015.

37 Por su propia naturaleza esta figura debe ser considerada casi ilegal al adelantarse una condena a un individuo ante unas meras “sospechas de criminalidad” (Vitale, 2007, pp. 15-23).

La prisión-jaula o prisión-depósito, por su parte, se caracteriza por los altos volúmenes de encarcelamiento<sup>38</sup>, por la alta cantidad de presos preventivos habitando las cárceles, por la superpoblación y el hacinamiento, así como las condiciones de vida y la violencia que se ejerce en el establecimiento penitenciario, que se produce -en mayor medida- en los centros donde se ejerce más específicamente el control<sup>39</sup>.

Estas cárceles se caracterizan por diseños para albergar a infinidad de personas -lo que reduce las posibilidades de tratamiento, al disminuir la calidad del mismo-, aunque se dispongan como instituciones autónomas dentro de un "complejo penitenciario", toda vez que carecen de urbanismo y de espacios abiertos, separando al interno del personal de la prisión. Igualmente, presentan dormitorios o alojamientos colectivos<sup>40</sup>, a la vez que se construyen en las afueras de las ciudades o en lugares alejados a las mismas<sup>41</sup>. Además, estos establecimientos penitenciarios se edifican ideados -mayoritariamente- para albergar a sujetos de una misma manera -máxima seguridad-, aun cuando existan muy pocos presos de esta tipología y, por tanto, el resto no requiera de tal fisionomía carcelaria<sup>42</sup> (García Basalo, 2018, pp. 4-7).

Ahora bien, también existen cárceles más humanas -como ya se estudió en el epígrafe 7.1., cuando se trataron las prisiones más vanguardistas y más preocupadas por la resocialización-, situadas en el territorio noruego, danés y austriaco. Sin embargo, no se debería olvidar que aún humanas, se trata de prisiones<sup>43</sup>, que alejan al individuo de la sociedad en la que vive, al efecto de inocuizarlo. Igualmente, en prisiones humanas como la de la isla de Bastoy, por un lado, parece ser que se aplica una especie de neutralización o "inocuización descontrolada", toda vez que en ellas cede un poco la idea de control interno, de dicotomía vigilante-recluso, aunque, por otro lado, se separa el peligro que supone el delincuente para la sociedad y

38 Es lo que se ha denominado "extensión horizontal de la red penal" (Wacquant, 2004, pp. 91-93).

39 El populismo punitivo también contribuye a la superpoblación de la prisión, convirtiéndola en un depósito (Sozzo, 2009, p. 50). En este sentido, -*v. gr.* - baste recordar -para el caso español- las altas penas para el tráfico de drogas, mencionadas *ad supra*, que contribuían a aglomerar los establecimientos penitenciarios españoles. Este populismo punitivo puede observarse -igualmente-, en las últimas reformas del Código Penal, específicamente en 2015, con la inclusión de la prisión permanente revisable, como resultado de las pretensiones de castigo de familiares de víctimas y el apoyo social recibido. *V. gr.* piénsese en casos como el de Mari Luz Cortés, el de Marta del Castillo o José Breton, que sacudieron a la sociedad española del momento -al estilo de los posteriores de La Manada, Diana Quer, o más recientemente, el caso de Gabriel Cruz o hace unos días, el caso valenciano de María Gombau-.

40 Para el efectivo cumplimiento de los requerimientos de las *Reglas Mandela*, se necesita un espacio de unos cuarenta metros cuadrados por recluso.

41 Alejando simbólicamente al delincuente de la sociedad.

42 Ante tales requisitos, no se padece sino afirmar que los centros penitenciarios tipo españoles son un prototipo de prisión-depósito, máxime si se tiene en cuenta el imparable crecimiento de la población reclusa española desde la instauración de la democracia y hasta 2009. Así, aunque en los últimos años la población penitenciaria española está retrocediendo, ello no es óbice para considerar que las prisiones españolas actúan como jaulas humanas en las que los individuos habitan hacinados (Daunis Rodríguez, 2016, pp. 476-479).

43 Recuérdese lo mencionado sobre la prevención especial positiva.

se lo aleja de la misma, recluyéndolo en una isla, donde no tiene posibilidades materiales de entrar en contacto, ni de dañar mínimamente a la sociedad<sup>44</sup>.

## 8.2. La inocuización de la sociedad

A pesar de la neutralización de los individuos peligrosos para la sociedad internándolos y alejándolos de la misma, en la propia sociedad actual existen y existirán potenciales amenazas de lesión o menoscabo de los bienes jurídicos más importantes para el desarrollo de la vida humana.

Es por ello que hogaño el control de las acciones de los miembros que conforman nuestra sociedad es infinito, en virtud de los medios tecnológicos de los que hoy en día se disponen.

Por tanto, los gobiernos del mundo utilizan todos los métodos posibles para adelantarse a posibles ataques que pongan en riesgo su preeminente poder. Así, bajo la argucia del mantenimiento del orden público o por razones puramente securitarias, se normalizan<sup>45</sup> -conforme a las leyes vigentes, las cuales son reformadas- situaciones de restricción casi absoluta de la libertad que deben poseer los ciudadanos, organizándose entonces como una especie de "neutralización *ex ante*", esto es, una eliminación de cualquier potencial riesgo de desorden o inseguridad pública, aun cuando este ni siquiera es previsible que suceda.

Este fenómeno puede observarse claramente en el siguiente ejemplo, puesto que dicha restricción y neutralización es mayor para determinados grupos: parece que existe como una especie de miedo al extranjero o el inmigrante -xenofobia-, ya que este -por su propia condición foránea- supone una amenaza para el oriundo. No obstante, aun cuando este individuo extranjero no represente ningún riesgo, ese sector poblacional será especialmente vigilado, controlado, inoculado, como parte de una política criminal estigmatizadora de ese grupo social, lo que termina por situarlo en una situación de marginación social<sup>46</sup>.

44 Por tanto, se estaría ante un panorama de "descontrol extra-controlado": descontrol en el sentido de no control, ya que el interno vive en total libertad dentro de la prisión; extra-controlado, puesto que no existe mayor nivel de control, de neutralización de una amenaza, que situarla a kilómetros de la sociedad, aunado a una barrera marítima.

45 Téngase en cuenta que el castigo ha venido a conformar parte de nuestra cultura, siendo usada para controlar desde el poder a la sociedad, mediante la autoridad, la moralidad, las relaciones sociales correctas o permitidas, los signos y símbolos, entre otros (Garland, 1999, pp. 290-300).

46 Se está haciendo referencia al proceso de selección en la persecución penal, conforme a la Teoría del *Labeling Approach* y sus grados de selección -fijación de figuras delictivas, la denuncia del perjudicado, las averiguaciones y las actuaciones de los órganos de persecución penal, las posibilidades de sobreseimiento, las decisiones judiciales y la opinión pública- (Zipf, 1979, pp. 116-119) y a la criminalización secundaria de este colectivo marginado. En este sentido, parece bastante evidente este fenómeno si se observan someramente las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística (INE). Según los datos para finales de 2017, el 9,8 % de la población residente en España era población extranjera; sin embargo, la población reclusa extranjera en las cárceles españolas -en ese mismo momento- superaba el 28 % de la población penitenciaria española total. A lo que se podría añadir que la mayoría de los reclusos

Y es que las formas de castigar a los individuos sobre los que recae la reclusión y las razones de sancionar con la privación de libertad en prisión, sirven como herramienta para controlar el delito y para que el resto de ciudadanos -a través de los medios de comunicación<sup>47</sup>- se representen los comportamientos que el Estado no permite, esto es, para que la comunidad conozca paladinamente aquellos ámbitos que los individuos no podrán transgredir y/o sobrepasar, con la finalidad de a través del control del delito, controlar también a la sociedad<sup>48</sup> (Melossi, 2018).

Sin embargo, este control de la sociedad está yendo más allá, en tanto en cuanto los ordenamientos jurídicos del mundo están conteniendo leyes que restringen libertades elementales y básicas. De este modo, se pretenden neutralizar eventuales situaciones de descontrol o desorden público, a costa de restringir derechos inalienables de las personas como el derecho a la manifestación, la reunión o la libertad de expresión. Es el caso de la española la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Esta ley surgió ante "supuestos" "problemas de multirreincidencia y de violencia callejera"<sup>49</sup>.

No obstante, la reforma más gravosa respecto a lo que a la inocuización de la propia sociedad se refiere, se produjo también en el particular español en el año 2015, toda vez que la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, introdujo la posibilidad de que -con los medios tecnológicos disponibles hoy en día- la Policía Judicial grabase -esto es, vigilase- la actividad de cualquier individuo, sin requerir de autorización judicial, cuando el mismo se hallare en un espacio público "si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos<sup>50</sup>".

Por tanto, las opciones que ofrece la redacción literal del precepto son muy amplias, ya que "para identificarlo" o para "obtener datos" que diluciden el hecho

---

extranjeros en España, pertenecen a unas pocas nacionalidades, que son fácilmente identificables por sus rasgos físicos. Ante tal hecho, ¿por qué no se criminaliza igualmente a los inmigrantes del norte de Europa que se asientan y residen en lugares de la costa española? Aún a sabiendas de alejarnos del propósito final de este trabajo, se debe mencionar que en definitiva se trata de un problema de desigualdad económica, de inequidad, de pobreza y cómo el sistema penal trata a esos colectivos sociales vulnerables y marginales, en la línea de los trabajos de autores como Melossi (1980, 2015) o Ruiz Rodríguez (2006) -para el caso español-.

- 47 A través de los medios se crean y se introducen temas penales en la opinión pública, que serán los aspectos que preocuperán -luego- a la ciudadanía -de acuerdo a la teoría de la *agenda setting*-, que impulsa la incorporación -incluso- de tipos penales (Ruiz-Morales, 2018c, pp. 625-630).
- 48 Mediante los distintos modelos que pueden considerarse de control social y su expansión de los modelos estadounidenses a Europa (Melossi, 2018).
- 49 En otros países del mundo han surgido también legislaciones de corte similar, denominadas también -como ocurre en España con la citada LO 4/2015- con el apelativo de "leyes mordaza".
- 50 Art. 588 quinque a) 1.

investigado, el individuo puede ser vigilado a cualquier hora, de cualquier día, nada más salga de su domicilio, a la espera de la prueba irrefutable de delito.

Así es que, si todos fuéramos controlados en todo momento, sin requerir de garantía judicial alguna en los espacios públicos -donde tradicionalmente se cometen los delitos-, tarde o temprano cometeríamos alguna infracción penal, y es que en realidad estaríamos -en realidad, ya estamos<sup>51</sup>- sometidos a una medida de seguridad pre-delictual constante e indefinida en el tiempo.

Es decir, sobre todos recae una suerte de peligrosidad o una especie de sospecha de criminalidad, que habilita al poder estatal a vigilarnos las veinticuatro horas, como si se tratase del Gran Hermano de Orwell, en esa ficción distópica de represión policial y opresión, descrita por este autor en su obra 1984<sup>52</sup>.

Esta situación se está viendo intensificada tras la crisis generada por la pandemia del coronavirus a nivel global, toda vez que el control de los contagios, así como de los contactos de las personas infectadas por el COVID-19, está provocando que se utilicen los medios policiales para controlar a la población, ya sea manteniendo a los individuos recluidos en sus hogares, ya sea obligándolos a utilizar mecanismos de protección.

En España, siguiendo el ejemplo de otros países del mundo, han proliferado varias técnicas de búsqueda y detección de casos de personas infectadas, por medio de los llamados "rastreadores", los cuales pueden pertenecer o no a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, por lo que dicha categoría puede ser ejercida por individuos investidos como "rastreador" *ad hoc*, sin ni siquiera requerirse una formación específica. De la misma manera, el Estado y los gobiernos de las distintas regiones del territorio español, están haciendo uso de aplicaciones móviles para la detección y rastreo del virus -denominada APP Radar COVID-, la cual -como es evidente- además de controlar los casos de tal enfermedad, en virtud de las localizaciones del móvil a las que accede -mediante los correspondientes permisos y cookies, los cuales necesariamente el usuario debe aceptar-, puede conocer el lugar por el que transita una persona, sus contactos, sus lugares frecuentados con habitualidad, su hogar, su lugar de trabajo, por

---

51 Téngase en cuenta, aparte de esta posibilidad, la vigilancia constante de redes sociales, de internet, de nuestras comunicaciones que quedan grabadas, y que son usadas por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y por los servicios de inteligencia.

52 La actual sociedad abierta, la sociedad moderna, crea un fuerte sentido de pertenencia entre los miembros del grupo, sin embargo, este apego favorece a su vez la coerción de aquellos que pueden ejercer el poder frente a los otros grupos o colectivos, los cuales son excluidos (Ignatieff, 2018, p. 329). Algo así, puede explicar los recientes ataques policiales que asolan a Estados Unidos, y la violencia racial que se está produciendo en los últimos meses recurrentemente contra la población afroamericana, tales como la muerte de Jacob Blake, Ahmaud Arbery o George Floyd. Esta situación no es para nada novedosa, ya que hace un cuarto de siglo los gobiernos de Bill Clinton mediante la reforma de la salud y otras medidas de su gobierno, con el pretexto de eliminar la dependencia de parte de la población estadounidense a las ayudas públicas, suprimieron algunas de ellas, con el claro objetivo de contentar al electorado amplio y acercar al crimen a las clases desfavorecidas, compuestas por afroamericanos e hispanos, propendiendo y favoreciendo la ociosidad, el desempleo, la a-socialización y el establecimiento de marcos de criminalidad en estos grupos sociales, que se consideran marginales y viles por parte del amplio grueso de la sociedad (Wacquant, 2009, pp. 76-85).

lo que el coronavirus a la postre, será una mera argucia para menoscabar las libertades y derechos individuales de los hombres y mujeres del mundo, consolidando -si es que ya no lo estaba- a las sociedades de control -en la actualidad- global.

## 9. Conclusiones

El artículo ha explicado cómo el ser humano en sociedad ha creado una serie de sistemas para garantizar la seguridad de sus miembros, mediante mecanismos de control social.

Uno de estos mecanismos consistió en la utilización de un castigo al individuo que contravenía las normas de conducta impuestas por dicha sociedad. Sin embargo, la pena impuesta como sanción fue variando al transcurrir de los siglos, surgiendo incluso una rama jurídica encargada de normalizar el derecho a castigar del Estado -*ius puniendi*-, y tipificar las conductas consideradas lo suficientemente graves como para merecer un reproche penal.

Esa fue la época en la que el castigo corporal y los suplicios fueron dejando paso a la pena de privación de libertad, lo que requirió de un lugar concreto para ejecutar tal sanción penal y generó -por consiguiente, ante la aparición del liberalismo y el utilitarismo- la instauración de las denominadas sociedades de control, basadas principalmente en la vigilancia y la disciplina.

Estas sociedades -de control- aún vigentes, no han abandonado la vida contemporánea, sino que a pesar de los enormes problemas generados en el ejemplo paradigmático de las mismas -esto es, en las cárceles- a la hora de ejecutar las penas de prisión -lo que llevó a las tesis más humanizadoras y resocializadoras de la pena-, continúan utilizándose, habiendo estas evolucionado en sociedades que pretenden neutralizar los "eventuales" peligros, mediante los procesos de inocuización de aquellos sujetos que atentan contra los valores y bienes fundamentales del género humano; pero -simultánea y paralelamente- también se ataca los derechos ampliamente reconocidos y fundamentales de los individuos, mediante los procedimientos de abolición de cualquier riesgo -al menos de una manera simbólica y/o mediática-; ahora bien -como se viene diciendo-, a costa de confinar a espacios mínimos las esferas individuales de libertad, que -en esta línea- tenderán a desaparecer.

## Referencias bibliográficas

Baratta, A. (1999). *Reintegración Social del detenido. Redefinición de concepto y elementos de operacionalización. La pena, Garantismo y Democracia*. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Jurídicas.

- Beccaria, C. (1828). *Tratado de los Delitos y de las Penas*. París: En Casa de Rosa -Librero-.
- Benezic, D. (30 de diciembre de 2016). Un tour por Halden, la cárcel más humana del mundo. *Liberties*. Recuperado de <https://www.liberties.eu/es/news/halden-la-carcel-mas-humana-del-mundo/11078>
- Bentham, J. (1839). *Compendio de los Tratados de Legislación civil y penal*. Madrid: Librería de la Viuda de Calleja e Hijos.
- Botella Soria, E.N. (2010). La reforma del Código Penal de 2010 en materia de tráfico de drogas y la aplicación retroactiva de la ley más favorable. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, (76).
- Bruno, C. (octubre de 2006). Evolución histórica de las construcciones penales en Argentina. *Congreso de Arquitectura Penitenciaria*.
- Caro Pozo, F. (2013). John Howard y su influencia en la reforma carcelaria europea de finales del Siglo XVIII. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, (27), 149-168.
- Cesano, J.D. (2017). Prólogo. En García Basalo, A. (ed.), *Para seguridad y no para castigo. Origen y evolución de la arquitectura penitenciaria provincial argentina (1853-1922)* (pp. 9-14). San Miguel de Tucumán: Universidad Nacional de Tucumán e Instituto de Investigaciones Históricas Leoni Pinto.
- Cuello Calón, E. (1968). *La moderna penalología*. Barcelona: Bosch.
- Daunis Rodríguez, A. (2016). Ocupación carcelaria. Hipótesis acerca del descenso de la población penitenciaria en España. *Estudios Penales y Criminológicos*, 36. Recuperado de <https://revistas.usc.es/index.php/epc/article/view/3359>
- J. De J. (2017). El neandertal cojo, sordo y manco que llegó a viejo por "compasión". *Diario ABC*. Recuperado de [https://www.abc.es/ciencia/abci-neandertal-cojo-sordo-y-manco-llego-viejo-compasion-201710251131\\_noticia.html](https://www.abc.es/ciencia/abci-neandertal-cojo-sordo-y-manco-llego-viejo-compasion-201710251131_noticia.html)
- Elbert, C.A. (2001). *Manual básico de Criminología*. Buenos Aires: Eudeba.
- Estrada Cuzcano, A. (2005). Internet: cambio social, libertad e intimidad. *Escritura y Pensamiento*, 8(16), 149-162
- Ferrajoli, L. (1998). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid; Trotta.
- Foucault, M. (1990). *Vigilar y castigar*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- Fraile, P. (1987). *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*. Barcelona: Ediciones del Serbal.
- Franco, G. (1962). Las leyes de Hammurabi: versión española, introducción y anotaciones. *Revista de Ciencias Sociales*, 6(3), 331-356.
- García Basalo, A. (2003). Complejos penitenciarios. Alcance de la relación entre arquitectura y régimen penitenciario. *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, (6), 59-91.
- García Basalo, A. (2018). La arquitectura penitenciaria de cuarta generación. ¿Pueden ser más humanas las prisiones. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, (3).

- Garland, D. (1999). *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- Garland, D. (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Ginzburg, C. (2015). Miedo, reverencia, terror: releer a Hobbes hoy. *Apuntes de Investigación del CECYP*, (26), 30-49.
- Ignatieff, M. (2018). Conclusions: The Future of the Open Society Ideal. In Ignatieff, M. & Roch, S. (eds.), *Rethinking Open Society. New adversaries and New Opportunities* (pp. x-x). Budapest: Central European University Press.
- James, E. (25 de febrero de 2013). The Norwegian prison where inmates are treated like people. *The Guardian*. Recuperado de <https://www.theguardian.com/society/2013/feb/25/norwegian-prison-inmates-treated-like-people>
- Jiménez de Asúa, L. (1957). Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia y Legislación Penal Comparada. En *Tratado de Derecho penal* (Tomo I). Buenos Aires: Losada.
- Lalinde Abadía, J. (1992). *Las culturas represivas de la humanidad*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.
- Lamet, J. (25 de febrero de 2019). El PP propone castigar la rebelión con la prisión permanente. *El Mundo*. Recuperado de <https://www.elmundo.es/espana/2019/02/25/5c72efc321efa0224f8b46c8.html>
- Lewis, J. (2009). Una prisión de la que nadie quiere escapar. *Etiqueta Negra*, (18).
- López, M.A. (1832). *Descripción de los más célebres establecimientos penales de Europa y los Estados Unidos*. Valencia: Imprenta de Don Benito Monfort.
- Magallanes Maldonado, M.M. (2002). La inocuización. Frente a los delincuentes sexuales peligrosos, incorregibles, reincidentes. *Revista Jurídica Cajamarca*, (7).
- Malo Camacho, G. (2001). *Derecho Penal Mexicano*. México, D. F: Editorial Porrúa.
- Mapelli Caffarena, B. (2006). Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas. *Reflexiones, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (8), 1-44.
- Margariños, N. (2008). Arquitectura y construcción de prisiones: Nuevas cárceles, viejos problemas. *Encrucijadas*, (43).
- Melossi, D. (1980). Las estrategias de control social en el capitalismo. *Papers: Revista de Sociología*, (13), 165-196.
- Melossi, D. (2015). *Crime, punishment and migration*. Londres: SAGE Publications.
- Melossi, D. (2018). *Controlar el delito, controlar la sociedad: Teorías y debates sobre la cuestión criminal, del siglo XVIII al siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Melossi, D. y Pavarini, M. (2010). *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*. México D.F: Siglo XXI Editores.

- Montesquieu. (1972). *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos.
- Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez, V. (2017). *Introducción al Derecho procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nieves, J.M. (2014). Los neandertales sí eran buenos padres. *Diario ABC*. Recuperado de <https://www.abc.es/ciencia/20140410/abci-dura-infancia-ninos-neandertal-201404101000.html>
- Paiva, M.A. (1966). Programa de Ordenamiento y Transformación en la Dirección General de Institutos Penales, año 1967. *Revista Penal y Penitenciaria*, (27), 5-62.
- Pérez Tolentino, J.A. (2012). La inocuización como prevención especial negativa. *Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada*, 8, 1-6.
- Ramírez, A. (2011). Thomas Hobbes. El carácter pasional de lo humano: la primacía de lo individual y la dimensión subjetiva del “considerar”. In *Itinere. Revista Digital de Estudios Humanísticos de la Universidad FASTA*, 1(1).
- Rothman, D.J. (1998). Perfecting the Prison: United States, 1789-1865. In Morris, N. & Rothman, D.J. (eds.), *The Oxford History of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society* (pp. x-x). Oxford: Oxford University Press.
- Rusche, G. y Kirchheimer, O. (1984). *Penal y Estructura social*. Bogotá: Temis.
- Ruiz Funes, M. (1949). *La crisis de la prisión*. La Habana: Montero.
- Ruiz-Morales, M.L. (2018a). Corruptelas y prácticas ilícitas en la Antigüedad: soluciones análogas a las actuales en la historia del pensamiento. *Foro, Nueva Época*, 21(1), 303-327.
- Ruiz-Morales, M.L. (2018b). El castigo en prisión: la cárcel como resultado del entendimiento del castigo. En Irrazabal, G. (coord.), *Gestión de la inseguridad, violencias y sistema penal* (pp. 37-62). Temperley: Tren en Movimiento.
- Ruiz-Morales, M.L. (2018c). Medios de comunicación y corrupción. ¿Tipificación conforme al entendimiento social?. En Rodríguez García, N., Carrizo González-Castell, A. y Leturia Infante, F. (dirs.), *Justicia penal pública y medios de comunicación* (pp. 631-655). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ruiz Rodríguez, L.R. (2006). *Sistema penal y exclusión de extranjeros*. Albacete: Bomarzo.
- Silva Sánchez, J. M. (2001). “El retorno de la inocuización”. En Arroyo Zapatero, L. y Berdugo Gómez de la Torre, I. (coords.), *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos “in memoriam”* (pp. 699-710). Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Sozzo, M. (2009). Populismo punitivo, proyecto normalizador y “prisión-depósito” en Argentina. *Sistema Penal & Violência*, 1(1), 33-65.
- Téllez Aguilera, A. (1996). La crisis de la prisión: aproximación práctica a las nuevas fórmulas penológicas. *Anuario de la Facultad de Derecho*, (6), 99-136.
- Tinedo Fernández, G. (2008). Reflexiones sobre el sentido de la pena. *Capítulo criminológico: revista de las disciplinas del Control Social*, 36(4), 27-50.

- Todarello, G.A. (2008). *Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Tomás y Valiente, F. (1973). *La tortura en España*. Barcelona: Ariel.
- Vega Fernández, E. (2017). El control y la prevención del delito como objeto de la criminología. *Miscelánea Comillas*, 75(146).
- Vitale, G.L. (2007). *Encarcelamiento de presuntos inocentes: hacia la abolición de una barbarie*. Buenos Aires: Hammurabi.
- von Liszt, F. (1905). Der Zweckgedanke im Strafrecht (Maurburger Programm), 1982. In *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Berlín: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung.
- Wacquant, L. (2004). *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial.
- Wacquant, L. (2009). *Punishing the Poor. The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Durham: Duke University Press.
- Zaffaroni, E.R. (1993). *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila Editores.
- Zaffaroni, E.R. (1997). La Filosofía del Sistema Penitenciario en el Mundo Contemporáneo. *Themis, Revista de Derecho*, (35), 179-191.
- Zambrana Moral, P. (2005). Rasgos generales de la evolución histórica de la tipología de las penas corporales. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (27), 197-229
- Zambrana Moral, P. (2010). Tipologías de penas corporales medievales. *Quadernos de Criminología*, (11), 6-12.
- Zipf, H. (1979). *Introducción a la Política Criminal*. Madrid: Edersa.
- Zuleta, G. (16 de enero de 2011). Ganador del Concurso para la Prisión Danesa en Falster / C. F. Møller. *Plataforma Arquitectura*. Recuperado de <http://www.plataformaarquitectura.cl/cl/02-69746/ganador-del-concurso-para-la-prision-danesa-en-falster-c-f-m%25c3%25b8ller>



**Estudios  
de Derecho**

Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD  
DE ANTIOQUIA**

*Serie Desde la raíz.* Fotografía Digital. Silvia Alejandra Cifuentes Manrique

# Courts of Accounts go to prison: administration of public resources in securing prisoners' rights\*, \*\*

*Carolina Cutrupi Ferreira\*\*\**

## Abstract

In the last decade, Brazil's Federal Supreme Court has tried several cases that structurally affected Brazil's prison system. The paradigmatic judgment is the declaration of an unconstitutional state of affairs in the face of the generalized and systemic violation of the fundamental rights of prisoners in 2015. The declaration triggered a variety of actions from different agencies, and authorities to assess, intervene and call for accountability for the repeated inability to modify the conditions of prisons. This paper deals with the recommendations from audit reports issued by financial and budget control agencies and aims to analyze how these conclusions are inserted in declaring an "unconstitutional state of affairs" of the Brazil's prison system. The methodology consists of a qualitative documentary analysis of the content of rulings of the Federal Court of Accounts and the Supreme Court of Brazil. This study concludes that control agencies have a relevant role in the creation of a standard to assess the rights of prisoners, through minimum indicators of efficiency and administration that allow for an assessment of progress and regression in securing these rights. This article contributes to the existing literature that analyzes the judicialization processes of penitentiary matters, to the debate on the minimum information needed to secure the dignity of prisoners, and to the reflection on integrated solutions among different stakeholders.

**Keywords:** prisons; prison policy; control agencies; Brazil.

## Los Tribunales de Cuentas van a la cárcel: gestión de recursos públicos para garantizar los derechos de las personas recluidas

### Resumen

En la última década, la Corte Suprema de Brasil juzgó varios casos que afectaron de forma estructural el sistema penitenciario brasileño. El juicio paradigmático es el reconocimiento del estado de cosas inconstitucional ante la violación generalizada y sistemática de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad en 2015. La declaración impulsó una serie de acciones por parte de diferentes organismos y autoridades para diagnosticar, intervenir y encontrar responsabilidades por la incapacidad reiterada de modificar las condiciones de los establecimientos penales. Este artículo se enfoca en las recomendaciones de los informes de auditoría elaborados por organismos de control financiero y presupuestario, y tiene por objetivo analizar cómo se insertan estas conclusiones en el proceso de declaración del "estado de cosas inconstitucional" del sistema carcelario de Brasil. El estudio concluye que los organismos de control cumplen una función relevante en la concepción de un estándar para evaluar los derechos de la población privada de libertad, a través de indicadores mínimos de eficiencia y de gestión que permitan identificar avances y retrocesos en la garantía de estos derechos. El artículo contribuye a la literatura que analiza los procesos de judicialización de cuestiones penitenciarias, al debate sobre la información mínima necesaria para garantizar la dignidad humana de las personas recluidas y a la reflexión sobre las soluciones integradas que involucran a diferentes actores.

**Palabras clave:** cárceles; política carcelaria; organismos de control; Brasil.

## Os Tribunais de contas vão à prisão: gestão de recursos públicos para garantir os direitos dos detentos

### Resumo

Na última década, a Corte Suprema do Brasil julgou vários casos que afetaram de forma estrutural o sistema penitenciário brasileiro. O julgamento paradigmático é o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional diante da violação generalizada e sistemática dos direitos fundamentais dos detentos em 2015. A declaração impulsionou uma série de ações por parte de diferentes organismos e autoridades para diagnosticar, intervir e encontrar responsabilidades pela incapacidade reiterada de modificar as condições dos estabelecimentos prisionais. Este artigo foca-se nas recomendações dos relatórios de auditoria elaborados pelos órgãos de controle financeiro e orçamentário, e tem como objetivo, analisar como são inseridas estas conclusões no processo de declaração do "Estado de Coisas Inconstitucional" do sistema carcerário do Brasil. O estudo conclui que os órgãos de controle cumprem uma função relevante na concepção de um padrão para avaliar os direitos da população carcerária, através de mínimos indicadores de eficiência e de gestão, que permitem identificar avanços e retrocessos na garantia desses direitos. O artigo contribui à literatura que analisa os processos de judicialização de questões penitenciárias, ao debate sobre a informação mínima necessária para garantir a dignidade humana dos detentos e à reflexão sobre as soluções integradas que envolvem a diferentes indivíduos.

**Palavras-chave:** prisões; política carcerária; órgãos de controle; Brasil.

\* Artículo de investigación. Producto del estudio «¿Es solo un número para el Estado?» se completará en marzo de 2021, desarrollado por Carolina Cutrupi Ferreira, liderado por la profesora Maíra Rocha Machado y el profesor Rafael Alcadipani

\*\* This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES). The author would like to thank Maíra Rocha Machado for her accurate comments and suggestions for the first draft of this article.

\*\*\* Estudiante de doctorado en Administración Pública en la Escuela de Administración de Empresas de São Paulo de la Fundação Getulio Vargas, Brasil. Correo electrónico: carolina.ferreira@gvmail.br ORCID: 0000-0003-3190-7257.

Cómo citar este artículo: Cutrupi Ferreira, C. (2021). Courts of Accounts go to prison: administration of public resources in securing prisoners' rights. *Estudios de Derecho*, 78 (171), 200-222

DOI: 10.17533/udea.esde.v78n171a08

Fecha de recepción: 07/02/2020 Fecha de aceptación: 09/03/2020



## Courts of Accounts go to prison: administration of public resources in securing prisoners' rights

### 1. Introduction

The incarceration conditions of prisoners in precarious and overcrowded facilities have sparked a debate on the action of the Brazilian criminal justice system. The prison population tripled between 2000 and 2019, without the corresponding increase of available prison spaces. The media repercussion of several riots resulting in the death of inmates and the accusations before the Inter-American system of Human Rights have revealed the absence of common strategies among the Executive, the Judicial and the Legislative branches to overcome this context of violation of rights.

In the last seven years, the Brazilian Federal Supreme Court - Brazil's constitutional court - has included several prison-related issues in the trial agenda, such as the degrading conditions arising from overcrowding, the need for the construction of emergency facilities and the provisional release for imprisoned mothers and pregnant women. In 2015, it declared an unconstitutional state of affairs of Brazil's prison system and ordered the Judiciary and the Executive to take steps, such as the production of information and the release of financial resources to improve the prison system (Supremo Tribunal Federal [STF], 2015). Two years later, the Federal and State Courts of Accounts - external control and support agencies to the Legislature - published a comprehensive institutional assessment of the common challenges for monitoring prison facilities and the application of these resources (Tribunal de Contas da União [TCU], 2017, 2018).

Most of the studies on the topic revolve around the Supreme Court's ruling about the unconstitutional state of affairs. Part of the studies state in detail the content of the ruling (de Andrade & Teixeira, 2016; Caldas & Lascane Neto, 2016; Pereira, 2017; Jardim, 2018), promote an analysis of the judicial activism of the Court (Garcia, 2014Meda & Bernardi, 2016b; de Carvalho, de Souza & Santos, 2017; Penna, 2017), a comparative analysis of the Colombian case (dos Santos, Vieira, Damasceno & das Chagas, 2015; Dantas, 2016; Orbage de Britto Taquary & Costa Leão, 2019) or the innovation and the possibility for extension to other

fundamental rights violated in the country, such as the right to housing (Meda & Bernardi, 2016a; Duarte & Duarte Neto, 2016). Magalhães (2019b) is pioneering for conducting a dogmatic analysis of the ruling.

More recent studies have discussed the effectiveness of the ruling, as well as the response capacity of the other branches to meet the demands of the Supreme Court (Magalhães, 2019a). In relation to the recommendations made by the Federal Court of Accounts, Vitto (2019) outlines the potentialities and the limits of such recommendations before a highly specialized public policy.

A common feature among these studies is that none of them relates the effects of the constitutional court's ruling to the performance of the financial and budget control agencies in prison matters.

In this article we intend to analyze this assessment issued by the financial and budget control agencies about the administration of the prison system. For that purpose, we describe the conclusions of the audit reports issued by the Federal Court of Accounts (TCU) in partnership with the state Courts of Accounts about the state prison systems in general, and the prison system of Amazonas state in particular.

The study of the Brazilian case is justified by two main reasons. In the first place, the country is inserted in the Latin-American context of a structural crisis of prison systems and judicial action (Ariza & Torres, 2019). In the second place, one of the specific objectives of the research conducted by Courts of Accounts is to produce data about the prison system and assess the use of the financial resources released after the declaration of an unconstitutional state of affairs and its potential to overcome the violation of human rights.

The main challenge in the analysis of the Brazilian prison system is the lack of dependable information. Much of the information needed regarding the right to life, access to justice and the conditions of prison facilities is barely even produced. Thus, the work of the Courts of Accounts can contribute to the production of consistent information about some of the central elements to judicial and administrative decision-making: the production of information about imprisoned people and their respective maintenance and management costs.

The rulings that the Federal Court of Accounts and the Supreme Court of Brazil have made have been subjected to document analysis. It is the adequate methodology when the examination of materials of different nature is required, that have not yet been analytically treated, looking for new and/or complementary interpretations. Documents are a non-reactive source and, for being originated in a specific historic, economic and social context, depict and provide information about that very same context (Godoy, 1995).

The selection of these rulings was conducted according to two main criteria: (i) the availability in full of these rulings and other documents that compose ad-

ministrative proceedings and (ii) the novelty of this material, which could be a starting point for new research on the role of Courts of Accounts in the supervision of prison conditions and the management of these resources. For this research paper, we consider the study of Amazonas state an emblematic case, a state that experienced a dramatic prison riot with a high number of casualties and that, according to the audits, has the highest cost per inmate in the country.

In this article I claim that this initial assessment can constitute the informational foundation for the creation of monitoring methodologies and indicators of the prison system in order to secure the fundamental rights of imprisoned people. These measuring instruments can still influence the decisions about public prison policy, the adequacy of prison services according to minimum parameters and of guidelines for legislative, judicial and administrative action.

For that purpose, this article is divided into six parts. The second part will discuss how strategic litigation strategies in the combat against violations in Colombia's prison system resulted in the Constitutional Court laying down a series of monitoring actions and indicators. Afterwards, we will present the main elements that resulted in Brazil's Constitutional Court declaring an unconstitutional state of affairs of the prison system. The fourth part of this article will clarify the audit carried out by the Courts of Accounts and the main results regarding the Brazilian prison system and the specific case of Amazonas state.

Subsequently, there will be a discussion of the main results and how this information can contribute to the monitoring of actions that secure the rights of imprisoned people. Lastly, the final considerations point out the contributions and limitations of this article.

## **2. From the constitutional rights of imprisoned people to the violation of rights in prison facilities**

The rights of imprisoned people are provided for by the Federal Constitution as well as by regulations that regulate part of these mechanisms. In Brazil's Federal Constitution (1988), there are three regulatory groups regarding the deprivation of liberty: (i) regulations that set out duties for police and judicial authorities and rights for citizens who are arrested; (ii) regulations that set out, qualitatively, the admitted sentences and their enforcement mode and (iii) regulations that set out exceptions and suspensions of rights for imprisoned people (Machado, 2020).

Among the regulations of the second group, it is possible to find negative (including prohibited sentences) and positive regulations (specifying how they should be enforced). In addition to the prohibition of torture and inhumane or degrading treatment, the Federal Constitution contemplates a regulation issued

specifically to secure the physical and moral integrity of prisoners (art. 5o, XLIX). For Machado (2020), prohibitive regulations have at least three sorts of effects: they impose the appropriate regulation on the legislator, they allow for the control of the regulation's constitutionality and, moreover, they allow for the accountability of public agencies responsible for their enforcement and supervision. However, both the judicial control of constitutionality and the accountability of agencies depend on the acknowledgement and the action of jurisdictional bodies.

In Colombia, Ariza & Torres (2019) identify three moments of constitutionalization of penitentiary matters by Colombia's Constitutional Court in the last 20 years. In the first stage, the action of the Court was restricted to the individual demands of imprisoned people who legally protest the subhuman conditions of incarceration. The Court states that, from the moment a person is imprisoned, a special relationship of subordination to the Administration arises, as well as a special regime for the validity of their fundamental rights (Ariza & Torres, 2019, p. 636). It is a doctrine that imposes almost full administrative power on the imprisoned individual, in which the prison administration can modulate or limit their rights to ensure the security and order of the prison facilities (Ariza & Torres, 2019, p. 637).

In the second stage, the disproportionate increase of prison overcrowding between 1995 and 1998 triggered a big number of summary judgements before Colombian judges, a situation examined by the Court that resulted in them declaring an unconstitutional situation of the country's prison system. The unconstitutional state of affairs is a doctrine applicable to situations in which there exists a "situation of general violation of fundamental rights, that affects a significant number of people and that is a consequence of an institutional disarray of different state entities" (Ariza & Torres, 2019). If, on the one hand, there was important progress to protect prisoners when dealing with the problem of prisons as one of institutional disarray that requires the action of a wide variety of institutions, on the other hand it was not enough to secure the investment of resources in the system before the exponential rise of prison population in the following years (Ariza & Torres, 2019, p. 643).

In 2013 the Colombian Constitutional Court reviewed the strategic litigation actions and returns to the structural analysis of the prison crisis. The Court admitted that the unconstitutional state of affairs of prisons is not a consequence of the lack of prison spaces, but of a "disjointed, reactive criminal policy that is volatile, incoherent, ineffective, without any human rights perspective and subject to national security policy" (Ariza & Torres, 2019, p. 647). The Court thoroughly analyzed the prison system and defined minimum inhabitability criteria, such as minimum accommodation space per inmate, minimum access to water per person, among others. Finally, it established a rule of balance according to which new inmates can only be admitted into the facilities when the number of people entering prison is equal to or lower than the number of people released in the preceding weeks or compatible with the prison facility's capacity (Ariza & Torres, 2019, p. 650).

The decisions of the Colombian Court are in a stage of implementation, during which indicators are being established to allow for the identification of progress in complying with the court orders and in overcoming the unconstitutional situation (Ariza e Iturralde, 2017). It is worth mentioning that indicators for prisoner numbers and the places they inhabit spark a debate on imprisonment conditions and the minimum human rights guarantees when serving a prison sentence. For example, the use of the concept "prison overcrowding" as an indicator of prison facilities is insufficient to comprehend a myriad of factors that affect the life conditions of imprisoned people that goes beyond the shortage of prison spaces.

As pointed out in Coelho (2020), the debate on prison overcrowding tends to focus on the discussion about number of people versus available space (Coelho, 2020, p. 69). The focus of the debate on prison capacity can include or conceal serious shortcomings in the prison system. For example, a prison facility can comply with the spatial demand of one person per cell, and still be a place of high levels of insalubrity or that does not provide essential services (Coelho, 2020, p. 70). The difficulty of establishing parameters for the capacity limit of a prison facility is the need to consider the demographic composition of the prison population, the psychological effects of imprisonment, the tendency towards violence among inmates, among other elements (Bleich, 1989).

Thus, Bleich (1989) points out that the shortage of services in prison facilities can be related to the use of financial resources. The label "overcrowding" of a facility can lead to the conclusion that there would be a shortage of resources or services. For administration purposes, the lack of standardization of the concept of overpopulation involves an incorrect allocation of public resources and the prioritization of less serious shortcomings of that prison context (Coelho, 2020, p. 66).

As we will further discuss, both the decision of Brazil's Federal Supreme Court and the audits carried out by control agencies highlight the overcrowding of prison facilities based on an equation of "inmate per prison space". Nevertheless, there is no sufficient debate on the current existing parameters to secure a minimum of essential public services inside these facilities.

### 3. The unconstitutional state of affairs of the Brazilian prison system

The Brazilian prison system is composed of 1,394 federal, state and district prison facilities that house 748.000 people, according to data from December 2019 (Conselho Nacional de Justiça [CNJ], 2020a; Ministério da Justiça e Segurança Pública - Departamento Penitenciário Nacional, 2019a). It is the third-biggest prison population in the world, with a 294% rise between 2000 and 2016. However, the increase of incarcerated people does not match the investments made in the system. This can be observed in the overcrowding context of all federated units in the country (Ministério

da Justiça e Segurança Pública - Departamento Penitenciário Nacional, 2019b). People in preventive custody (without a definitive sentence) amount to 38% of the total prison population. In absolute numbers, the number of people in preventive custody is close to the number of the space shortage of the system (Ministério da Justiça e Segurança Pública - Departamento Penitenciário Nacional, 2019b; CNJ, 2020b).

Since each state of the Federation has autonomy to organize and administer its prison facilities, the standardization of common information and guidelines becomes a challenge for monitoring of prison conditions. Two of the essential elements for the implementation of public policy - data and evidence about the system, and funding resources and their allocation to fund the system - are not standardized, which negatively affects the decision-making process of the public administrator. There are large shortcomings in the informational systems and in the supervision of prison sentence enforcement, and widespread misinformation about the maintenance costs of each imprisoned person.

This cost lacks standardization among different federated units (TCU, 2017, p. 50). It is estimated that the building costs of a prison facility are elevated, but they amount to only 10% of its total maintenance costs in a 30-year period (TCU, 2017, p. 41). In general, the estimation consists of the sum of the maintenance items (wages, energy and water costs, building maintenance) divided by the number of inmates (Congresso Nacional, 2009). In facilities in which the number of inmates is higher than the number of spaces, the cost will be reduced, but not necessarily due to a more efficient use of the resources, but due to the violation of fundamental rights arising from prison overcrowding. It is estimated that the cost of an imprisoned person in Brazil can be up to four times the average of U\$184.25 of the rest of Latin-American countries (Congresso Nacional, 2009).

Since the maintenance costs are high, state governments do not have resources to fully fund prison facilities and they become dependent on the access to resources of the National Penitentiary Fund (Funpen) for funding prison spaces, security equipment and assistance for inmates and former prisoners (Brasil, 1994).

Between 2008 and 2016, Funpen resources were transferred voluntarily from the Federal Government to the states or to other agencies and/or entities (Ministério da Justiça e Segurança Pública - Departamento Penitenciário Nacional, 2019c). However, between the creation of the Fund and 2015, more than 80% of the available resources were not used. The contrast between the abundance of underused Funpen resources and the context of massive, persisting violation of the fundamental rights of inmates, the structural flaws and the failure of public policy resulted in the declaration of an “unconstitutional state of affairs” of the Brazilian prison system by the country’s Supreme Federal Court (STF, 2015).

The request for non-compliance of fundamental principles ADPF 347 demanded the acknowledgment of a violation of the fundamental rights of imprisoned

people and the adoption of several measures to deal with the issues of penitentiary matters in the country. Brazil's Supreme Federal Court ordered judges and courts to hold preliminary hearings, in order to enable the presence of a detainee before the judicial authority within 24 hours of arrest. Thus, the National Justice Council - control agency for the administrative and financial action of the Judiciary - was appointed to create a computerized register with data about all imprisoned people. The Supreme Court's justices also decided the release, without any limitations whatsoever, of the accumulated balance of Funpen for improving the penitentiary system.

By imposing mandatory transfers of these resources to state governments, the decision of the Supreme Federal Court resulted in a significant rise of the Fund's budget execution. Between 2000 and 2018, Funpen's average annual execution was R\$333.11 million. With the implementation of the mandatory transfer, in 2016, the execution was R\$1.19 billion (TCU, 2017). Since Funpen resources are federal resources, the use of these funds by state governments, even as part of a mandatory transfer, is subject to the supervision of the Federal Court of Accounts (TCU, 2017). The allocation of resources transferred to state governments must be related to plans previously approved by the agency that administers penitentiary policy - the National Penitentiary Department.

After the Court's decision, Funpen resources were transferred for the indistinct construction of prison facilities, regardless of the shortage of prison spaces and the cost per inmate in each place. There was no planning for the allocation of resources, since the transfers were carried out a few days after the release of the rules by the federal government (TCU, 2017).

Considering the large volume of federal resources transferred to states without previous planning and the media repercussion of riots in prison facilities, agencies responsible for budget supervision recommended to the Federal Court of Accounts that a coordinated operational audit of Brazil's prison system was carried out. The audit report includes a comprehensive diagnosis of the shortcomings of penal policy, recognizing the bottlenecks and causes that contribute to the violation of the constitutional principle of dignity of the imprisoned person.

#### **4. Coordinated operational audit of Brazil's prison system**

##### **a. What is a coordinated operational audit?**

One of the tools that the Federal Court of Accounts adopts for assessing and monitoring public policy is a coordinated operational audit. An operational audit consists of a method of cooperation between the Federal Court of Accounts and state or municipal Courts of Accounts and/or international external control agencies, in order to

look for common solutions through the exchange of information and the adoption of a systemic approach to a topic of common interest (TCU, 2019b). Its results are the production of up-to-date and independent information, and recommended action that optimize the administration capacity, the achievement of goals or the results of public policy (Tribunal de Contas do Estado do Paraná [TCEPR], 2020).

Cooperative audits are a work of supervision that benefits the exchange of knowledge and experience among control agencies, the dissemination of better supervision practices and the honing of the auditors' professional skills. One type of such audits is the coordinated audit, characterized by having a common core of issues to be analyzed by each supervision agency, that is responsible for adding other matters of interest and issuing independent reports that will later be consolidated (TCU, 2019b).

In general, coordinated audits can be carried out in five stages: (i) preparation, (ii) execution; (iii) report, (iv) evaluation and (v) monitoring. The preparation involves choosing the topic, which demands time, resources and people to negotiate its terms and coordinate actions with teams. A formal agreement is subsequently signed by the legal representatives of the participant institutions in relation to the manner of cooperation. The cooperation aims to host auditors appointed by another participant institution, to share mutual knowledge and to exchange experiences and materials (TCU, 2019b).

The first gathering of the participant institutions is an opportunity for the auditors to meet, to define work plans, to elaborate a planning matrix and a timetable to synchronize the work of different units. In this stage, guidelines are agreed to collect and analyze data, in order to ensure that information collected in a decentralized manner has a high degree of consistency, facilitating the production and analysis of structured information. After carrying out the data collection and analysis for the audit, individual and/or consolidated reports must be drafted (TCU, 2010).

Consolidated reports set out the main conclusions and recommendations from the individual reports. Federal Court of Accounts regulations recommend that it is shared with all interested stakeholders, since it can encourage governments to take preventive and corrective measures, increase public awareness and promote an exchange of knowledge, through the presentation of better practices and experiences (TCU, 2019b).

The last stage is monitoring the implementation of resolutions and supervising the measures adopted by administrators in response to the control agency's resolutions. The main goal of this stage is to increase the probability of solving the issues identified during the audit, through the enforcement of resolutions or other administrative measures, as well as to find obstacles and difficulties to solve the issues (TCU, 2019b).

These reports are consolidated by the technical units of the Federal Court of Accounts and are later forwarded to the rapporteur of the audit at the Court, who will have to draft an expression containing resolutions and recommendations for the audited agencies to adopt, and both the report and these orientations should be discussed and approved in plenary session at the Court.

### **b. Why a coordinated operational audit of Brazil's prison system?**

On January 25, 2017, TCU Justice Ana Arraes accepted the suggestion of the National Council of Attorney Generals of Courts of Accounts (CNPGC) and proposed carrying out a coordinated audit of the prison system, in the face of a series of riots in prison facilities that had a big repercussion in the media.

In the same month, at least 115 prisoners died after riots broke out inside the premises of Anísio Jobim penitentiary complex (Manaus/Amazonas), Monte Cristo prison farm (Boavista/Roraima) and Alcaçuz state prison (Nísia Floresta/Rio Grande do Norte). According to Justice Arraes, in a country with more than 1.400 prison facilities, "the lack of a national administration model, the insufficient application of public resources and the non-compliance with functional organization regulations results in the degradation of the prison system, the rise of insecurity and the violation of human rights" (TCU, 2017).

The scope of the coordinated audit of the Federal Court of Accounts with state courts of accounts was to examine the most relevant aspects of the operational and infrastructure administration of Brazil's prison facilities, as well as to examine the emergency measures that were being taken until then to deal with the riots, administration, costs and supporting technologies associated to the prison system (TCU, 2017). Another object of the audit was the information system of prisons and the application of Funpen resources, that at the time had a balance of more than three billion reals (TCU, 2017).

Funpen is the main source of resources and instruments for funding and supporting activities and programs for the prison system's modernization and improvement (Brasil, 1994; TCU, 2019b). Since it is a fund linked to the National Penitentiary Department of the Ministry of Justice and Public Security (Depen/MJSP), the use of these resources must be supervised by the Federal Court of Accounts.

The Federal Court of Accounts has taken over the role of coordinating the work of State Courts of Accounts, which has enabled the examination of the most relevant aspects of the operational and infrastructure administration of penal facilities. Moreover, the Federal Court of Accounts was responsible for the audit of federal agencies.

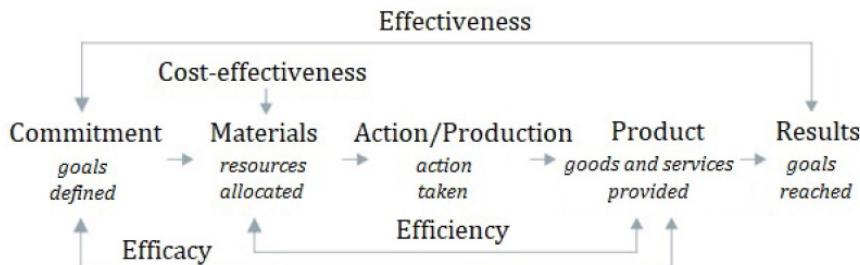
### **c. What information did the Federal Court of Accounts obtain?**

All 26 State Courts of Accounts and that of the Federal District were invited to take part in the coordinated audit by the Federal Court of Accounts, but only 18

Courts responded to the forms about the audit procedures. These Courts of Accounts belong to States whose total prison population amounts to 315.448 people (Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019a), which represents 42% of the total number of prisoners in the country.

The audit works carried out by the courts of accounts were oriented according to the following topics related to the supervision systems for sentence enforcement, monthly cost per inmate, use of Funpen resources and prison system administration and supervision. The integrated operational audit examined aspects of compliance (with the laws and regulations, according the criteria of legality and legitimacy) and operation (according to dimension of efficiency, efficacy and effectiveness results).

**Figure 1.** Dimensions of public policy analysis



**Source:** TCU (2010)

As for legality criteria, the audits examined the compliance with the rules for the use of Funpen resources, with the Law of Penal Enforcement (Brasil, 1984), and with Law 12.714/2012, which sets forth that the data and information about sentence enforcement shall be maintained and updated in a computerized supervision system for sentence enforcement (Brasil, 2012). As for state computerized systems, none of the audited states possess a system compatible with the legal provision, either due to the incompleteness of the available information, or the lack of interoperability among systems of several stakeholders involved in the prison system (TCU, 2017). In 2014, the federal government started procedures to create a web system of data collection that should be inputted by state governments and agencies of the criminal justice system, in order to consolidate a database of all imprisoned people of the country, which is still in implementation phase.

As for the compliance with the regulations of the Law of Penal Enforcement, the Federal Court of Accounts also stresses the context of a shortage of prison spaces in all audited states. Most of the riots recorded between October 2016 and May 2017 took place in prison facilities with a space shortage, that is, 78% of the

riot cases happened in overcrowded facilities. According to updated information, the 18 audited states have a prison population of 315.448 inmates, considering convicts and people in pre-trial detention, for a capacity of 178.296 prison spaces. Weaknesses and inconsistencies were found in the registration process of inmates subject to state prison administration, and public defender offices do not possess quality information regarding the quantification of the target audience who could use their services and the details of registered cases by branch of law. There are also indications of public defender offices that have a shortage of staff who work in the area of penal execution (TCU, 2017, p. 54).

The results of the coordinated audit reveal that more than half of the 17 audited States had not calculated the monthly cost per inmate in the preceding three years. When such calculation is carried out, state governments follow their own rules, disregarding the parameters set out by the federal government. The variation of the cost per inmate among states reaches up to 70%, which means, for the Federal Court of Accounts, that there are no criteria for accepting the cost per inmate and that there is a risk of using federal resources in overpriced projects (TCU, 2017, p. 53). Moreover, between 2015 and 2017, almost two billion reals were transferred to the States for improvement of the prison system. The Federal Court of Accounts determined that 74% of the states that received transfers had zero financial execution and did not create any new prison spaces (TCU, 2017). That is, in spite of the significant amount of resources, the executive capacity of governments turned out to be extremely low, and a high amount of these resources remained accumulated without effectively generating prison spaces (TCU, 2018).

As for the interaction among different stakeholders that take part in the implementation of prison policy, the Courts of Accounts tried to assess the existence and the formalization of integrated public prison policy at state level and with the Judiciary and the Public Prosecutor's Office. They concluded that only one of the states drafted an "Integrated Plan for Improving the Prison System and Complying with the Provisional Measures of the Inter-American Court of Human Rights", elaborated by the state government of Rondônia, Court of Justice, Public Prosecutor's Office and Public Defender's Office. There are four main areas of action, with goals and projects, a definition of responsible units, objective, justification/impact, estimated resources, execution deadline and source of funding (TCU, 2018).

When announcing one of her votes, Justice Ana Arraes concluded that the administration of the prison system requires coordination among stakeholders belonging to the Executive and the Judiciary, the Federal District and Municipalities. And the Federal Court of Accounts, as an external control agency of the federal government, must act in conjunction with the other courts of accounts striving for a solution that involves interdisciplinarity and a multiple institutional coordination among the several government spheres (TCU, 2017).

These conclusions refer to the state prison systems that were audited by control agencies. For this research paper, we consider the study of Amazonas state an emblematic case, a state that experienced a dramatic prison riot with a high number of casualties and that, according to the audits, has the highest cost per inmate in the country.

#### **d. The administration of the prison system in the State of Amazonas**

The state of Amazonas is located in the North Region of Brazil, and is the biggest state of the country in terms of territory, with a surface of 1,559,1611.682 km<sup>2</sup>, equivalent to the territory of France, Spain, Sweden and Greece altogether (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística [IBGE], 2012). It has an estimated population of 4,144,597 inhabitants, with more than 2 million living in the capital city, Manaus, the most populated city in the North Region (IBGE, 2019). Thus far 65 indigenous groups have been identified living in the territory, meaning that the state holds the biggest indigenous population in the country - almost 170 thousand people (IBGE, 2012).

The state's prison population has risen exponentially in the last 30 years. In 2003, there were 2,023 imprisoned people, while in 2017 the number of prisoners reached 8,931, which represent 1.2% of the total prison population of Brazil (Ministério da Justiça e Segurança Pública - Departamento Penitenciário Nacional, 2019b). They are mostly young people between 18 and 24 years old, single, *pardos* (mixed-race or Afro-Brazilians) or with indigenous features, elementary school dropouts, convicted for drug trafficking and theft (54% of imprisoned people in 2016) (Brasil, 2019b; Amazonas, 2017). In spite of having a small population when compared to the rest of the country, the organization of the prison system of the state is worth noting, which is one of the factors that contributed to the riot that left at least 56 people dead in 2017.

In 1907, Raimundo Vidal Pessoa public prison was inaugurated. It used to house convicted people as well as those without a sentence. For more than 75 years, this public prison was the only prison facility in the city of Manaus. 1982 saw the beginning of the construction of Colônia Agrícola Anísio Jobim prison farm, with the aim of housing convicts that would work producing food during the day and sleep in the premises at night. In 1999, the state government started a series of renovations in the surrounding area of Colônia Agrícola, as a way to meet the demands of the rising number of prison inmates: one unit for people in closed imprisonment, one female unit and temporary detention centers. This set of facilities is what today is known as Anísio Jobim complex ("Compaj").

In 2013, and in the face of the State's inability to deal with the demands of the prison population, the state government started to contract, through bidding processes, private companies to operate and administer five prison units. The contracts determine which internal security, food, clothing, hygiene services and

medical, psychological and legal assistance would fall under the responsibility of the contractor, while the State would be responsible for supervising those services, for the administration of the prison unit, the external security and inmate statistics (Amazonas, 2017). Afterwards, the state government of Amazonas started administrative procedures to contract private companies to operate and administer six units, out of a total of twenty state facilities (CNJ, 2020a).

On January 1, 2017, a riot broke out inside one of the units administered by contractors ("Compaj") and twelve employees were taken hostage. The riot left at least 56 inmates dead, and the inmates had access to weapons and ammunition through employees and relatives. Police authorities concluded that there was a conflict between rival criminal factions, a theory later objected by then Minister of Justice Alexandre de Moraes by pointing out that more than half of the casualties had no connection to any factions (PortalG1, 2017). According to the state governor at the time, "there were no saints among the 56 casualties. Overcrowding is a common problem in all States. The resources for building new prison facilities were not released as quickly as people are being imprisoned" (Folha, 2017).

The state government spent resources on the renovation of cells and yards, on wakes and the renovation and adaptation of other facilities to relocate transferred inmates. The state, from being an administrator, became an accused in more than 60 actions for damages for the death of inmates, that amount to more than R\$3 million (Amazonas, 2017).

The State Court of Accounts of Amazonas (TCE-AM), in collaboration with an operational audit of its Federal counterpart, determined that, since the breakout of the riot, the stability of the prison environment was reached through concessions and mediations with faction leaders, most of the time illegally. The contractor's employees obeyed whatever was decided by faction leaders, such as sunbathing times, cell closing times, the entry of food and objects into the facilities and visitors' overnight stays (Amazonas, 2017).

TCE-AM concluded that the riot at "Compaj" forced the state government to promote the improvement of prison facilities, by acquiring X-ray machines and body scanners and issuing internal rules for visitation, food entry and sunbathing. However, the TCE-AM report pointed out a series of administrative and operational limitations of the state administration, such as a shortage of police officers to supervise the external security of the facilities, the absence of risk management protocols in cases of riots, jailbreaks or mutinies, and the lack of state officials working inside facilities administered by contractors (Amazonas, 2017).

As for the financial and budget administration of the prison system in Amazonas, TCE-AM probed a series of irregularities in the delivery of services and in the supervision of contractors hired for the administration of prison facilities. The assessment revealed at least 21 serious issues, such as overcrowding - more than

288% above their capacity - dire conditions of cells and communal areas, structural weakness of lookouts and walls, shortage of external security staff, lack of basic medication and a lack of employment for inmates (Amazonas, 2017, p. 60).

The cost of the contracts signed with private companies must be calculated into the monthly cost per inmate computed by the state government. Although it is basic administration information, the coordinated audit of the Federal Court of Accounts concluded that there is no uniformity in the parameters adopted in each state of the country, hindering the standardization and monitoring of the effectiveness of these expenses (TCU, 2017). In the case of Amazonas, the calculation for prison facilities administered by contractors is carried out through the division of the yearly paid value by the average number of inmates per year. There is no specific tool and the calculation is carried out manually by each prison unit (Amazonas, 2017).

The monitoring of the compliance of these contracts is also poor. One government official is responsible for the supervision and control of 49 contracts with private companies, whose total value amounts to more than 365 million reals (Amazonas, 2017). The official must verify more than 30 items - from the number of employees per shift to the weight of every meal that the inmates receive - an activity that is carried out manually (Amazonas, 2017). In 14 years of contract duration, there has never been an assessment of the advantages and disadvantages of this contracting modality, and whether the financial resources directly applied to private administration could be better harnessed in other areas, such as intelligence and escape monitoring.

## 5. Discussion

The fact that the Federal Court of Accounts carried out this coordinated audit represents an innovative path in assessing and understanding the main shortcomings of Brazil's prison system, and it becomes a relevant tool for the institutional improvement and monitoring of public policy. The Federal Court of Accounts concluded that the shortcomings found in the national prison system are, however, still more far-reaching than the widespread shortage of prison spaces. Among other deficiencies of the sector, there is a lack of quality information for decision-making, bad physical conditions of several prison facilities, individuals imprisoned in facilities that are not adequate for their sentences and the nonexistent assistance for inmates in order to prevent crime and guide their return to a life in society (TCU, 2018).

For the Federal Court of Accounts, the institutional design of penal execution agencies requires interdisciplinarity and a multiple institutional coordination among the several spheres of government (TCU, 2017). Nevertheless, the coordi-

nation of different stakeholders for the implementation of public policy demands reliable tools to support public officers' and judges' decision-making when choosing imprisonment or a sentence other than prison.

Thus, Courts of Accounts oriented their audits according to two essential issues for improving the system: (i) the production of information about inmates and sentence enforcement and (ii) the quantification of the cost of penal facilities per prisoner.

The report of the Federal Court of Accounts points out that the obstacles to the production of statistical data of national level about the prison system are not unknown, but that the solution to the problem has thus far not been actually prioritized (TCU, 2017). The difficulty for the states to adhere to a web system coordinated by the federal government has many causes, such as the unavailability of internet access in prison facilities, the lack of interoperability among systems of different stakeholders and a shortage of technical officials specialized in inputting these systems. One measure recommended by the Federal Court of Accounts to minimize these issues is for the federal government to limit the transfer of Funpen financial resources to state governments that do not input the information systems.

However, this recommendation has a limited scope. Some of the states of the federation that did not even took part in the work of control agencies were not sending information about the inmates they were responsible for before the audit. Apart from the lack of standardization of locally produced information with criteria set out by the federal government, many argue that there is confidential information and security data, whose dissemination can benefit the action of organized groups. These last arguments lack substance, since it is possible to restrict public access to confidential information, and still produce and update relevant content about the conditions of people and facilities that guide the decisions of public administrators and judges.

In this first stage of assessment and recommendations, the Federal Court of Accounts limited itself, in relation to the federal government agencies, to proposing the creation of a course of action by defining deadlines and accountabilities until the completeness of the information system is reached, partnerships with agencies of the Judiciary to produce information and carry out joint studies among the Federation, states, the Federal District and municipalities with the aim of solving internet connection issues in prison facilities. In the second stage of supervision of the recommendations, the control agencies will be able to set out, in a more concrete manner, new measures to be adopted by federal and state governments, taking into account the particularities of each local administration.

As for the quantification of the costs of prison facilities, it should be noted that this cost will be reduced due to incarceration happening in higher numbers than spaces available in each facility, violating prisoners' fundamental rights. As stated

in the report of the Federal Court of Accounts, “ensuring secure, protected and humane prison units is necessarily an expensive undertaking” (TCU, 2017, 2018).

Nevertheless, the difficulties do not lie in the shortage of resources, since a large volume of Funpen resources has been distributed to state governments in the last three years. According to the Federal Court of Accounts, twelve states received \$R 383 million for creating prison spaces, but executed only 7.2% of that amount until September 2018 (TCU, 2018). The main causes for the low utilization of available resources were delays in the undertakings’ timetables, lack of planning of the branch, state government administrative deficiencies and federal government slowness in the analysis of processes. And the building projection is not even enough to overcome the potential growth of prison population, let alone to minimize the current shortage of prison spaces.

All stakeholders involved in the prison system interviewed by the Federal Court of Accounts mentioned construction and expansion of prison facilities as a solution to the issue. A big part of state governments do not have the technical capacity to elaborate a project for such complex construction work as the case of a prison facility. Thus, it does not suffice for the federal government to transfer financial resources indistinctly, without assessing the state administration capacity for the execution of these resources and to overcome the dire conditions of these facilities. The transfer of resources to build and expand prison facilities is not a guarantee of an actual creation of prison spaces in the short and medium term, apart from imposing a series of challenges in the improper application of these values by state governments.

In this case, the audit carried out in Amazonas state is worth noting, since apart from the precariousness of the information about people and costs of facilities, there is a difficulty for the state government to supervise the contractors that administer the facilities.

Apart from allocating budget to considerable administration contracts with private companies, there is no integrated plan for health and education actions, as well as legal and social assistance for inmates and former prisoners. Thus, it is evident that a superficial debate on occupancy and the cost of prison facilities are insufficient criteria to assess improvement of prisoner life conditions, as pointed out in Bleich (1989) and Coelho (2020). Despite having the highest cost per inmate in the country, the prison system of Amazonas state has damaged facilities, inadequate food services, provides unsafe water in a rationed manner and reports of mistreatment and torture remain (Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura [MNPCT], 2020).

Therefore, the attempt to compare the individual cost per inmate among different states without objective criteria does not produce measurable results, as the low cost per unit can reflect less investments in security and essential public

services for inmates, apart from concealing behind the figures a context of prison overcrowding. Statements by authorities such as a State governor claiming that "there were no saints" among the 56 dead inmates normalize the trivialization of the cruel and degrading treatment in prison facilities and the lack of competence of public administration in prison matters. Thus, the conclusion of the Federal Court of Accounts audit rapporteur that "Brazil has not yet reached the proper degree of professionalism and efficiency that its population so much expects when it comes to criminal policy and other policies related to the prison system" (Tribunal de Contas da União, 2019a) seems very pertinent.

The reports of the audits carried out by state control agencies and the Federal Court of Accounts mention a series of recommendations for the production of information and the management of penitentiary matters, an institutional assessment that can be a foundation for building methodologies and supervision indicators of the system and that work as guidelines for legislative, judicial and administrative action. The work of Courts of Accounts contributes to an integrated administration perspective, seeking to evaluate transversal and intersectoral mechanisms, apart from offering more support to more systemic and coordinated government action after the declaration of an unconstitutional state of affairs by the Federal Supreme Court.

## 6. Final considerations

This paper aimed to analyze the assessment carried out by financial and budget control agencies about the administration of the prison system, specifically the audit reports of the Federal Court of Accounts in collaboration with state Courts of Accounts. As support agencies to the Judiciary, these agencies contribute by offering orientations, evaluations and recommendations for public policy improvement.

The audit reports issued by federal and state control agencies reveal that, thus far, there are organizational structures, processes and interactions that hinder Brazil from overcoming the unconstitutional state of affairs of its prison system. There are difficulties to establish minimum parameters for the production of information about inmates and the use of public resources. The resources exist and are available, but there is a shortage of instruments and organizational capacity that assist the decision-making process of government officials for the allocation of these resources.

The data analyzed in this paper suggests that the Courts of Accounts play a relevant part in creating a standard to assess the rights of imprisoned people, through minimum indicators for efficiency and public resource administration that allow for identifying progress and regression in securing incarcerated people's rights.

The implications of our work are threefold. First, our study contributes to the literature that analyzes the judicialization processes of penitentiary matters. Specifically, the action of courts of accounts is related to the determinations imposed in the Federal Supreme Court's decision that declared an unconstitutional state of affairs of the prison system. Second, as a practical implication, these results can contribute to the debate on which information is necessary to think of indicators that aim to secure minimum conditions of respect for the human rights of imprisoned people, considering the particularities of each state. Third, they support the creation of coordinated and integrated solutions among different stakeholders that deal with penitentiary matters.

Future studies can be based on this paper in four main ways. First, researchers can expand the analysis of control agency action regarding other elements analyzed in audits. Second, scholars can analyze comparatively the operational audits carried out among other states, as to identify local particularities and elements in common with the national assessment. Third, the analysis can be expanded to other states that did not take part in the audit and apply the same methodology for comparison purposes with other prison administrations. Finally, the study can explore the assessment of coordination and integration of prison system agencies based on the recommendations issued by control agencies.

## Bibliographical References

- Amazonas. (2017). Tribunal de Contas do Estado do Amazonas (TCEAM). Secretaria Geral de Controle Externo, Auditoria operacional no sistema prisional do Estado do Amazonas. Manaus: TCEAM.
- Ariza, L. J. & Iturralde, M. (2017). Indicadores de Derechos Humanos en el Sistema Penitenciario y Carcelario Primer informe. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho. Retrieved from <https://grupodeprisiones.uniandes.edu.co/images/MediaPrisiones2018/Publicaciones/LineaBaseDDHHparaSPC2017-tomoI.pdf>
- Ariza, L. J. & Iturralde, M. (2017). Indicadores de Derechos Humanos en el Sistema Penitenciario y Carcelario Primer informe. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho. Retrieved from <https://grupodeprisiones.uniandes.edu.co/images/MediaPrisiones2018/Publicaciones/LineaBaseDDHHparaSPC2017-tomoI.pdf>
- Ariza, L. J. & Torres, M. A. (2019). Constitución y Cárcel: La judicialización del mundo penitenciario en Colombia. *Rev. Direito Práx.*, 10(1), 630-660.
- Bleich, J. (1989). The Politics Of Prison Crowding. *California Law Review*, 77(5), 1125-1180.
- Brasil. Planalto. (07 de dezembro de 1940). Decreto-Lei 2.848. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro.
- Brasil. Planalto. (11 de julho de 1984). Lei nº 7.210. Institui a Lei de Execução Penal, Brasília.

- Brasil. (1988). Constituição Federal, Brasília.
- Brasil. Planalto. (07 de janeiro de 1994). Lei Complementar nº. 79. Cria o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília.
- Brasil. Planalto. (14 de setembro de 2012). Lei nº 12.714. Dispõe sobre o sistema de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança. Diário Oficial da União.
- Brasil. Congresso Nacional. (2009). *Câmara dos Deputados*. Brasília: Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário.
- Brasil. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). (2020a). *Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (Geopresídios)*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça.
- Brasil. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). (2020b). *Sistema Carcerário e Execução Penal*. Brasília: CNJ.
- Brasil. Ministério da Justiça e Segurança Pública - Departamento Penitenciário Nacional (2019a). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de dezembro de 2019. Brasília: DEPEN.
- Brasil. Ministério da Justiça e Segurança Pública - Departamento Penitenciário Nacional (2019b). Levantamento nacional de informações penitenciárias, atualização junho de 2017. Org. Marcos Vinícius Moura, Brasília.
- Brasil. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. (2019c). Nota Técnica n.º 27/2019/GAB-DEPEN/DEPEN/MJ.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal [STF]. (09/09 de 2015). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Relator Min. Marco Aurélio, DJE 09.09.2015, Brasília.
- Caldas, R. C. da S, G. & Lascane Neto, F. (2017). As condições das penitenciárias no brasil e o estado de coisas inconstitucional. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, 2(2). 578-600. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0200/2016.v2i2.1441>
- Coelho, P. (2020). *Um preso por vaga: estratégias políticas e judiciais de contenção da superlotação carcerária* (Dissertação de mestrado). Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, Brasil.
- de Andrade, B. A. & Teixeira, M. C. (2016). O Estado de Coisas Inconstitucional - Uma Análise da ADPF 347. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e direito*, 13, 85-121. DOI: <https://doi.org/10.15603/2176-1094/rct.v13n13p>
- de Carvalho, G. F., de Souza, F. & Santos, J. E. (2017). O estado de coisas inconstitucional: é possível sua efetivação no Brasil?. *Revista Acadêmica Conecta FASF*, 2(1), 307-332.
- dos Santos, H. M. P., Vieira, J. R., Damasceno, L. R. D'. & das Chagas, T. T. (2015). Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. *Quaestio Iuris*, 8(4), 2.596-2.612.

- Dantas, E. S. (2016). Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, 9(2), 155-176.
- Duarte, J. K. & Duarte Neto, J. (2016). O estado de coisas inconstitucional (ECI): o remédio estrutural para a efetivação dos direitos fundamentais perante um diálogo entre os poderes da União. *Revista da ESMAL*, (1), 298-321.
- Folha. (04 de 01 de 2017). Governador do AM diz que 'não tinha nenhum santo' entre presos mortos. *Folha de São Paulo*.
- Garcia, L. S. (2014). Reflexões sobre o instituto da intervenção federal e a questão do sistema prisional brasileiro. *Aracê: Direitos Humanos em Revista*, 1, 4-207.
- Godoy, A.S. (1995). Pesquisa qualitativa: tipos fundamentais. *Revista de Administração de Empresas*, 35(3), 20-29. DOI: <https://dx.doi.org/10.1590/S0034-75901995000300004>
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). (2012). *Censo Brasileiro de 2010*. Rio de Janeiro.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). (2019). *Estimativa populacional para 201928 de agosto de 2019*. Rio de Janeiro.
- Jardim, N. C. (2018). *Estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro: um caminho adequado constitucionalmente na construção de direitos fundamentais* (Dissertação de mestrado). Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, MG, Brasil.
- Machado, M. R. (2020). Prisoners Rights. In C. H. Mendes & R. Gargarella (eds.), *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*. UK: Oxford University Press. In press
- Magalhães, B. (2019a). O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, 15(2). DOI: <https://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201916>
- Magalhães, B. (2019b). A incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, 14(3). DOI: <https://doi.org/10.5902/1981369432760>
- Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). (2016). *Relatório de Visita a unidades prisionais de Manaus (Amazonas)*. Brasília.
- Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). (2020). *Relatório de Inspeção ao Estado do Amazonas após Massacres Prisionais em 2019/ Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): Bárbara Suelen Coloniese, Bruno Renato Nascimento Teixeira, Daniel Caldeira de Melo, Tarsila Flores*. Brasília.
- Meda, A. & Bernardi, R. (2016a). Da tripartição de poderes ao estado de coisas inconstitucional e o "compromisso significativo" A contemporânea atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos que envolvem direitos sociais fundamentais. *Revista Em Tempo*, 15, 11-34. DOI:10.26729/et.v15i0.1654

- Meda, A. & Bernardi, R. (2016b). Direito fundamental à moradia e a sentença t-025/2004 da corte constitucional da Colômbia: estado de coisas inconstitucional no Brasil. *Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas*, 2(1), 280-299. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9881/2016.v2i1.565>
- Orbage de Britto Taquary, E. & Costa Leão, W. S. (2019). O diálogo entre Colômbia e Brasil sobre o “estado de coisas inconstitucional”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 7(13), 193-212. DOI: <https://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a7.n13.p193>
- Penna, B. S. (2017). Mais do ativismo judicial à brasileira: análise do estado de coisas inconstitucional e da decisão na ADPF 347. *Revista Pensamento Jurídico*, 11(1), p. 9-19.
- Pereira, L. M. (2017). O estado de coisas inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, 5(1), 167-190.
- PortalG1. (04 de 01 de 2017). ‘Não havia nenhum santo’ entre os mortos em rebelião, diz governador. *G1*. Retrieved from <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/nao-havia-nenhum-santo-entre-os-mortos-em-rebeliao-diz-governador.html>
- Tribunal de Contas da União (TCU). (2010). *Manual de auditoria operacional* (3 ed.), *Tribunal de Contas da União*. Brasília: Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog). TCU.
- Tribunal de Contas da União (TCU). (2017). Acórdão nº. 2643/2017. Plenário. Relatora: Ministra Ana Arraes. Sessão de 29/11/2017. Brasília: TCU.
- Tribunal de Contas da União (TCU). (2018). Acórdão nº. 972/2018. Plenário. Relator Ministra Ana Arraes. Sessão de 02/05/2018. Brasília: TCU.
- Tribunal de Contas da União (TCU). (2019a). Tribunal de Contas da União, Acórdão 1542-24/19. Plenário. Relatora: Ministra Ana Arraes. Sessão de 03/07/2019. Brasília: TCU.
- Tribunal de Contas da União (TCU). (2019b). Secretaria de Controle Externo da Educação (SecexEducação), Orientações sobre auditorias coordenadas. Brasília: TCU.
- Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCEPR). (2020). *Auditorias Operacionais - AOPs*. Fonte: Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Retrieved from <https://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/auditorias-operacionais-aops/43/area/47>
- Vitto, R. C. P. (2019). Potencial e limites das auditorias operacionais no TCU: O Caso da política penitenciária. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, 16, 297-311.



*Serie Desde la raíz. Fotografía Digital. Silvia Alejandra Cifuentes Manrique*

**Estudios  
de Derecho**  
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD  
DE ANTIOQUIA**

## Decisión judicial y situación carcelaria en Colombia: la encrucijada de los fallos estructurales\*

Diego Mauricio Olarte Rincón\*\*

### Resumen

La situación de las cárceles en Colombia regresó, después de quince años, al análisis estructural de la Corte Constitucional. En esta ocasión, tras dos nuevos fallos de estado de cosas inconstitucional, la Corte resolvió reenfocar el entendimiento del problema carcelario y profirió órdenes de diversa índole para conjurar el déficit de derechos de las personas privadas de la libertad. Pese a estos esfuerzos de la Corte, sus fallos parecen no haber tenido éxito en la protección de los derechos de las personas privadas de la libertad, enfrentándose así a una encrucijada que impide su cumplimiento. Este artículo de reflexión analiza estas decisiones a la luz de teorías de carácter general sobre los fallos estructurales y en particular sobre aquellas relativas al sistema penitenciario y carcelario para describir cómo se expresa dicha encrucijada y se propone un remedio judicial que, sin ser susceptible de álgidos debates, puede resultar en una medida efectiva para la protección inmediata de la población privada de la libertad.

**Palabras clave:** sistema penitenciario y carcelario; crisis carcelaria; estado de cosas inconstitucional; fallos estructurales.

### Judicial decision and prison situation in Colombia: The crossroads of structural decisions

### Abstract

After fifteen years, the prison system's situation in Colombia returned to its structural analysis by the Constitutional Court. On this occasion, after two new decisions regarding the unconstitutional state of affairs of Colombian prisons, the Court determined to refocus the understanding of the problem and issued orders of various kinds to avert the deficit of rights of persons deprived of liberty. Despite the numerous efforts by the Court, its judgments seem to have failed in the protection of the rights of imprisoned people, facing a crossroads that prevent the fulfillment of judicial decisions. This reflection paper analyzes these decisions in the light of general theories about structural decisions and, in particular, those related to the penitentiary and prison system. It aims to describe how the crossroads are expressed and it comes up with a judicial remedy to be debated, which can be considered a more efficient measure to ensure the immediate protection of people deprived of liberty.

**Keywords:** penitentiary and prison system; prison crisis; unconstitutional state of affairs in prisons; structural decisions.

## Decisão judicial e situação carcerária na Colômbia: a encruzilhada das decisões estruturais

### Resumo

A situação das prisões na Colômbia voltou, depois de quinze anos, à análise estrutural da Corte Constitucional. Nesta ocasião, depois de duas novas decisões de Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte resolveu focar-se novamente no entendimento do problema carcerário e proferiu ordens de diversas índoles para impedir o déficit de direitos dos detentos. Apesar desses esforços da Corte, suas decisões aparentemente não obtiveram sucesso na proteção dos direitos dos detentos, enfrentando-se assim a uma encruzilhada que impede seu cumprimento. Este artigo de reflexão analisa estas decisões à luz de teorias de caráter geral sobre as decisões estruturais e particularmente sobre aquelas relativas ao sistema penitenciário e carcerário para descobrir como se expressa tal encruzilhada e se propõe uma solução judicial que, sem ser suscetível a debates intensos, pode dar como resultado uma medida efetiva para a proteção imediata da população detenta.

**Palavras-chave:** sistema penitenciário e carcerário; crise carcerária; Estado de Coisas Inconstitucional; decisões estruturais.

\* Artículo de reflexión derivado de investigación. Investigación terminada en julio de 2020.

\*\* Abogado y magíster en Derecho de la Universidad de los Andes. Máster en Criminología y Ejecución Penal de la Universidad Pompeu Fabra, España. Correo electrónico: diegomolarte@gmail.com. ORCID: 0000-0003-4329-9797.

Cómo citar este artículo: Olarte Rincón, D. M. (2021). Decisión judicial y situación carcelaria en Colombia: la encrucijada de los fallos estructurales. *Estudios de Derecho*, 78 (171), 223-244

DOI: 10.17533/udea.esde.v78n171a09

Fecha de recepción: 17/07/2020 Fecha de aceptación: 19/10/2020



## Decisión judicial y situación carcelaria en Colombia: la encrucijada de los fallos estructurales

### 1. Introducción

La prisión en Colombia es sinónimo de hacinamiento y violencia<sup>1</sup>. Desde los años noventa, el país ha experimentado un drama humanitario en sus cárceles por cuenta de la sobre población de reclusos, llegando a cifras alarmantes en los últimos años que registraron un hacinamiento por encima del 50 por ciento<sup>2</sup>. Esta constante supone una insuficiencia persistente: escasez de camastros<sup>3</sup>, de baños, de plazas para programas de resocialización, de citas médicas, de personal y vehículos para hacer remisiones de reclusos a diligencias judiciales, entre otros. A su vez, esta limitada oferta de bienes y servicios, en un contexto de alta demanda de personas, desata un conflicto permanente que enfrenta a los reclusos y anima todo tipo de disputas (Ariza, 2011).

Una situación de esta dimensión tan escandalosa ha merecido la atención de la Corte Constitucional, tribunal que en diversas ocasiones ha buscado dar

- 
- 1 Ariza (2010) advierte que esta realidad no solo se presenta en el contexto colombiano: “[d]esafortunadamente, la diferencia entre las ‘fallas’ de los sistemas penitenciarios latinoamericanos tan sólo es de grado: algunos son más violentos, otros sufren menos hacinamiento, pero todos ejercen violencia y funcionan por encima de su capacidad. Las muertes por motines, incendios o arbitrariedad son una constante a lo largo de los patios de las prisiones latinoamericanas” (p. 31). Además, al igual que en Colombia, el hacinamiento es detectado por las autoridades con relevancia en la política penitenciaria de América Latina como uno de los principales problemas a enfrentar (Carranza, 2009). El hacinamiento en algunos países de la región es el siguiente: Brasil (70 %), Perú (141 %), Chile (0,4 %), Argentina (22 %), Bolivia (263 %), Ecuador (33 %), y Venezuela (54 %) (World Prison Brief, 2020).
  - 2 Desde 2012, el hacinamiento ha oscilado entre el 44 % y el 55 %. Estas cifras tuvieron un descenso atípico en 2020 por la pandemia por COVID-19 que llevó al hacinamiento al 24 % (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario [INPEC], 2020), en medio de una coyuntura en la que se cerraron los penales y se produjo una mayor extensión del hacinamiento a los centros de detención transitoria. Desde hace algunos años, las principales ciudades del país se han visto resentidas por el hacinamiento carcelario trasladado a los centros de detención transitoria. No obstante, durante la pandemia este hacinamiento llegó a cifras históricas de alrededor de 12.000 personas (MinJusticia, 2020).
  - 3 ¿En dónde duerme cada noche el excedente de personas, que a fecha de diciembre de 2019 ascendió a 42.822 individuos? En colchonetas ubicadas en los suelos de celdas, pasillos y baños, en hamacas o, incluso, en los mismos camastros, pero en turnos diurnos, renunciando con esto a participar de la oferta de programas de resocialización.

órdenes de tipo estructural a las autoridades concernidas para que se mejoren las condiciones de reclusión en las cárceles del país.

En efecto, en 1998, la Corte Constitucional colombiana declaró el primer estado de cosas inconstitucional (ECI) en las prisiones del país ante la masiva vulneración de múltiples derechos de la población reclusa (Corte Constitucional, Sentencia T-153 de 1998). Este llamado, impulsó la creación de nuevas cárceles y, por unos años, se logró reducir el índice de hacinamiento que mereció la sentencia de la Corte.

Sin embargo, tiempo después, las alarmas volvieron a encenderse. Pese a que la oferta de cupos carcelarios creció entre 1998 y 2013 un 129 %, pasando de 33.119 cupos a 76.066<sup>4</sup>, la población recluida en las cárceles del país aumentó a 120.032, pasando el hacinamiento de un 31 % en 1998, al 55 %<sup>5</sup>. Producto de este claro aumento de personas privadas de la libertad que derivó en que se recrudecieran las condiciones de habitabilidad de los reclusos en las cárceles, la Corte Constitucional, en 2015 (Sentencia T-388 de 2013) y 2016 (Sentencia T-762 de 2015), profirió dos nuevas sentencias que declararon otra vez el ECI en las prisiones y fijó nuevas órdenes de carácter estructural para conjurar el déficit de derechos de los reclusos.

A grandes rasgos, a diferencia del primer ECI en el que principalmente se ordenó la ampliación del sistema penitenciario a través de la construcción de más cupos penitenciarios para atender la alta demanda de personas privadas de la libertad (Ariza, 2015), en los últimos dos la Corte reformuló el planteamiento, evidenciando que el asunto carcelario requiere ser entendido desde una óptica más amplia y señalando que la política criminal en su conjunto debería ser revisada para depurar la crisis (Ariza y Torres, 2019; Moscoso Sepúlveda, 2017; Ramírez, Gómez, Medina, Farfán y Moncada, 2019).

Algunos autores han hecho revisiones y análisis acerca de las intervenciones judiciales de la Corte en las que profiere fallos estructurales a manera de ECI. Si bien estos trabajos suelen abarcar la pregunta por la legitimidad de la Corte Constitucional para exigir a los hacedores de políticas públicas (usualmente el Congreso y los gobiernos) ajustes o construcción de las mismas<sup>6</sup>, algunos otros

4 Estos cupos carcelarios materializaron los documentos Conpes 3086 de 2000; 3277 de 2004; 3412 de 2006; y 3575 de 2009.

5 Mientras que el año 1998 la capacidad de las cárceles fue de 33.009 internos y la población 43.259, en 2013 la capacidad fue de 75.797 cupos y los internos 117.987 (INPEC, 2020).

6 Henao Pérez (2013) o Cepeda (2007) han propendido por destacar la necesidad de intervención del juez constitucional en las situaciones de vulneración masiva y sistemática de derechos fundamentales que soportan la declaración de un ECI. De acuerdo con Henao Pérez (2007), la inacción de las autoridades legislativas y administrativas para garantizar derechos fundamentales de grupos poblacionales, sumado al mandato otorgado de preservar la Constitución Política y a los compromisos internacionales que ha suscrito el Estado colombiano de materializar derechos, exigen que la Corte intervenga en políticas públicas para lograr materializar el goce efectivo de los derechos (pp. 74-77). En el mismo

estudios se han concentrado en la fase de implementación o cumplimiento de estas decisiones. En este último espectro se encuentran autores como Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010, 2015), quienes procura construir una teoría que permita leer con las mismas características cualquier fallo estructural de la Corte. Otros estudian principalmente la injerencia de la Corte en las cárceles para mostrar las características especiales que tiene esta temática desde el punto de vista de las particularidades de la institución de la prisión (Ariza, 2010, 2015).

En este contexto, el propósito de este escrito es analizar estas decisiones judiciales de tipo estructural, específicamente las más recientes (Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015) a la luz del marco conceptual general con el que se ha analizado el ECI de cárceles, para evidenciar, en la fase de cumplimiento de estos fallos, que las órdenes emitidas se enfrentan a una encrucijada en razón de la diversidad de resistencias que se manifiestan y que dificultan la garantía de los derechos de las personas privadas de la libertad, por lo que se debería buscar un remedio judicial más efectivo que conjure el déficit de derechos.

Para hacer esto, presento, en la segunda parte de este texto, el marco teórico sobre el cual me apoyé para descifrar algunos elementos con los que deben ser analizados los ECI en materia carcelaria. Posteriormente, en la tercera parte, realizo un análisis de los fallos estructurales de prisiones sobre la base de los elementos que aporta el marco teórico que utilizo, para presentar la encrucijada a la que se ve enfrentado el cumplimiento del ECI y, con esto, el goce de derechos de la población privada de la libertad. En la cuarta parte propongo un remedio judicial que puede resultar más efectivo para la garantía de los derechos de los reclusos. Y, finalmente, en la quinta parte, presento unas conclusiones a partir de dicho análisis.

## 2. La intervención judicial estructural en fase de cumplimiento

Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010, 2015) son los exponentes principales de la literatura académica en Colombia que procura explicar los elementos configurativos de la eficacia de los fallos estructurales. Además de centrar su análisis en los múltiples efectos que se desprenden de estos, identifican como elemento central de una correcta implementación de estas decisiones el carácter dialógico que se desarrolla entre el juez, las partes y los múltiples actores de interés que gravitan alrededor de la problemática que pretende ser conjurada. A su

---

sentido, Cepeda (2007) exalta el hecho de que la intervención es inevitable, pero se realiza desde la función judicial, es decir, cuando las entidades encargadas de formular las políticas públicas no han logrado previamente conseguir la satisfacción de los derechos de las personas (pp. 527-528). Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2015) también dan respuestas sobre la legitimidad de estos fallos judiciales, pero desde el punto de vista del enfoque dialógico de estas decisiones estructurales.

vez, de acuerdo con estos autores (2010), las decisiones judiciales estructurales con enfoque dialógico se caracterizan por sacudir a la burocracia estatal para que pase del bloqueo institucional en el que se encuentra a la búsqueda de medidas tendientes a la satisfacción de los derechos de la población vulnerada. Recientemente, Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2015) han señalado que son al menos tres los tipos de bloqueo institucional que procuran ser superados a través de una decisión estructural: (i) las fallas burocráticas; (ii) la falta de capacidades; y (iii) los intereses políticos.

Por un lado, está el bloqueo producto de las fallas burocráticas de las entidades públicas que impiden una coordinación interinstitucional adecuada entre ellas para formular e implementar políticas. En este punto se podría indicar que las distintas agendas de las instituciones no suelen coincidir en los mismos propósitos, lo que impide avanzar en la consecución de metas y resultados que se traduzcan en garantía de derechos de los ciudadanos. Un segundo bloqueo se manifiesta por cuenta de la falta de capacidades de las instituciones para poder atender su misionalidad. Al respecto, se debe considerar que algunos sectores de la burocracia estatal del país adolecen de los conocimientos especializados y destreza institucional requerida para proveer de manera eficiente todos los servicios que se le encargan. A su turno, un tercer bloqueo institucional que se advierte tiene que ver con intereses políticos por parte de agencias del Estado o de particulares incidentes en las políticas públicas que capturan “el proceso político o la política pública sobre un tema, en detrimento de los intereses o derechos de grupos menos poderosos” (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2015, p. 231)<sup>7</sup>. Aun cuando estos elementos han sido teorizados para explicar la decisión estructural y el seguimiento realizado por la Corte Constitucional al ECI de desplazamiento forzado en Colombia (Sentencia T-025 de 2004), estos autores aducen que estos elementos son característicos de todas las decisiones de tipo estructural que profieren las autoridades judiciales en las que se observan rasgos dialógicos. Como quiera que este rasgo es observado en las sentencias de ECI recientes de cárceles, más adelante serán analizados los elementos destacados por estos autores.

---

7 Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2015) reconocen que en estas materias son escasos los trabajos desarrollados para ilustrar este último bloqueo de tipo político: “[c]omo se ha señalado, nuestra hipótesis con respecto al mayor impacto del activismo dialógico se limita a los elementos controlados por el tribunal que tienen influencia en el efecto de las mencionadas sentencias y otras decisiones activistas. En la práctica, hay factores externos, desde la reacción de las partes afectadas en los sectores públicos o privados al grado de apoyo de los medios de comunicación y las organizaciones de la sociedad civil, que influencian por igual los efectos de las intervenciones judiciales. Por ejemplo, la T-025 y la T-760 difieren en un aspecto importante: mientras que en el primero de los casos la CCC (Corte Constitucional de Colombia) no enfrentó resistencia por parte de intereses creados fuera del Estado, en la segunda tuvo que afrontar una considerable resistencia por parte de los beneficiarios de un sistema disfuncional, entre los cuales estaban prestadores privados de servicios de salud y empresas farmacéuticas que explotaron los vacíos regulatorios del sistema. A diferencia del caso “TAC” sudafricano sobre el derecho a la salud, la CCC no podía apoyarse en un fuerte movimiento social capaz de contrarrestar esa resistencia. Se necesitan investigaciones adicionales para desentrañar la interacción entre los factores controlados por el tribunal y los factores externos que afectan el impacto de las intervenciones judiciales” (p. 224).

Por su parte, Ariza (2010, 2015) analiza la injerencia de las decisiones estructurales de la Corte Constitucional al interior de la institución penitenciaria específicamente. De acuerdo con este autor, en el entendido de que la barrera que existe entre los derechos (en abstracto) y las personas vulneradas o marginadas es la falta de políticas públicas que materialicen el goce de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), la Corte suele exigir en este tipo de fallos la formulación de las mismas. Y como quiera que la construcción de dichas políticas públicas, o su implementación, no suele darse de forma inmediata, dada la complejidad de los asuntos que se pretenden resolver (de carácter estructural), una característica principal de estos fallos es su *progresividad*.

Así, se entiende que las respuestas institucionales no brindarán resultados inmediatos de satisfacción de derechos, pero sí deben estructurarse los planes y programas (las políticas públicas) que tengan como meta dicha satisfacción.

Sin embargo, como lo explica Ariza (2015), tratándose del déficit de derechos de la población reclusa, dicha progresividad no se puede pregonar, en tanto la relación de especial sujeción del preso frente al Estado crea obligaciones inmediatas en cabeza de este último para poder brindarle aquellos servicios que la privación de la libertad le impide autogestionarse o autoproveerse. Un caso notorio de este planteamiento, es el derecho de todos los presos a tener condiciones dignas de habitabilidad en las prisiones. En tanto los internos no cuentan con la capacidad para proveerse un espacio digno de reclusión, es obligación del Estado brindar lugares de reclusión que respeten la dignidad de los privados de la libertad (ibíd., 2010).

A su vez, otro elemento que considera Ariza (2015) necesario para estudiar la intervención judicial de la Corte en las cárceles, tiene que ver con la forma como se construye el caso que se pretende resolver. Al respecto, señala que los remedios que suelen proferirse en un fallo estructural están en estrecha relación con la forma como la Corte decide abordar el caso de violación de derechos ("el debate jurídico específico") que estudia (p. 191). A su juicio, la fase de implementación de una decisión de tipo estructural está directamente asociada con la construcción del caso que hace la autoridad judicial, en tanto de esta construcción dependen los remedios que se imparten. En razón a lo anterior, y a que, como ya se dijo, una particularidad de las personas privadas de la libertad es que se encuentran en una relación de especial sujeción con el Estado, Ariza (2015) cuestiona los análisis que abordan toda problemática masiva de derechos desde el discurso de reforma estructural para la protección de DESC, toda vez que no permiten entrever las particularidades específicas que cada caso puede suponer:

Un problema de los análisis basados en la definición de los casos con base en el discurso jurídico sobre los DESC y su correlato de la reforma estructural es que agrupa las situaciones en una misma categoría analítica, sin prestar la suficiente atención a la especificidad de cada

intervención. Así, el caso de una persona desplazada forzosamente sería equiparable según la doctrina del ECI al de una persona privada de la libertad en condiciones infráhumanas. (...) [N]o debería perderse de vista que la intervención en el campo penitenciario supone intereses, actores y valores propios, que participan dentro de un campo posible de instituciones y doctrinas jurídicas propias, a pesar de los rasgos que comparten con otros casos interpretados desde la óptica del ECI. Incluso la intervención judicial en el campo penitenciario supone una pluralidad de posiciones sobre la forma como se construye el caso, el papel de la judicatura en este proceso, la definición de los remedios y su posterior puesta en marcha. (Ariza, 2015, p. 192)

Como se observa, estos actores han decantado algunos elementos que deben ser tenidos en cuenta para analizar los tres fallos estructurales que ha proferido la Corte Constitucional en materia carcelaria. Los elementos aquí presentados son: (i) la presencia de bloqueos institucionales de tipo *burocrático*, de *capacidades y político* que pretenden ser superados; (ii) el *carácter inmediato* de la protección de los derechos de las personas privadas de la libertad, por tratarse de un asunto en el que existe una relación de especial sujeción del preso frente al Estado; y (iii) la incidencia de la *construcción del caso* con relación al tipo de remedios (u órdenes) proferidas que incide en el eventual impacto de los fallos estructurales. A continuación, analizo estos elementos a la luz de los dos últimos fallos estructurales del ECI en el sistema penitenciario y carcelario.

### 3. Los ECI de cárceles en la encrucijada de la intervención judicial estructural

#### 3.1. Bloqueos persistentes

Como muestran Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2015), los bloqueos institucionales que procuran ser desatascados con una decisión estructural de ECI son de tres tipos: políticos, de capacidades y burocráticos. En el ECI de cárceles, infortunadamente, los tres tipos de bloqueos se expresan en perjuicio de los derechos de los privados de la libertad, como quiera que las sentencias de ECI no parecen haber hecho fluir a la burocracia estatal del campo penitenciario para propender resolver sus múltiples fallas.

Bloqueo político persistente. Las órdenes que se rastrean particularmente en las Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015 relacionadas con la reducción del encarcelamiento<sup>8</sup> han mostrado tener un fuerte bloqueo institucional de

8 En particular, se deben considerar las decisiones relacionadas con la aplicación de la regla de equilibrio decreciente, a través de la puesta en marcha de las medidas legislativas y administrativas necesarias para generar un descenso

tipo político por parte de ciertos actores estratégicos de la política criminal. Las preocupaciones de estos actores relativas al peligro que puede implicar una excarcelación masiva al “relajar las penas impuestas a los delincuentes”, siguiendo con ellos, hace necesario reflexionar “si la suerte de los delincuentes es volver a las calles o tener un tratamiento efectivo para no exponer al ciudadano frente a los delitos de seguridad ciudadana”<sup>9</sup>.

Si bien el debate de fondo que plantea este tipo de actores pone en contraste los derechos de los privados de la libertad a una vida digna, a la salud, a no recibir tratos inhumanos o degradantes, entre otros, contra una construcción en abstracto de la seguridad de la ciudadanía que estaría siendo vulnerada ante la libertad de estas personas, esta ponderación, cuando menos, desconoce los trabajos que analizan cómo los sectores más vulnerables de la sociedad han vivido un proceso en el que se les ha dejado de ver como sujetos receptores de oferta pública social, al tiempo que se ha venido generando una “hipertrofia del Estado penal” que los ha convertido en delincuentes (Wacquant, 2010)<sup>10</sup>. Además de esto, esa ponderación resulta cuestionable, en la medida que desconoce también que, tarde o temprano, “todos salen de prisión”, con lo cual su retraso en salir solo afecta las posibilidades de reinserción de estas personas<sup>11</sup>, a la vez que entorpece la construcción de un derecho penal sustentado en la proporcionalidad estricta que debe vincular a la conducta punible con la sanción a imponer<sup>12</sup>.

De este modo, es posible que las órdenes orientadas a reducir los niveles del encarcelamiento no se vayan a implementar, dejando así sin resolver una de las principales exigencias planteadas por la Corte Constitucional:

El hacinamiento es uno de los problemas que con mayor urgencia requiere atención, por la capacidad de agravar los demás obstáculos y dificultades que enfrenta el Sistema, y por hacer más difícil y grava cualquier opción de solución. El hacinamiento es un problema que no sólo se resuelve con más cárceles (más cupos para privar a

---

gradual de la población privada de la libertad (Sentencia T-388 de 2013) y las encaminadas a exigir la adopción del estándar constitucional que debe cumplir una política criminal respetuosa de los derechos humanos, que involucra la satisfacción de principios del derecho penal como el de su estricta necesidad, derecho penal mínimo, proporcionalidad de la sanción, alternatividad al encarcelamiento, entre otros (Sentencia T-762 de 2015).

- 9 Algunos congresistas y la Fiscalía General de la Nación (con una resonancia mayor) han hecho públicas estas precupaciones (Noticiero CM&, 2017; Noticias RPTV, 2016).
- 10 Esto da pie a revisar el debate propuesto por Garland (2012) o Zaffaroni (2013), y en el contexto local Iturralde (2007, 2010a y 2010b) con relación a la construcción de una cultura del control que sobrepone los discursos de seguridad (nacional o ciudadana) por encima de la libertad, en el marco de los estados neoliberales.
- 11 “But they all come back” [“pero todos regresan”] es la frase original y popular con la que se cuestiona el endurecimiento punitivo, con el resultado perverso de llevar a cabo liberaciones de reclusos que, por sus altas condenas, tienen mayores dificultades para reincorporarse a la sociedad una vez recobran su libertad (Travis, 2000).
- 12 Al respecto, vale la pena revisar lo propuesto recientemente por Cita y González (2017) relacionado con la incidencia de la seguridad ciudadana con ocasión a la desproporcionalidad de las penas en la legislación colombiana.

más personas de la libertad); también se debe enfrentar con menos cárcel, esto es, con un menor uso del castigo penal, como herramienta de control social. (Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2013)

Blockeos persistentes por falta de capacidades. La expectativa de concretar las múltiples mejoras requeridas en el campo penitenciario (adecuaciones de la infraestructura, mejores procesos de resocialización, prestación efectiva de servicios de salud, garantía de servicios públicos esenciales, entre otros<sup>13</sup>), señaladas en los últimos ECI de cárceles, también están en entredicho a propósito del evidente bloqueo que persiste con relación a la falta de capacidades de las instituciones principales del sistema penitenciario y carcelario: el INPEC, responsable de la custodia y vigilancia de los reclusos y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC), encargada de proveer los servicios y la infraestructura del sistema penitenciario.

En cuanto al INPEC, pese a los esfuerzos del gobierno para reducir el déficit de personal en cerca de 16.000 personas<sup>14</sup>, sus intenciones se quedan rezagadas. Si bien en una reciente ley de adición presupuestal el gobierno nacional inyectó recursos por 70.000 millones de pesos para cubrir cerca de 1.000 cargos desprovistos en la entidad (Ley 1837 de 2017), y pese a que la Ley 1896 de 2018 buscó la creación de 2.700 nuevos cargos en el INPEC durante las vigencias 2019 y 2020 (Congreso de la República, PL 026/17 Cámara), estas acciones no logran suplir el déficit de personal (seguirían haciendo falta al menos otros 12.000 nuevos cargos). Y si bien, el propio gobierno argumentó en su momento que la cifra de déficit de personal calculada en 16.000 funcionarios tenía que ser reconsiderada y reducida, pues otras medidas de política criminal también se estaban procurando para reducir el número de privados de la libertad (lo que implicaría la reducción de la necesidad de personal)<sup>15</sup>, lo cierto es que, como aquí se ha detallado, esas otras acciones han enfrentado otras resistencias o bloqueos que las han dejado prácticamente irrealizables.

La ausencia de personal suficiente en la institución encargada de ejecutar la medida de aseguramiento intramural y la ejecución de la pena supone para el Estado tener que cumplir una función especializada y, en algunos casos, de alto

13 El Auto 121 de 2018 identificó seis dimensiones de la vida en prisión respecto de los cuales se va a desarrollar la estrategia de seguimiento basada en indicadores de derechos. Estas dimensiones son: (i) resocialización; (ii) salud; (iii) infraestructura; (iv) servicios públicos; (v) alimentación; y (vi) acceso a la administración pública y de justicia.

14 De acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de ley 026 de 2017 Cámara, posteriormente convertido en la Ley 1896 de 2018, que procuraba y materializó una excepción a la imposibilidad de aumentar las plantas de personal con el objetivo de acrecentar el personal de guardia del INPEC, el déficit de personal del INPEC se calcula en 16.000 funcionarios.

15 En la exposición de motivos del proyecto de ley 026/17 Cámara, el gobierno sustentó que no es necesario un aumento de 16.000 funcionarios en el INPEC teniendo en cuenta que se están tomando medidas de política criminal, referenciando explícitamente que el éxito en el trámite legislativo del proyecto de ley 014 de 2017, construido por el Consejo Superior de Política Criminal, redundaría en “una reducción razonable de personas privadas de la libertad ubicadas en centros de reclusión, lo que generará una mejora en la relación guardias-internos en el sistema penitenciario y carcelario” (Congreso de la República, PL 026/17 Cámara). Pese a lo anterior, esta iniciativa legislativa fue archivada con tan solo un debate superado en el Congreso.

riesgo, sin las garantías suficientes para poder llevar a cabo esta labor de forma adecuada. Por su parte, para los reclusos supone retrasos en la habilitación de plazas de tratamiento penitenciario, en el cómputo de redención de su pena, en las remisiones médicas o judiciales, entre otros. Por lo anterior, en ciertos casos esa incapacidad ha comprometido el control de los centros de reclusión y ha desatado la proliferación de actos de corrupción al interior de las prisiones: la alta demanda de servicios y la escasez de los mismos, hace que la prisión sea un permanente campo de disputa donde reina la ley del más fuerte<sup>16</sup>.

Por su parte, es posible igualmente detectar bloqueos persistentes relativos a la falta de capacidades en la otra entidad central del campo penitenciario, la USPEC. Estos bloqueos se ven reflejados en las decenas de hallazgos que la Contraloría General ha evidenciado respecto del desempeño de esa entidad en la provisión de servicios en los centros de reclusión. Así, se constatan múltiples falencias en el seguimiento a proyectos de mantenimiento o construcción de nuevas cárceles (Contraloría, 2017a), se advierten diversos pronunciamientos sobre la forma inadecuada como se ofrece el servicio de alimentación (Contraloría General de la República, 2019a) y se denuncian fallas en la prestación de los servicios de salud (que involucran personal de salud incompleto en los penales, entrega incompleta de medicamentos a los reclusos, entre otros) (Contraloría, 2017b)<sup>17</sup>. Estas denuncias son especialmente preocupantes en un contexto en el que las condiciones de reclusión de las cárceles del país son contrarias al orden constitucional, lo que exigiría optimizar las inversiones de recursos para garantizar que la provisión de los servicios carcelarios a cargo de la USPEC respete los derechos de la población privada de la libertad y aumenten de vigencia a vigencia.

Bloqueos institucionales persistentes de tipo burocrático. La Sentencia T-762 de 2015 pareció tener un fuerte efecto desbloqueador al interior del gobierno nacional. A raíz de este fallo judicial, la Presidencia de la República lideró por más de un año mesas de discusión con todos los actores del gobierno concernidos para propiciar respuestas estatales del tamaño de la problemática y, en conjunto con la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría, lograron que las entidades trabajaran de manera articulada y proactiva<sup>18</sup>. Pese a lo anterior, en los últimos años ese liderazgo se ha diluido, dando paso a reiterados problemas de interacción con algunos actores.

16 Para el efecto, ver el estudio de caso desarrollado por Ariza (2011) en la Cárcel Modelo de Bogotá, en el que describe cómo se configura el orden social en esta prisión.

17 Además, durante las vigencias 2017, 2018 y 2019, la Contraloría ha emitido opinión negativa a los estados financieros de la USPEC (Contraloría General de la República, 2018, 2019b y 2020a). La noticia más reciente sobre USPEC que se registra en el portal web de la Contraloría hace relación a que la USPEC dejó de ejecutar cerca de 45.000 millones de pesos en la vigencia fiscal del 2019 (Contraloría General de la República, 2020b).

18 Así lo reconoció el grupo líder de seguimiento de la sentencia T-762 de 2015 en el segundo informe presentado a la Corte Constitucional (Grupo líder de seguimiento, 2017, p. 151).

Con todo, incluso en el punto de mayor engranaje institucional, el propio gobierno<sup>19</sup> sostuvo que un cuello de botella en el cumplimiento de las órdenes era que, si bien este se encontraba comprometido con tener una iniciativa legislativa orientada por el estándar de política criminal construido por la Corte, no podía exigir lo mismo del Congreso, cuya independencia y conformación colegiada lo hacen impredecible:

Persisten la dispersión normativa y el populismo punitivo en atención a la desarticulación entre el Gobierno nacional y el Congreso de la República que además de aprobar o reprobar las propuestas presentadas por el Gobierno en materia de política criminal, también puede presentar sus propios proyectos de ley -no necesariamente alineados con el ejecutivo- lo que genera dispersión normativa y agrava el populismo punitivo que tanto cuestiona la Corte. (Grupo Líder de seguimiento, 2017, p. 88)

Otra manifestación del bloqueo institucional de tipo burocrático ha sido advertida por la Corte Constitucional a través de sus autos de seguimiento y hace referencia a los retrasos en la articulación del *Comité interdisciplinario para la estructuración de normas técnicas sobre privación de la libertad*, espacio liderado por el Ministerio de Justicia y la Defensoría del Pueblo. Como quedó registrado en los Autos 121 de 2018 y 141 de 2019, la falta de consenso en la definición de estándares e indicadores de vida en reclusión por parte de estas entidades, ha sido objeto de llamados de atención por parte de la Corte Constitucional, que ha tenido que mediar esa relación, a veces tensa, de cara a apurar la definición de estos elementos centrales en el seguimiento del ECI. En particular, en el Auto 141 de 2019 se señaló:

[E]sta Sala Especial observa con preocupación que las entidades que participan en el Comité interdisciplinario no logren llevar a cabo los consensos necesarios para, si quiera, realizar la entrega del cronograma solicitado en el Auto del 23 de enero de 2019. (...) [E]s inaceptable que la desarticulación institucional sea un nuevo bloqueo para su diseño y puesta en marcha. (...) En ese orden de ideas, el consenso esperado es, en realidad, una obligación y el avance de los bastiones de seguimiento no puede producirse al margen de la línea trazada por esta Corporación.

### 3.2. Unos remedios judiciales que no atienden la urgencia de la tragedia humanitaria presente

Una dificultad, manifestada por Ariza (2015), en la estructura de decisiones tipo ECI para afrontar la crisis penitenciaria del país, tiene que ver con que este tipo

---

19 Aquí se hace referencia al gobierno nacional del cuatrienio 2014-2018.

de decisiones, si bien funcionan muy bien para advertir la gravosa vulneración de derechos de una población, no tienen contemplado un abanico de medidas inmediatas que transformen, en el corto plazo, la realidad denunciada. O, cabría agregar, cuando se incluyen este tipo de medidas inmediatas, las mismas no contemplan las peculiaridades del campo penitenciario que las hacen irrealizables.

En concreto, el tipo de órdenes que suelen acompañar las decisiones de ECI son *complejas*, esto es, diseñadas en atención a que el problema identificado requiere la participación de diversos actores, desplegando diversas acciones, cada una de las cuales, usualmente, debe estar sincronizada con las demás, y respecto de las que se estima razonable que no pueden cumplirse en el corto plazo<sup>20</sup>. El ejemplo más claro de las órdenes complejas en el ECI de cárceles es la orden tercera de la Sentencia T-388 de 2013<sup>21</sup>. Tras un análisis de fondo y muy detallado de la realidad de las prisiones del país en las consideraciones de la providencia, que advertían una violación de derechos humanos sin precedentes al interior de los centros de reclusión, esta orden fue construida como una orden compleja, para ser cumplida de manera progresiva. En efecto, como quiera que el análisis realizado encontró unas debilidades profundas (por no decir, inexistencias) de las políticas criminal y penitenciaria, la Corte se vio motivada a exigir la formulación e implementación de estas políticas, de modo tal que su diseño pudiese garantizar los derechos humanos, a futuro y de manera sostenible, de todas las personas que son privadas de la libertad.

Como se observa, si bien estas órdenes complejas podrían funcionar para convocar a las autoridades concernidas con las políticas públicas defectuosas para que sean revisadas<sup>22</sup>, en tanto su vocación de cumplimiento es progresiva, no materializan los cambios y transformaciones de la política en el plazo inmediato. De

---

20 La Sentencia hito de la Corte Constitucional que explica la diferencia entre las órdenes simples y las complejas es la T-086 de 2003, del Magistrado Manuel José Cepeda.

21 “Tercero. - ORDENAR al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Justicia y del Derecho y al INPEC que convoque al Consejo Superior de Política Criminal para que continúe tomando las medidas adecuadas y necesarias para superar el estado de cosas inconstitucional penitenciario y carcelario, teniendo en cuenta, de forma preponderante, los parámetros establecidos en el capítulo (8) y el apartado (10.3.) de las consideraciones de la presente sentencia. Para verificar el cumplimiento de esta orden, el Gobierno Nacional, en compañía del Consejo Superior de Política Criminal deberá remitir dos informes a esta Sala de Revisión, así: (i) El primer informe será remitido en dos (2) meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia, informando cuál ha sido el cumplimiento de las órdenes de aplicación inmediata, en general y particularmente en las seis cárceles que fueron objeto de alguna de las acciones de tutela de la referencia, e igualmente precisar cómo serán aplicadas las reglas de *equilibrio* y *equilibrio decreciente*, tal como fueron descritas en la parte motiva de esta sentencia, y las medidas complementarias que se adoptarán para asegurar la correcta implementación de las mismas. (ii) El segundo informe se deberá presentar en dos (2) años contados a partir de la notificación de la presente sentencia, informando cuál ha sido el cumplimiento de las órdenes complejas de realización progresiva, en general y particularmente en las seis (6) cárceles que fueron objeto de alguna de las acciones de tutela de la referencia (...). Si bien esta orden es la que caracteriza de mejor forma una orden compleja, en la Sentencia T-762 de 2015 también se encuentran varias de estas órdenes.

22 En todo caso, en el apartado 3.1. ya vimos cómo estas órdenes presentan bloques institucionales persistentes que les impiden ser materializadas.

esta forma, se corre el riesgo de dejar en situación de vulnerabilidad de derechos a la población que está afectada en la actualidad.

Para contrarrestar tal situación, para el caso del ECI de cárceles, la Corte Constitucional construyó una cláusula de ajuste, dirigida específicamente a responder a la situación de las personas actualmente privadas de la libertad. Para ello, se ordenó que, indistintamente del avance en la formulación de la política pública, a todo recluso se le deberían garantizar unos derechos de manera “impostergables, de inmediato e imperativo cumplimiento”:

(i) el derecho de los reclusos a ser ubicados en locales higiénicos y dignos, (ii) el derecho de los reclusos a contar con instalaciones sanitarias adecuadas a sus necesidades y al decoro mínimo propio de su dignidad humana, (iii) el derecho de los reclusos a recibir ropa digna para su vestido personal, (iv) el derecho de los reclusos a tener una cama individual con su ropa de cama correspondiente en condiciones higiénicas, y (v) el derecho de los reclusos a contar con alimentación y agua potable, suficiente y adecuada. (vi) la adecuada iluminación y ventilación del sitio de reclusión, (vii) la provisión de los implementos necesarios para el debido aseo personal de los presos, (viii) el derecho de los reclusos a practicar, cuando ello sea posible, un ejercicio diariamente al aire libre, (ix) el derecho de los reclusos a ser examinados por médicos a su ingreso al establecimiento y cuando así se requiera, (x) el derecho de los reclusos a recibir atención médica constante y diligente, (xi) la prohibición de las penas corporales y demás penas crueles, inhumanas o degradantes, (xii) el derecho de los reclusos a acceder a material de lectura, y (xiii) los derechos religiosos de los reclusos. (Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2013)

Aun cuando la fórmula parece resultar viable y oportuna, pues genera la expectativa de la satisfacción de los derechos de los reclusos, una mirada detallada a los mismos hace suponer su inviabilidad e ineeficacia al menos parcial. En particular, resultaría inviable garantizar de inmediato cumplimiento todos aquellos derechos que están mediados por adecuaciones a la infraestructura física de los centros de reclusión<sup>23</sup>, habida cuenta, entre otros factores, que estas adecuaciones no se pueden realizar de un momento para otro (por el principio de planeación) y su contratación debe respetar las reglas presupuestales (incluyendo la no superación de los topes asignados). Por si fuera poco, algunos de estos derechos resultan de imposible cumplimiento en un contexto de hacinamiento carcelario como el que sufren casi todos los centros de reclusión del país, en el que, por la sobre población, no es posible

23 En particular: el derecho de los reclusos a contar con instalaciones sanitarias adecuadas a sus necesidades; el derecho de los reclusos a tener una cama individual con su ropa de cama correspondiente en condiciones higiénicas; el derecho de los reclusos a contar con agua potable suficiente y adecuada; y la adecuada iluminación y ventilación del sitio de reclusión.

solventar la posibilidad de que todos los reclusos tengan dispuesto un camastro para dormir, accedan a personal de salud cuando requieran, o cuenten con instalaciones sanitarias suficientes. Dicho en otros términos, la cláusula de ajuste propuesta por la Corte Constitucional no puede materializarse, con lo cual se mantiene en situación de desprotección de derechos a la población privada de la libertad.

Este escenario, entonces, permite advertir que los esfuerzos pretendidos por la Corte para solventar el déficit de derechos de los presos, que sufren en la actualidad unas condiciones de reclusión contrarias al orden constitucional, no son satisfactorios, como quiera que el remedio de inmediata ejecución, esto es, la garantía de unos medios de habitabilidad respetuosos de la dignidad humana en las prisiones, son de imposible cumplimiento con la rapidez que supone la Corte que se deben materializar.

Esta es la encrucijada a la que se encuentran enfrentados los fallos estructurales de ECI de cárceles: sus órdenes complejas y de ejecución progresiva se encuentran obstaculizadas por diversos bloqueos institucionales que no permiten su puesta en marcha, al tiempo que las órdenes de inmediato cumplimiento no se compadecen con la realidad del campo penitenciario, incapaz de proveer los servicios exigidos en los tiempos demandados.

Ante esta situación, bien parece que se requieren otras decisiones, quizás más fuertes, que resuelvan la tragedia humanitaria que día a día se alimenta desde los pasillos de los penales colombianos, atiborrados de cuerpos humanos, pero a donde no llega ningún viso de dignidad humana.

#### 4. ¿Cómo superar la encrucijada?

Como se vio, las últimas decisiones estructurales tipo ECI que ha proferido la Corte Constitucional para solucionar la crisis de derechos de las personas privadas de la libertad contienen un paquete de órdenes, complejas y de inmediato cumplimiento, cuya efectividad, aquí, se ha puesto en duda.

A partir del marco teórico analizado, con relación a las órdenes complejas persisten una serie de bloqueos institucionales de tipo político, de capacidades y de fallas burocráticas, que ponen en evidencia múltiples resistencias presentes que impedirían que las medidas progresivas, orientadas hacia el fortalecimiento de las políticas criminal y penitenciaria, logren concretarse y muestren mejoras desde el punto de vista de la satisfacción de los derechos de los reclusos.

Por su parte, en atención a las órdenes de inmediato cumplimiento, las mismas se muestran irrealizables, como quiera que lo ordenado por la Corte no tiene en cuenta las falencias actuales del sistema penitenciario que impiden satisfacer, con la prontitud exigida, los derechos vulnerados.

En vista de tales circunstancias, la pregunta que surge con ocasión a este análisis tiene que ver con cuál o cuáles deben ser las medidas de carácter inmediato que podrían restaurar el déficit de derechos de los reclusos, actualmente sometidos a condiciones de reclusión ignominiosas. Una orden de este estilo puede consistir en exigir el cambio de reclusión intramural a prisión domiciliaria para un número específico de privados de la libertad que apunte a reducir los márgenes del encarcelamiento carcelario<sup>24</sup>. Esta medida puede generar el alivio en la vulneración de los derechos de las personas privadas de la libertad que, de lo contrario, tienen que seguir sufriendo la violación de derechos derivada de las condiciones de reclusión de nuestras prisiones en Colombia, mientras se consolidan unas políticas públicas que quizás se materializarán en el futuro.

Esta medida, además de ser una alternativa al encarcelamiento que no expone a la ciudadanía a los “peligros de la excarcelación masiva”, pues se mantienen restricciones en la movilidad de los beneficiados, está enmarcada como una opción que la propia Corte ha buscado en sus remedios de tipo moderado<sup>25</sup>. De este modo, la Corte no solo estaría materializando sus exigencias que hasta la fecha han estado construidas a través de órdenes abiertas, sino que evitaría enfrentar los bloqueos institucionales que se han venido manifestando en resistencia de las medidas alternativas al encarcelamiento.

Sobre este último punto, por supuesto puede que se expresen voces en contra de esta medida de excarcelación. Al menos dos oposiciones se pondrían de presente: (i) la “perjudicial” injerencia de la Corte en la adopción de las medidas, siendo que estas son de resorte del legislador o el ejecutivo, y (ii) el argumento sobre “los riesgos que este tipo de decisiones de excarcelación masiva podrían generar para la seguridad ciudadana”<sup>26</sup>.

Con relación a la primera oposición, sin profundizar en las discusiones en torno a la legitimidad de este tipo de decisiones (para lo cual ya referí otro tipo de literatura académica que escapa al análisis de este texto)<sup>27</sup>, cabe mencionar que la Corte podría “moderar” su injerencia si le pidiera al gobierno construir

---

24 Otras propuestas sobre excarcelación de población privada de la libertad ya han sido presentadas en Colombia. Por ejemplo, Ariza, antes de la expedición de las leyes que le pusieron límite de tiempo a la privación de la libertad en calidad de sindicados (leyes 1760 de 2015 y 1786 de 2016), había propuesto la “excarcelación individual de personas que hayan pasado un tiempo desproporcionado en prisión como sindicados” (Ariza, 2010, p. 91). Además, el Grupo de Estudios Penales de la Universidad EAFIT (2019) también ha señalado, a propósito de la situación de las cárceles del país, que se debe propender por acelerar la concesión de mecanismos alternativos al encarcelamiento, como la detención domiciliaria o la libertad misma.

25 Por medio de la orden 22.8 de la sentencia T-762 de 2015, la Corte Constitucional exigió al Congreso de la República la creación, implementación y/o ejecución de un “sistema amplio de penas y medidas de aseguramiento alternativas a la privación de la libertad” (Corte Constitucional, Sentencia T-762/15).

26 Ver *supra* nota 9.

27 Ver *supra* nota 6.

unas variables a tener en cuenta para escoger a los reclusos beneficiados. Así, los hacedores de políticas públicas podrían construir técnicamente el campo de aplicación de esta medida y se garantizaría que los beneficiados cumplieran ciertas características desde el punto de vista político-criminal.

En cuanto a la segunda oposición, la participación del gobierno y la sociedad civil en la construcción de los criterios para determinar los presos beneficiados de la excarcelación podría también aliviar estas resistencias. Lo anterior, puesto que la construcción técnica de los criterios mitigaría riesgos en torno a la salida de reclusos que de algún modo pudiesen representar un riesgo para la seguridad ciudadana. A su vez, en paralelo, podría disponerse de un apoyo especial por parte de la Policía Nacional<sup>28</sup> para ampliar la vigilancia a cargo del INPEC de la población receptora del beneficio domiciliario.

Dicho esto, estas consideraciones son apenas puntos de partida para otro debate. Con todo, resulta necesaria la revisión de este tipo de alternativas que centran el remedio judicial en resolver eficazmente el déficit de derechos, antes que en consideraciones que se mantienen gravitando en la discusión por el diseño de unas políticas públicas que aún aguardan por concretarse.

## 5. Conclusiones

Este texto mostró que los fallos estructurales en materia penitenciaria y carcelaria enfrentan una encrucijada. Por un lado, los remedios judiciales enfocados en resolver los asuntos de la política pública más estructurales (aquellos atinentes al diseño de la política criminal o a las gestiones de sus actores principales) se ven enfrentados a múltiples bloqueos que impiden su cumplimiento efectivo. Por el otro lado, tratándose de las medidas de inmediato cumplimiento, se observó que las mismas no pueden materializarse con la rapidez requerida por consideraciones burocráticas y de las particularidades propias del campo penitenciario.

Este análisis apunta a reflexionar sobre este desafío, con el ánimo que se considere probar remedios complementarios mucho más efectivos para lograr conjurar el déficit de derechos. En esa vía, aquí se propone una medida, que no está exenta de polémica y debate, consistente en forzar una decisión excepcional y expedita de recolocación de privados de la libertad del régimen intramural al domiciliario. Aun cuando puedan existir múltiples reparos, esta propuesta debe entenderse como un punto de partida para que sea considerada, analizada y estudiada, dado que la misma está orientada a resolver de forma inmediata una

28 Este tipo de colaboración no es nuevo. Al contrario, está contemplado en el Código Penitenciario y Carcelario (ver artículo 29-F).

Decisión judicial y situación carcelaria en Colombia:

situación gravosa de protección de derechos, en el entretanto las otras medidas ya propuestas por la Corte se decantan en su cumplimiento.

## Referencias bibliográficas

- Ariza, L. (2010). Reformando el infierno: los tribunales y la transformación del campo penitenciario en América Latina. En Ariza, L. y Iturralde, M. (eds.), *Los muros de la infamia. Prisiones en Colombia y América Latina* (pp. 18-108). Bogotá: Universidad de los Andes, Cijus, Ediciones Uniandes.
- Ariza, L. (2011). Dados sin números. Un acercamiento al orden social en la Cárcel La Modelo. *Revista de Derecho Público*, (26), 1-21.
- Ariza, L. (2015). Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas presas y la intervención de la Corte Constitucional en el sistema penitenciario colombiano. En Bonilla, D. (ed.), *Constitucionalismo del Sur Global* (pp. 169-206). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Ariza, L. y Torres, M. (2019). Definiendo el hacinamiento. Estándares normativos y perspectivas judiciales sobre el espacio penitenciario. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 21(2), 227-258.
- Carranza, E. (2009). *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe. Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*. México: Siglo XXI Editores, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Instituto Raoul Wallenberg de Derechos Humanos y Derecho Humanitario.
- Cepeda, M. (2007). La ubicación de la Corte Constitucional en el sistema político. En Cepeda, M. J. et al. (eds.), *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cita, R. y González, I. (2017). *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Colombia. Congreso de Colombia. (6 de julio de 2015). Ley 1760. Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Recuperado de <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/14262/LEY%201760%20DEL%2006%20DE%20JULIO%20DE%202015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Colombia. Congreso de Colombia. (1 de julio de 2016). Ley 1786. Por medio de la cual se modifican algunas disposiciones de la Ley 1760 de 2015. *Diario Oficial* n.º 49.921. Recuperado de [http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1786\\_2016.html#:~:text=Las%20medidas%20de%20aseguramiento%20privativas%20de%20la%20libertad%20solo%20podr%C3%A1n,de%20la%20medida%20de%20aseguramiento](http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1786_2016.html#:~:text=Las%20medidas%20de%20aseguramiento%20privativas%20de%20la%20libertad%20solo%20podr%C3%A1n,de%20la%20medida%20de%20aseguramiento)

Colombia. Congreso de Colombia. (junio 30 de 2017). Ley 1837 de 2017. Por la cual se efectúan unas modificaciones al Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2017. *Diario Oficial* n.º 50.280. Recuperado de [http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1837\\_2017.html](http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1837_2017.html)

Colombia. Congreso de Colombia. (30 de mayo de 2018). Ley 1896. Por medio de la cual se exceptúa al ministerio del trabajo, al instituto nacional penitenciario y carcelario (INPEC), al Congreso de la República - Cámara de Representantes y Senado de la República, a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (Uaeac) y al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS), de lo dispuesto en el artículo 92 de la ley 617 de 2000. Recuperado de <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201896%20DEL%2030%20DE%20MAYO%20DE%202018.pdf>

Colombia. Corte Constitucional. (22 de febrero de 2018). Auto 121/18. [MS. Gloria Stella Ortiz Delgado].

Colombia. Corte Constitucional. (26 de marzo de 2019). Auto 141/19. [MS. Gloria Stella Ortiz Delgado].

Colombia. Corte Constitucional. (28 de abril de 1998). Sentencia T-153/98. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].

Colombia. Corte Constitucional. (6 de febrero de 2003). Sentencia T-086/03. [MS. Manuel Cepeda Espinosa].

Colombia. Corte Constitucional. (22 de enero de 2004). Sentencia T-025/04. [MP. Manuel José Cepeda Espinosa].

Colombia. Corte Constitucional. (28 de junio de 2013). Sentencia T-388/13. [MP María Victoria Calle Correa].

Colombia. Corte Constitucional. (16 de diciembre de 2015). Sentencia T-762. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado].

Colombia. Corte Constitucional. (3 de abril de 2017). Sentencia T-197-17. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez].

Consejo Nacional de Planeación Económica y Social (Conpes). (2000). *Documento Conpes 3086. Ampliación de la infraestructura penitenciaria y carcelaria*. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3086.pdf>

Consejo Nacional de Planeación Económica y Social (Conpes). (2004). *Documento Conpes 3277. Estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciarios y carcelarios*. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3277.pdf>

Consejo Nacional de Planeación Económica y Social (Conpes). (2006). *Documento Conpes 3412. Estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciarios y carcelarios - Seguimiento del Conpes 3277*. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3412.pdf>

Consejo Nacional de Planeación Económica y Social (Conpes). (2009). *Documento Conpes 3575. Estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciarios y carcelarios - Seguimiento a los Conpes 3277 de marzo 2004 y 3412 de marzo de 2006*. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3575.pdf>

Consejo Superior de Política Criminal. (2016). *Concepto 16.12. Estudio al borrador del proyecto de ley “Fortalecimiento de la política criminal y penitenciaria en Colombia” - por medio de la cual se modifica la ley 1709 de 2014, algunas disposiciones del Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Código Penitenciario y Carcelario, Código de Infancia y Adolescencia, la Ley 1121 de 2006 y se dictan otras disposiciones*. Recuperado de <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Conceptos%20CSPC/Conceptos%202016/12.%20CSPC%20Propuesta%20de%20Reforma%20Ley%201709.pdf?ver=2017-10-12-091128-000&timestamp=1510895078955>

Consejo Superior de Política Criminal. (2017). *Concepto 17.2017. Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley número 014 de 2017 Senado, “por medio de la cual se fortalece la política criminal y penitenciaria en Colombia y se dictan otras disposiciones”*. Recuperado de [http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Conceptos%20CSPC/Conceptos%202017/17.%20Concepto%20CSPC\\_PL%20014%2017.pdf?ver=2017-10-12-091758-000&timestamp=1510895284285](http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Conceptos%20CSPC/Conceptos%202017/17.%20Concepto%20CSPC_PL%20014%2017.pdf?ver=2017-10-12-091758-000&timestamp=1510895284285)

Contraloría General de la República. (2017a). *Informe auditoría de cumplimiento. Fondo nacional de salud de las personas privadas de la libertad. Vigencia 2016 - Junio 30 2017*. Recuperado de <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/750567/5+-FONDO+NACIONAL+DE+SALUD+DE+LAS+PERSONAS+PRIVADAS+DE+LA+LIBERTAD.pdf/d4e8e216-3c1a-4f49-9d74-5daeeaa3683c?version=1.0>

Contraloría General de la República. (2017b). *Informe auditoría de cumplimiento. Suministro de bienes, prestación de servicios, infraestructura y el apoyo logístico y administrativo para la población privada de la libertad. Vigencia 1 de enero de 2016 - 30 de junio 2017*. Recuperado de <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/750567/4+-Informe+USPEC+Suministro+de+Bienes.pdf/0270874d-f4c2-4459-9068-66f071fca9d4?version=1.0>

Contraloría General de la República. (2018). *Informe de auditoría financiera. Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios - USPEC. Vigencia 2017*. Recuperado de <https://www.uspec.gov.co/wp-content/uploads/2018/11/Informe-Final-Auditoria-Financiera-Vigencia-2017.pdf>

Contraloría General de la República. (2019a). *Informe auditoría de cumplimiento contratación en infraestructura, alimentación y salud. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios. 2018 a 30 de junio de 2019*. Recuperado de <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/1406069/Nro.+025+Informe+Auditor%C3%ADa+Cumplimiento+USPEC+INPEC.pdf/b5ac0778-0aa9-4679-99f8-f5e6742a7a0f?version=1.0>

Contraloría General de la República. (2019b). *Informe de auditoría financiera. Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios - USPEC. Vigencia 2018*. Recuperado

- de <https://www.uspec.gov.co/wp-content/uploads/2018/11/Informe-Final-Auditoria-Financiera-Vigencia-2018.pdf>.
- Contraloría General de la República. (2020a). *Informe de auditoría independiente. Auditoría financiera. Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios - USPEC. Vigencia 2019*. Recuperado de <https://www.uspec.gov.co/wp-content/uploads/2018/11/Informe-Final-Auditoria-Financiera-CGR-Vigencia-2019.pdf>
- Contraloría General de la República. (2020b). *En la vigencia 2019, la USPEC dejó de ejecutar \$44.922 millones de su apropiación presupuestal para inversión*. [Comunicado de prensa No. 80]. Recuperado de [https://www.contraloria.gov.co/contraloria/sala-de-prensa/boletines-de-prensa/boletines-de-prensa-2020/-/asset\\_publisher/91OzepbPkrRW/content/en-la-vigencia-2019-la-uspec-dejó-de-ejecutar-44-922-millones-de-su-apropiación-presupuestal-para-inversión](https://www.contraloria.gov.co/contraloria/sala-de-prensa/boletines-de-prensa/boletines-de-prensa-2020/-/asset_publisher/91OzepbPkrRW/content/en-la-vigencia-2019-la-uspec-dejó-de-ejecutar-44-922-millones-de-su-apropiación-presupuestal-para-inversión)
- Defensoría del Pueblo. (2004). *Ánalisis sobre el actual hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia - 2003*. Recuperado de <https://www.defensoria.gov.co/attachment/76/An%C3%A1lisis%20sobre%20el%20actual%20hacinamiento%20carcelario%20y%20penitenciario%20en%20Colombia.pdf>.
- Defensoría del Pueblo. (2015). *Resolución Defensorial 066 de 2015. Crisis en la prestación de servicios de salud en los establecimientos penitenciarios y carcelarios de los departamentos de Antioquia y Meta*. Recuperado de <http://www.defensoria.gov.co/es/public/resoluciones/3341/Resoluci%C3%B3n-Defensorial-066-de-2015-Defensorial.htm>
- Garland, D. (2012). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Grupo de Estudios Penales de la Universidad EAFIT (2019). Editorial. *Revista Nuevo Foro Penal*, 15(92), 7-20.
- Grupo líder de seguimiento. (2016). *Primer informe semestral de seguimiento a la sentencia T-762 del 2015*. Bogotá. Recuperado de <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Primer-Informe-Grupo-Lider-de-Seguimiento-Sentencia-T-762-de-2015-ilovepdf-compressed-1-100.pdf?ver=2016-12-09-172038-980> y <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Primer-Informe-Grupo-Lider-de-Seguimiento-Sentencia-T-762-de-2015-ilovepdf-compressed-101-213.pdf?ver=2016-12-09-172117-637>
- Grupo líder de seguimiento. (2017). *Segundo informe semestral de seguimiento a la sentencia T-762 del 2015*. Bogotá. Recuperado de <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/SegInforCC9junio17.pdf?ver=2017-06-23-140709-443>
- Henao Pérez, J. C. (2013). El juez constitucional: un actor de las políticas públicas. *Revista de Economía Institucional*, 15(29), 67-102.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). (2020). *Series históricas mayo de 2020*. Recuperado de <http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadísticas/Estad%EDsticas>
- Iturralde, M. (2007). La sociología del castigo de David Garland: el control del crimen en las sociedades modernas tardías. En Garland, D. (ed.), *Crimen y castigo en la*

- modernidad tardía (pp. 19-122). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana.
- Iturralde, M. (2010a). *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana.
- Iturralde, M. (2010b). Prisiones y castigo en Colombia: la construcción de un orden social excluyente. En Ariza, L. J. y Iturralde, M. (eds.), *Los muros de la infamia* (pp. 110-194). Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Cijus, Ediciones Uniandes.
- Ministerio de Justicia y del Derecho (MinJusticia). (2020). *Respuesta al cuestionario del Auto proferido el 3 de junio de 2020, sobre medidas de contingencia para enfrentar el COVID-19 en centros carcelarios*. Recuperado de [http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/autos/Respuesta\\_Auto\\_03\\_de\\_junio\\_2020/MJD-OFI20-0020005.pdf](http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/autos/Respuesta_Auto_03_de_junio_2020/MJD-OFI20-0020005.pdf).
- Moscoso Sepúlveda, S. (2017). *Sistema penitenciario y carcelario. Intervención de la Corte Constitucional en la política pública penal*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Noticiero CM& [CM& la noticia]. (2017). *No se puede hacer una feria de rebaja de penas: Fiscal General*. [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=nHY4hm6oqTM>
- Noticias RPTV [Noticias RPTV]. (2016). *Excárcelaciones masivas afectan la seguridad ciudadana - Noticias RPTV*. [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=5UR8G-laqsU>
- Ramírez, H., Gómez, W., Medina, A., Farfán, M. y Moncada, R. (2019). Análisis del desarrollo jurisprudencial del estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario en Colombia (1998-2015). En Huertas, O., Manrique, F. y Benítez, C. (eds.), *Análisis del estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario en Colombia. Propuestas para el Estado social de derecho* (pp. 57-79). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.
- Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2010). *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.
- Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2015). *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Travis, J. (2000). But they all come back: rethinking prisoner reentry. *Sentencing and Corrections*, 7, 1-11.
- Wacquant, L. (2010). *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial.
- World Prison Brief. (2017). *World Prison Brief data*. Recuperado de <http://www.prisonstudies.org/map/south-america>
- Zaffaroni, E. (2013). *La cuestión criminal*. Buenos Aires: Planeta.



*Serie Silvaticus. Fotografia digital- Collage digital. Silvia Alejandra Cifuentes Manrique*

**Estudios  
de Derecho**

Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD  
DE ANTIOQUIA**

# La influencia del proceso de vinculación laboral en la resocialización de los sancionados penalmente. Sus particularidades en Cuba\*

Jorge Luis Barroso González\*\*

Leidy Rodríguez León\*\*\*

## Resumen

El presente artículo describe resultados de investigaciones sobre la prisión y la resocialización en los sancionados penalmente. El objetivo consiste en evaluar la influencia del proceso de vinculación laboral en la resocialización de los sancionados penalmente con énfasis en el contexto comunitario pospenitenciario. Se describe un novedoso modelo teórico, el cual define diferentes tipologías de la resocialización, ampliando las tradicionales concepciones que la restringen al contexto penitenciario, por lo que subraya su dimensión comunitaria. Se fundamenta la importancia de la vinculación laboral tanto en el ámbito penitenciario como en el contexto socio-comunitario. Se realiza un análisis crítico del tema en la realidad cubana, a partir del punto de vista normativo y de la constatación de sus problemáticas prácticas en un contexto determinado. Los resultados obtenidos avalan la relevancia, actualidad y pertinencia de la investigación, para cuyo desarrollo se combinaron los postulados teóricos con la investigación empírica.

**Palabras clave:** resocialización; prisión; comunidad

## The influence of the labor relation process on the resocialization of convicted people and its peculiarities in Cuba

## Abstract

This article describes the results of research projects on imprisonment and resocialization in convicted people. The aim is to evaluate the influence of the labor relation process on the convicted people resocialization, with emphasis on the post-prison community context. A novel theoretical model defining different typologies of resocialization, expanding the traditional conceptions that restrict it to the prison context is described, emphasizing its community dimension. The importance of working is based both on the prison environment and on the socio-community context. A critical analysis of the subject is carried out in the Cuban reality, both from the normative point of view and from the verification of its practical problems in a given context, and the results obtained support the relevance, timeliness and pertinence of the research, for whose development theoretical postulates were combined with empirical research.

**Keywords:** resocialization; prison; community

## A influência do processo de reinserção no mercado de trabalho na ressocialização dos condenados criminalmente. Suas particularidades em Cuba

## Resumo

O presente artigo descreve resultados de pesquisas sobre a prisão e a ressocialização dos condenados criminalmente. O objetivo consiste em avaliar a influência do processo de reinserção no mercado de trabalho na ressocialização dos condenados criminalmente, com ênfase no contexto comunitário pós-solto. Descreve-se um novo modelo teórico, o qual define diferentes tipologias da ressocialização, ampliando as concepções tradicionais restritas ao contexto penitenciário, destacando sua dimensão comunitária. Fundamenta-se a importância da reinserção no mercado de trabalho tanto no âmbito penitenciário como no contexto sócio comunitário. Realiza-se uma análise crítica do tema dentro da realidade cubana, tanto desde o ponto de vista normativo como desde a constatação de suas práticas problemáticas num contexto determinado, e os resultados obtidos confirmam a relevância, atualidade e pertinência da pesquisa, para cujo desenvolvimento foram combinados os postulados teóricos com a pesquisa empírica.

**Palavras-chave:** ressocialização; prisão; comunidade.

\* Artículo de investigación. Proyecto de Investigación "Modelo Integral de Resocialización de los sancionados penalmente". Grupo de Estudios Socio-comunitarios de la Universidad Central "Marta Abreu" de Las Villas (UCLV), Cuba. Línea: Estudios sobre prisión y resocialización. Investigador principal: Dr. C. Jorge Luis Barroso González. Coinvestigadores: Dra. C. Celia M. Riera Vázquez. Msc. Leidy Rodríguez León. Lic. Yisel Ortega Moreno. Lic. Aracelys Alfonso Peraza. Institución: Universidad Central "Marta Abreu" de Las Villas. Fecha de terminación de la investigación: 2019.

\*\* Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad Central "Marta Abreu" de Las Villas. Cuba. Doctor en Ciencias Jurídicas. Coordinador del Grupo de Estudios Socio-criminológicos de la UCLV. Líneas de investigación del grupo: Estudios crítico-propositivos del sistema de Control Social y su perspectiva comunitaria; Estudios sobre la delincuencia marginal y su reproducción; Estudios sobre la delincuencia ocupacional, delitos económicos y la corrupción administrativa; y Estudios sobre prisión y resocialización. Correo electrónico: jorgeb@uclv.edu.cu jotaelebg82@gmail.com ORCID: 0000-0003-1201-8892.

\*\*\* Abogada litigante de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos en la provincia Villa Clara. Profesora Asistente Adjunta de Derecho Penal. Universidad Central "Marta Abreu" de Las Villas. Cuba. Master en Ciencias Penales y Forenses. Coinvestigadora del Grupo de Estudios Socio-criminológicos de la UCLV. Línea de investigación: Estudios sobre prisión y resocialización. Correo electrónico: leidylr69@nauta.cu ORCID: 0000-0002-9060-3192

Cómo citar este artículo: Barroso González, L. y Rodríguez León, L. (2021). La influencia del proceso de vinculación laboral en la resocialización de los sancionados penalmente. Sus particularidades en Cuba, *Estudios de Derecho*, 78 (171), 245-270  
DOI: 10.17533/udea.esde.v78n171a10

Fecha de recepción: 21/07/2020 Fecha de aceptación: 30/10/2020



## **La influencia del proceso de vinculación laboral en la resocialización de los sancionados penalmente. Sus particularidades en Cuba**

### **Introducción**

El delito como fenómeno social es consustancial a la existencia humana. La reacción más drástica ante el problema de la delincuencia es la imposición de sanciones penales, las que en sus orígenes persiguieron como fin esencial la eliminación-neutralización de los infractores, considerados como individuos inconformes, incompletos; aunque también, con el paso del tiempo, emergieron otras corrientes de pensamiento que entendieron a los delincuentes como personas necesitadas de corrección o reforma. De este modo, se antepuso al objetivo retributivo un nuevo propósito que consistió en “integrarlos a la sociedad”, aun cuando tal aseveración admite el reparo de asumir erróneamente a la sociedad como “normal” por naturaleza, postura propia del positivismo que es susceptible de críticas, dada su visión etiológico-individualista del fenómeno delictivo, como si quien delinquiera no fuese un producto de esa propia sociedad.

Resulta notoria la casi unanimidad en torno al criterio de que la prisión no es un medio idóneo para procurar la resocialización, sin embargo, el ideal resocializador no debe ser desdeñado totalmente, sino que será preciso conducirlo hacia el ejercicio de acciones que permitan la potenciación de valores sociales, morales, éticos, y la consecuente prevención de conductas antisociales o delictivas, propiciando con ello la integración social de los infractores. Por otra parte, la resocialización no debe ser asumida y en consecuencia procurada solo desde el establecimiento penitenciario, sino también a partir de su perspectiva comunitaria, dado que es a la comunidad a donde el sancionado indefectiblemente regresará, y en ese contexto se decidirá su futuro como ciudadano de bien o como reincidente.

Sin embargo, en un escenario y en el otro el proceso de resocialización transcurre, siempre con matices diversos, pero apoyado en elementos de probada incidencia en su pronóstico de éxito, siendo el relativo a la vinculación laboral de los sancionados uno de estos. Ahora, tanto en su paso por la prisión como desde

el momento en que intentan regularizar su vida laboral en libertad, los condenados padecen a menudo actos de estigmatización, exclusión y discriminación. Esta situación conduce a un proceso gradual que los lleva a asociarse con otros individuos antisociales y delincuentes, quienes sí los aceptan, propiciándose la comisión de nuevos hechos delictivos, con lo que se reinicia la carrera delictiva y en muchos casos penitenciaria, en un ciclo que en buena medida define a esta bien denominada era del encarcelamiento masivo, donde la mayoría de la población penitenciaria ya ha pasado en más de una ocasión por la prisión, básicamente porque no encuentra su sitio en esa sociedad extramuros que no acepta por su condición a exconvictos.

La facilitación de la vinculación laboral de los sancionados no comienza a partir de su egreso de prisión, sino que se debe ir gestando desde antes. No obstante, será una problemática perenne que se comportará de formas diversas en los sistemas penitenciarios, pues si apenas se logran condiciones mínimas de vida en la prisión, como ocurre en un número representativo de países, difícilmente se podrá aspirar a alcanzar niveles aceptables de vinculación laboral tendientes a la resocialización intramuros; pero fuera de la prisión ocurre otro tanto, puesto que a los procesos de estigmatización social e institucional se une la problemática del desempleo como uno de los males más extendidos en la actualidad.

En el caso particular de Cuba, constituye una prioridad el adecuado tratamiento que debe dispensarse a los sancionados penalmente, cualquiera que sea el delito o el estatus en que extinguen su pena. Específicamente, en cuanto a la vinculación laboral, se realizan esfuerzos encaminados a que, en principio, los sancionados que puedan hacerlo trabajen, y en un segundo orden, no menos importante, que reciban el influjo resocializador derivado de su pertenencia a un colectivo laboral.

Ahora bien, no basta con el empeño del Estado para la materialización de estos propósitos. Aun cuando Cuba exhibe resultados tangibles en el cumplimiento de normativas internacionales relativas al tratamiento de los reclusos y su posterior acompañamiento en el contexto social comunitario, especialmente en el ámbito laboral, no siempre la realidad se muestra en correspondencia con dicha voluntad estatal.

El objetivo de este artículo es precisamente evaluar la influencia del proceso de vinculación laboral en la resocialización de los sancionados penalmente con énfasis en el contexto comunitario pospenitenciario. Se exponen, en líneas generales, los resultados de investigaciones desarrolladas en relación con el tema objeto de estudio, donde se fundamentan sus núcleos teóricos principales y además se analizan tanto los elementos positivos como los obstáculos que estos procesos experimentan en la realidad cubana. Ante la imposibilidad de desarrollar estudios en las prisiones, las referidas investigaciones han intentado modelar lo que desde lo instituido (el deber ser) acontece en tal espacio, para enfocarse más en lo que

ocurre “extramuros”, que en apariencia pudiera pensarse menos problemático, sin embargo, las dinámicas propias de estos procesos en el ámbito socio-comunitario resultan interesantes y sorprendentes.

Para el logro del objetivo investigativo se partió de la fundamentación de un novedoso modelo teórico sobre la resocialización, entendida en un sentido amplio, que rebasa el contexto carcelario. Como parte de dicho modelo se han sistematizado los fundamentos teóricos de la vinculación laboral en el proceso de resocialización de los sancionados, independientemente del escenario en que se desarrolle, aunque se enfatiza en el socio-comunitario. Por último, se analiza cómo se concibe y regula este tema en Cuba, para cerrar con un resumen de las constataciones que sobre la problemática en estudio se han logrado desde el punto de vista práctico durante varios años de labor enfocada en esa línea específica de estudios sobre prisión y resocialización. Por consiguiente, en este trabajo se exponen resultados de investigación con un doble carácter, teórico y empírico. En el orden teórico, se emplearon métodos tradicionalmente eficaces, como el histórico-jurídico, el jurídico-doctrinal y el exegético analítico. Por su parte, desde el punto de vista empírico, se aplicó el análisis de documentos, la entrevista y la encuesta.

## Desarrollo

### 1. Hacia un nuevo modelo teórico de la resocialización

La resocialización, término de por sí controversial en cuanto a su contenido semántico, se emplea con reiteración por el discurso penal y criminológico contemporáneo. Sus más reconocidos significados apuntan a una “nueva socialización”. Sin embargo, la socialización en sí se caracteriza por su perennidad. Por tanto, la adjunción del prefijo “re” a la socialización no implica una “nueva socialización” (González, 2004, p. 60). De igual manera, los estudios sobre la conducta desviada y sus determinantes no ofrecen como único elemento desencadenante de la misma a la personalidad deformada por las deficiencias en el proceso de socialización. Existen otros factores influyentes como la situación vital concreta negativa, por lo que la conducta desviada, incluyendo la criminalizada, no se manifiesta solo en individuos con deficiente socialización.

Por añadidura, debe recalarse que la conducta desviada no es una cualidad del acto ejecutado por el sujeto sino el resultado de un catálogo de reglas y sanciones que los “otros” aplican al “infractor” (De la Cruz, 2001, p. 8). Para desplegar cualquier proceso resocializador es preciso comprender esta complejidad (esbozada aquí solo *grosso modo*), por cuanto la reacción social asociada a la presunta conducta desviada y la consecuente estigmatización que sufrirá el transgresor

dependerán en buena medida de las etiquetas impuestas por las mayorías a los modos de actuar diferentes. Precisamente los procesos de estigmatización y autoestigmatización padecidos por los sancionados penalmente como parte no oficial de la sanción judicial que se les impone, pueden desencadenar otros fenómenos como la desviación secundaria y derivar en una nueva violación de la norma penal, de ahí que deban ser atendidas especialmente estas situaciones para intentar evitar que el ciclo de la delincuencia se prolongue.

Ahora bien, la desviación conductual y en específico la desviación criminalizada, han sido cada vez más asociadas a la comunidad, si bien esta se ha asumido erróneamente como lugar, pero sin dudas ha constituido un avance en las nuevas posturas criminológicas sobre las desviaciones conductuales el hecho de comprenderlas como un problema social comunitario, que debe ser resuelto por la propia comunidad, sin la impronta estigmatizante y nociva de la violencia penal (García-Pablos, 2007, p. 88).

Resulta notorio, en otra arista del análisis en torno a la resocialización, el uso indiscriminado que realiza la literatura penal y criminológica de términos análogos, dígase reinserción, readaptación, reeducación, rehabilitación, entre otros. Ello supone un error generalizado que debe ser subsanado, pues dichos términos asociados al abarcador proceso resocializador no son más que dimensiones o subprocesos que lo conforman. Incluso, pueden coexistir en el tiempo, pero el logro de cada uno de ellos por separado no significa que el individuo se ha resocializado (Barroso, 2014a, pp. 33-38).

Por su parte, el discurso que por mucho tiempo ensalzó a la resocialización desde la óptica del Derecho Penal, como objetivo a alcanzar mediante el tratamiento terapéutico penitenciario, e incluso asumida como garantía de la ejecución de la pena privativa de libertad (Zapico, 2009, p. 931), se ha vuelto ya inoperante (Cuesta, 1982, p. 5). Las críticas formuladas a la cárcel como institución resocializadora se basan en una serie de limitaciones palpables que comprometen el logro de la pretendida transformación conductual positiva del individuo en el medio penitenciario (Fernández, 2009, p. 12). De ahí que se haya apelado a un nuevo concepto, más atemperado a la realidad, denominado principio de tratamiento reductor de la vulnerabilidad del recluso (Zaffaroni, 1991, p. 267), el cual reconoce que más allá de proponerse resocializarlo, lo que debe procurarse es tratarlo como un ser humano e intentar reducir, hasta donde sea posible, la vulnerabilidad que sufre dentro del establecimiento penitenciario (Alarcón, Pérez y Méndez, 2008, p. 118).

En ese aspecto se concuerda con los criterios actuales que abogan por extender dicho principio más allá de la prisión (Zaffaroni, 1995, p. 121), esto es, al ámbito socio-comunitario, sustentado en que el sancionado no solo es vulnerable en prisión, pues cuando egresa de esta enfrenta otras situaciones de similar o superior negatividad en el medio social. Por ende, la sociedad debe asumir la responsabilidad con el delito y el delincuente, dejar de autoerigirse como normal e intachable pretendiendo que

sea el individuo quien debe cambiar, pues el delito es resultado de las contradicciones y situaciones carenciales de la propia sociedad (Barroso, 2014a, p. 42).

Asumiendo que se trata, como bien apunta Baratta, no de la resocialización “a través” de la cárcel, sino “no obstante” la cárcel (Baratta, 1990), se debe entender al entorno socio-comunitario como definitorio en este proceso. Por ello, en las investigaciones de las que se nutre el presente artículo se apuesta por que el proceso resocializador sea abordado desde esa novedosa cualidad comunitaria, pero asumiendo la comunidad como grupo social y no como lugar (Alonso, Pérez, Rivero, Romero y Riera, 2004, p. 13). Dicha postura redimensiona las relaciones comunitarias entre las personas, con independencia de la inmediatez espacial en que estas relaciones se producen (Alonso, 2008, p. 4).

Los procesos resocializadores se favorecerían con la asunción de dicha cualidad comunitaria en su implementación, dada la posibilidad que esta ofrece para crear vínculos simétricos en función del tratamiento comunitario de cualquier asunto. Además, respaldarían la postura de no reducir al “otro” a objeto, manipulándolo y colocándolo en nuevas dependencias reproductoras de asimetría, sino convertirlo en actor, sujeto activo de la transformación. A su vez, su materialización implica descartar la aplicación de recetas homogéneas a cada uno de los contextos de acción comunitaria. Se apostaría entonces por la transformación endógena, gestada desde dentro, facilitada, no impuesta desde fuera como generalmente ocurre en los procesos resocializadores.

Por todo lo anterior, el modelo teórico que se defiende por los autores de este trabajo apuesta por una redefinición de la resocialización, concebida entonces como un proceso de integración social constante y dinámico basado en ajustes socializativos y ejecutado de conjunto por los agentes resocializadores y los individuos con un comportamiento transgresor de las normas sociales y jurídicas, desarrollando la capacidad de concientización crítica del comportamiento nocivo de estos últimos y consecuentemente propiciando la participación activa como sujetos de su propia transformación, potenciando en todo momento su poder de autocrítica que permita develar los malestares de manera consciente en función de su solución y evitando el etiquetamiento y estigmatización (Barroso, 2016, p. 405).

A partir de las valoraciones realizadas, y tomando en consideración la relación del transgresor con el Sistema Penal, este modelo teórico ha estructurado variantes o tipologías de la resocialización (Barroso, 2014a, pp. 49-53): la resocialización primaria (resocialización *ex ante* sistema judicial) se basa en que no resulta indispensable que el individuo sea marcado por el sistema penal para que precise resocializarse; esta variante constituye un adelantamiento, cuando el sujeto no ha delinquido, pero con su proceder contrario a las normas morales y de convivencia requiere una acción rectificadora.

La resocialización penitenciaria advierte que la prisión no es para nada un escenario descartable, aun cuando exista consenso en no admitirla como contexto

propicio para la resocialización, pero tal criterio no puede absolutizarse, puesto que si se asume a la resocialización como un proceso continuo y permanente no debería obviarse al contexto penitenciario como antesala de la parte de dicho proceso que acontece una vez egresado el sancionado de dicho recinto.

Por último, se establece la resocialización extracarcelaria, escindida en dos variantes: para sancionados que no transitan por la prisión (objeto de sanciones o medidas no privativas de libertad) y la comunitaria pospenitenciaria, para sujetos que han cumplido sanciones privativas de libertad en cualquiera de sus variantes. La aportación de estas novedosas tipologías de la resocialización le otorga particular relevancia a este modelo teórico, dado que parte de concepciones que implican una progresión en el estudio de tal fenómeno, superando los postulados históricamente admitidos y legitimadores de una limitada teoría de la resocialización, restringida esta al Derecho Penal y de manera particular a la sanción y la cárcel. El modelo teórico propuesto llama entonces la atención sobre otros contextos tan o más relevantes para la labor resocializadora como lo constituye el comunitario.

## **2. La vinculación laboral como elemento crucial para los procesos resocializadores**

El Derecho del trabajo es el que consagra la libertad del hombre que trabaja. Su importancia es incuestionable, pues se trata de una actividad necesaria, porque es creadora o transformadora de bienes y servicios sin los cuales no podría vivir ni reproducirse la especie humana. Le permite a quien lo ejecuta instaurar relaciones interpersonales, y construir un colectivo de trabajo, es decir, una entidad nueva generada por los lazos e interrelaciones que crean una solidaridad de hecho entre todos los trabajadores asalariados y demás categorías socio-profesionales de una misma unidad productiva. Gracias al trabajo, los seres humanos construyen su propia identidad y por su intermedio buscan un sentido a lo que hacen. El trabajo contribuye a que los seres humanos trasciendan, pues las obras derivadas del mismo perdurarán en el tiempo y pueden extenderse en el espacio rebasando lo local e incluso las fronteras nacionales.

De gran relevancia para su materialización resulta la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, proclamada en 1998. En la misma se precisó que los derechos fundamentales del trabajo son universales y deben ser respetados a todas las personas en todos los países, sin importar el nivel de desarrollo económico de cada uno. Este postulado universal incluye, por supuesto, a las personas sancionadas penalmente.

Algunos países presentan avances relevantes en la definición de marcos normativos y en incorporar elementos que favorezcan la formación, educación y el acceso al empleo de las personas privadas de libertad y los sancionados en ge-

neral. Sin embargo, son muchos los desafíos pendientes. Así, pese a que existe un amplio acuerdo en que el empleo es un elemento primordial para los procesos de resocialización, la dificultad de transferir las actividades y habilidades aprendidas en la cárcel al medio libre se acentúan al tratarse de un esfuerzo que el egresado tiene que hacer, en muchos casos, sin un adecuado apoyo pospenitenciario, aun cuando las Reglas Mínimas así lo establecen en su artículo 64.<sup>1</sup>

La importancia de una política de apoyo a la inserción sociolaboral es fundamental, así como la existencia de un marco normativo que la reconozca como un derecho de las personas que han cumplido sus condenas. Al mismo tiempo, es fundamental que los Estados dispongan de estrategias integrales de apoyo a la inserción sociolaboral, con componentes de capacitación, incentivos para la contratación en el ámbito laboral y de sensibilización.

Como consecuencia de esta gran preocupación, la Comisión Delegada de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB) firmó los Acuerdos de Río de Janeiro, de 23 de marzo de 2012, donde, entre otros, se aprobaron las propuestas de trabajo presentadas en el marco del Grupo de Trabajo de Reforma de los Sistemas Penitenciarios llevada a cabo en Santa Cruz de la Sierra, entre el 7 y el 11 de noviembre de 2011.

Con posterioridad, y siguiendo la línea de trabajo de mejora de los sistemas penitenciarios, en abril de 2013 se celebró en Viña del Mar, Chile, la *XVIII Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos* (COMJIB), y dentro de las actuaciones para la reforma de los sistemas penitenciarios, en el marco del Programa para la Cohesión Social en América Latina, se agregó el Proyecto de “Reinscripción Social de las personas privadas de libertad”.

Como complemento del desarrollo de este proyecto, en noviembre del 2013 se llevó a cabo el “Taller regional de reinserción socio-laboral”, en Montevideo, Uruguay. Entre otras líneas de trabajo, se acordó de manera específica trabajar en la elaboración de las “Reglas para la reinserción socio-laboral de las personas privadas de libertad en América Latina”, para que además del pretendido fin, contribuyeran a reducir las tasas de reincidencia.

### 3. La vinculación laboral en el ámbito penitenciario

A lo largo de la historia se ha vinculado la perspectiva de resocialización de las personas privadas de libertad con la posibilidad de ofrecerles formación laboral

1 Artículo 64: “el deber de la sociedad no termina con la liberación del recluso. Se deberá disponer, por consiguiente, de los servicios de organismos gubernamentales o privados capaces de prestar al recluso puesto en libertad una ayuda pospenitenciaria eficaz que tienda a disminuir los prejuicios hacia él y le permitan readaptarse a la comunidad”.

y ocupacional, e incluso posibilitar el trabajo remunerado. Sobre este mismo punto, se ha destacado que la filosofía penitenciaria del siglo XIX ya concebía al trabajo penitenciario como una de las actividades principales en prisión (Granados, 1990, p. 75).

En el contexto penitenciario actual y según el modelo penitenciario de Derechos y Obligaciones de las Naciones Unidas, la reintegración de las personas privadas de libertad está directamente asociada a la garantía del acceso a derechos básicos consagrados en el *corpus iuris* internacional de los derechos humanos para las personas reclusas, como el derecho a la salud, a la educación y al trabajo, todos estos en función de minimizar los efectos negativos del encarcelamiento.

El trabajo penitenciario, también conocido como “ergoterapia” o “laborterapia” (Simt, 2003) (Rincón *et al.*, 2009), es una de las medidas que mayor aplicación tiene y la que más estudiosos promulgan como procedimiento más eficaz para alcanzar la resocialización del condenado. A pesar de los permanentes disensos en cuanto a considerar el trabajo como una forma de tratamiento, invertir el tiempo de condena en formación para el trabajo, criterio de no pocos y que se suscribe por los autores de este artículo, constituye mucho más que un modo de pasar el tiempo para los internos. Ello podría contribuir al proceso de resocialización mediante la conformación de un proyecto de vida desmarcado del delito, con un efecto renovador de la identidad del sancionado.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos establecen en su artículo 71.1 las condiciones mínimas para el trabajo penitenciario, con especial atención al trabajo obligatorio para las personas condenadas. La Organización Internacional del Trabajo (OIT), por su parte, en el artículo 1 del Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, prohíbe el trabajo forzado como una forma de coerción política o como castigo, pues los reclusos solo deben trabajar si están en condiciones de hacerlo y en las circunstancias establecidas.

Desde la perspectiva de la política penitenciaria se considera como función básica del trabajo la de ocupar y estructurar el tiempo y la vida cotidiana de los internos, constituyendo un instrumento de control disciplinario que juega un papel importante en la construcción de cierto orden social. Su función más determinante recae en los aspectos terapéuticos y educativos, los cuales poseen como fin último la adquisición de valores que contribuyan al proceso de resocialización. Por tanto, el trabajo es una actividad de producción de bienes o prestación de servicios por parte de los internos, que tiene un alto valor como medida reeducadora o reformadora de la conducta del individuo, y que debe estar organizada de tal modo que contribuya a su resocialización, pues como planteó oportunamente Concepción Arenal: “el trabajo es como un tónico que eleva y vivifica la vida carcelaria y que educa al recluso” (Ruidíaz, 2008, p. 60).

#### 4. La vinculación laboral en el contexto social comunitario

En la búsqueda de un escenario más propicio para la resocialización han emergido y proliferado las denominadas sanciones alternativas a la privación de libertad. Medina Cuenca afirma que se trata de medidas previstas por el legislador para sancionar a un ciudadano sin necesidad de enviarlo a un centro de internamiento, teniendo la posibilidad de rectificar su error mediante el trabajo socialmente útil (Medina Cuenca, 2006, p. 4). Con base en ello, se puede afirmar que las alternativas a la prisión están estrechamente relacionadas con la posibilidad resocializadora que ofrece la relación laboral del sancionado, basada en una política sostenida de formación y capacitación, siempre que el trabajo que se realice sea digno, decente, entre otras cualidades universales del ya referido derecho al trabajo.

A tenor con lo anterior, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990, instituyó las *Reglas Mínimas sobre las Medidas no Privativas de Libertad*, conocidas como “*Reglas de Tokio*”. Uno de sus objetivos es fomentar la vinculación laboral del sancionado, así como una mayor participación de la sociedad en la gestión de la justicia penal. Queda evidenciada la recurrencia al contexto laboral como medio insoslayable para el desarrollo de los procesos resocializadores, tanto dentro como fuera de la cárcel. En el ámbito penitenciario su función principal es reeducar y disciplinar al recluso para su posterior retorno a la vida en libertad, inculcándole el valor del trabajo como elemento trascendental en su futuro proceso de integración social. En el ámbito social comunitario, el trabajo permite la formación en una actividad útil, y a su vez facilita la adecuación y disciplina laboral del sancionado como parte de un proceso de disciplinamiento más amplio, proyectado hacia su comportamiento social general.

#### 5. Regulación del principio resocializador a través del trabajo en Cuba

El ideal resocializador no es un principio abstracto, sino que debe concretarse y procurarse a través de normas jurídicas, por ende, el estudio de cualquier ordenamiento jurídico, en particular el cubano, permitirá apreciar la magnitud de la voluntad estatal en función o no de la resocialización (Barroso, 2014b, p. 10). Teniendo en cuenta lo anterior, se realizará un análisis de este principio en Cuba a partir de la perspectiva constitucional, penitenciaria, penal y laboral.

##### 5.1 Regulación constitucional

En primer orden, se defiende la idea de que no es exigible a una Constitución que regule el derecho a la resocialización en su estrecha vinculación con el derecho al

trabajo. En cambio, sí es demandable que se pronuncie por el derecho universal a la resocialización, “para que posea mayor respaldo legal desde la normativa suprema, una adecuada protección jurídica ante los órganos pertinentes y, por ende, sea mejor disfrutado por sus legítimos destinatarios” (Barroso, 2014a, p. 56). Por otra parte, una Carta Magna está compelida a establecer principios generales relativos al derecho al trabajo, lo que abarca tanto a las personas que no han violado la ley como a aquellas que han traspasado la barrera del Derecho Penal y han resultado sancionadas.

La recién proclamada Constitución cubana del año 2019 reconoció por primera vez en la historia constitucionalista nacional, a través de su artículo 60, el derecho a la resocialización de la siguiente forma:

El Estado favorece en su política penitenciaria la reinserción social de las personas privadas de libertad, garantiza el respeto de sus derechos y el cumplimiento de las normas establecidas para su tratamiento en los establecimientos penitenciarios. Asimismo, se ocupa de la atención y reinserción social de las personas que extinguen sanciones penales no detentivas o cumplen otros tipos de medidas impuestas por los tribunales.

Aunque es criterio de los autores del presente trabajo que el término que debió utilizarse es el de resocialización, debe reconocerse que con dicha elevación a rango constitucional se saldaba una deuda, un viejo reclamo de quienes se han dedicado al estudio de este fenómeno. Es dable encomiar además con absoluta satisfacción que se amplió el alcance del proceso resocializador, en correspondencia con el modelo teórico aquí expuesto, incluyendo en el mismo también a aquellos individuos que no extinguen sus sanciones en prisión.

Tocante al derecho del trabajo, la nueva Constitución reconoce en su artículo 31 que:

El trabajo es un valor primordial de nuestra sociedad. Constituye un derecho, un deber social y un motivo de honor de todas las personas en condiciones de trabajar. El trabajo remunerado debe ser la fuente principal de ingresos que sustenta condiciones de vida dignas, permite elevar el bienestar material y espiritual y la realización de los proyectos individuales, colectivos y sociales. La remuneración con arreglo al trabajo aportado se complementa con la satisfacción equitativa y gratuita de servicios sociales universales y otras prestaciones y beneficios.

Por su parte, en el artículo 42 establece que todas las personas “reciben igual salario por igual trabajo, sin discriminación alguna”. No hace mención expresa al

derecho al trabajo de los sancionados penalmente, pero tampoco es imprescindible pues dada su formulación general abarca a todos los ciudadanos, incluyéndolos a estos.

## 5.2. Regulación en el contexto penitenciario

El Reglamento del Sistema Penitenciario cubano desde su artículo 3 hace alusión al trabajo, cuando define:

El proceso de ejecución de la medida cautelar de prisión provisional, sanción de privación de libertad, de trabajo correccional con internamiento y de la medida de seguridad reeducativa de internamiento, tiene como finalidad brindar tratamiento educativo a las personas acusadas, sancionadas y aseguradas basado en los principios de una actitud honesta ante el trabajo (...) para su posterior incorporación a la sociedad.

Más adelante, el capítulo VII, dedicado a los programas educativos, ya en su sección primera dedica varios artículos al trabajo socialmente útil: el artículo 90.1 refrenda que el trabajo constituye el medio fundamental en el proceso educativo con los internos, tiene un carácter formativo y creador de hábitos laborales, con el fin de prepararlos para su incorporación a la sociedad. Expresa además que el acceso del sancionado al empleo se basa en los requisitos de voluntariedad, el conocimiento del oficio debidamente acreditado, sus aptitudes para la actividad laboral, el régimen de cumplimiento y la conducta mantenida.

Por su parte, se priorizan en la incorporación y acceso al empleo a aquellos que tengan obligaciones civiles provenientes del delito, u otras deudas contraídas, los que extingan apremio personal, los que reciben ayuda monetaria por asistencia social y los que tienen hijos menores de 18 años de edad. Se destaca que el cumplimiento de la jornada laboral no se verá afectado por ningún otro programa o actividad educativa que se realice, siendo la enfermedad el único motivo que justifique la ausencia del interno al trabajo.

De suma importancia es el artículo 91, al declarar que el empleo de la fuerza laboral interna se realiza conforme a lo establecido en la legislación laboral vigente en el país y atendiendo a los requisitos particulares formalizados mediante contrato de fuerza de trabajo entre el director de la entidad empleadora y la autoridad penitenciaria. Cobra relevancia también lo relativo a lo que se ha denominado “capacitación en oficio”, regulado a partir del artículo 93, y el cual se define como el proceso de enseñanza y aprendizaje mediante el cual el interno, en correspondencia con el plan de estudio aprobado, adquiere los conocimientos teóricos y habilidades prácticas necesarias para ejercer un determinado oficio.

Dicha capacitación, a tenor con los artículos 94 y 95, se constituye en uno de los principales medios en el tratamiento penitenciario y se organiza y desarrolla a pie de obra, en forma de adiestramiento o en cursos a través del componente teórico-práctico; además, se organiza y ejecuta tomando en consideración la orientación vocacional del interno, en correspondencia con las necesidades del territorio donde extinga sanción y con el objetivo de que se incorpore a la sociedad con el dominio de al menos un oficio.

La trascendencia de la vinculación laboral es tal en los establecimientos penitenciarios, que entre los beneficios a los que tienen derecho los internos, establecidos en el artículo 65 del reglamento, se encuentra, primeramente, la rebaja de hasta sesenta días por año cumplido de la sanción, si el interno mantiene una buena conducta, pero a continuación se provee una rebaja adicional de otros sesenta días por excepcional conducta en el trabajo socialmente útil y por obtener resultados en el resto de los programas educativos.

También el artículo 116 regula lo concerniente a los permisos ordinarios de salida al hogar cada 30 días. Dispone que se podrá conceder dicho permiso cada 30 días a internos pertenecientes a brigadas de trabajo con alto aporte económico, social o institucional. A partir de los resultados de la asamblea de producción, el Jefe Provincial de Prisiones correspondiente determina los internos a beneficiar, pertenecientes a estas brigadas de trabajo. También pueden beneficiarse con este permiso cada 45 días a las brigadas de trabajo que resulten destacadas en la disciplina y aprovechamiento de la jornada laboral.

### 5.3. Tratamiento en el Código Penal vigente

El Código Penal cubano, Ley 62 de 1987, establece en su artículo 27 como uno de los fines de la sanción “la de reeducar a los sancionados en los principios de actitud honesta hacia el trabajo, de estricto cumplimiento de las leyes y de respeto a las normas de la convivencia socialista”. A pesar de su ya larga data de promulgación, este Código ha sido objeto de varias modificaciones, algunas en cierta medida favorecedoras de la resocialización; entre ellas se encuentra la ampliación de las posibilidades de aplicación de sanciones subsidiarias a la de privación de libertad tales como la limitación de libertad y las dos modalidades de trabajo correccional, con y sin internamiento<sup>2</sup>. Inicialmente estas sanciones se podían aplicar a casos

---

2 Tanto la limitación de libertad como el trabajo correccional con internamiento son sanciones que se extinguen en libertad, mientras que el trabajo correccional con internamiento implica condiciones de semilibertad, donde el sancionado no se interna en el establecimiento penitenciario propiamente, sino en otro tipo de institución en la que realiza trabajo socialmente útil en un régimen más abierto, mediante el cual su contacto con la vida en libertad es mucho más frecuente y su progresión hacia otros régimen abiertos se facilita.

en los que se le hubiera impuesto una sanción de hasta tres años de privación de libertad, sin embargo, tal prerrogativa se extendió a sanciones de hasta cinco años.

Tratamiento similar en cuanto a la ampliación de sus posibilidades de aplicación se le otorgó a la remisión condicional de la sanción<sup>3</sup>, un beneficio consistente en que los tribunales, al momento de dictar sentencia, tanto en primera instancia como en apelación o casación, podrán disponer para el encausado, si se trata de un persona que ha mantenido, anterior a los hechos que se juzgan, una buena conducta social y que no sea reincidente o multirreincidente, un periodo de prueba de uno a cinco años de duración, sujeto a un conjunto de obligaciones, siendo lo positivo de la medida que el sujeto no estará extinguiendo la sanción sino cumpliendo con las obligaciones impuestas, aunque de no cumplirlas o incurrir en nuevo delito comenzaría a extinguir dicha sanción desde el principio.

Todas estas sanciones y medidas tienen sus diferencias entre sí, pero poseen como denominador común el propósito de evitar el encarcelamiento de los sancionados que sean merecedores de su imposición, y que una de las obligaciones fundamentales de estos es la de mantener un vínculo laboral que les permita ser útiles a la sociedad, a su familia, y solventar las responsabilidades civiles derivadas de su actuar delictivo si así fuere el caso.

La Libertad Condicional (artículo 58) es un beneficio de excarcelación anticipada y tiene como requisito que el interno presente un correcto comportamiento durante la ejecución de la pena, que haga suponer que el fin de esta haya sido alcanzado sin necesidad de ejecutarse totalmente la sanción, siempre que se hayan extinguido los términos establecidos en el Código, de acuerdo a si son primarios en la comisión de delitos, reincidentes o multirreincidentes. Este beneficio implica ciertas limitaciones para el controlado: que los organismos encargados de hacer cumplir correctamente las obligaciones mantengan un criterio positivo de la conducta del beneficiado; que se incorpore al trabajo o al estudio; que no cometa nuevo delito y mantenga una correcta conducta social, entre otros aspectos.

Este entramado normativo, si bien no establece cómo se materializará la resocialización, ni la garantizan por su sola presencia en la norma penal sustantiva, sí resulta viable para un proceso resocializador, particularmente el comunitario y en especial el pospenitenciario, al posibilitar que el sancionado, incluso perdiendo su vínculo con la parte de la sociedad que se encuentra fuera de los muros de la

---

3 Se trata de un beneficio consistente en que los tribunales, al momento de dictar sentencia, tanto en primera instancia como en apelación o casación, podrán disponer para el encausado, si se trata de un persona que ha mantenido anterior a los hechos que se juzgan una buena conducta social y que no sean reincidentes o multirreincidentes, un periodo de prueba de uno a cinco años de duración, sujeto a un conjunto de obligaciones, siendo lo positivo de la medida que el sujeto no estará extinguiendo la sanción, sino cumpliendo con las obligaciones impuestas, solo que de no cumplirlas o incurrir en nuevo delito comenzaría a extinguir dicha sanción desde el principio.

prisión, lo haga por poco tiempo y pueda regresar al entorno socio-comunitario en un breve período (Barroso, 2014a, p. 60).

#### 5.4. La resocialización en el Código de Trabajo

El Código de Trabajo, Ley 116 del 2013, en su artículo 2 define expresamente los principios fundamentales que rigen el derecho de trabajo en Cuba. Sobre esa base se erige el tratamiento relativo a la vinculación laboral de los sancionados, o sea, el trabajo como derecho y deber social, la igualdad, derecho a la capacitación, al descanso, a la seguridad y salud, entre otros.

Dicha norma corrige las deficiencias que existían en su predecesora en cuanto a la vinculación laboral de los sancionados. En su artículo 21 establece que “el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social puede asignar para su contratación a determinadas personas por interés estatal o social, en correspondencia con las necesidades de las entidades”.

Por su parte, el Reglamento del Código de Trabajo a partir de su artículo 10 especifica cómo se desarrolla el proceso de oferta de puestos laborales, en correspondencia con lo establecido por la Instrucción 201 del 2010 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP) sobre el control de los sancionados, la que establece todo el procedimiento para su ubicación laboral. Las ofertas de empleos son una directriz del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y, por consiguiente, de sus direcciones provinciales y municipales, las que están estrechamente relacionadas con las aptitudes de los reclusos en pos de cumplimentar las exigencias de los centros laborales donde estos desempeñarán funciones de trabajo.

#### 6. La figura del juez de ejecución

Ante la cada vez más frecuente imposición de sanciones que no implicaban internamiento, las cuales a todas luces contribuían a los procesos resocializadores, creció también la necesidad de implementar un sistema de atención a dichos sancionados que se adecuara al nuevo régimen de extinción de la sanción. Es entonces que en la primera década del presente siglo surgió la figura del juez encargado del control de la ejecución de las sanciones.

Específicamente, en el año 2002 se aprobó la Instrucción 163-BIS del Tribunal Supremo Popular, primera que reguló esta actividad en Cuba, sustituida en el 2010 por la ya mencionada Instrucción 201. Su texto otorga a los jueces de ejecución la función de coordinar y controlar el debido cumplimiento de las sanciones subsidiarias de la privación de libertad, la remisión condicional de esta, las medidas de seguridad predelictivas y los beneficios de excarcelación anticipada.

Regula, a su vez, además de todo lo relacionado con la actividad de control y atención sistemática de los sancionados, la de los agentes que intervienen en la misma, recalando que es una labor que se realizará de forma integral y coordinada. También esta normativa tiene la función de detallar cómo se realizará el acto de comparecencia y su importancia, dado que permite instruir al compareciente sobre los particulares de su situación legal y las obligaciones que deberán regir su comportamiento para así conformar una correcta estrategia de control personalizado y sistemático que se le aplicará a cada sancionado.

El juez de ejecución posee las siguientes funciones, con clara orientación resocializadora:

- Reforzar la observancia de los derechos y garantías de las personas de los sancionados bajo su acción de control e influencia.
- Realizar los actos judiciales con un carácter educativo y socialmente comprensivo.
- Coordinar las acciones con el resto de los organismos e instituciones que participan de la actividad, exhortándolos a influir de forma positiva sobre los sancionados.
- Hacer patente a estos últimos el interés en ayudarles a que cumplan de manera satisfactoria la sanción.
- Obtener información relativa a sus rasgos de personalidad más importantes, las condiciones de su entorno social y familiar, así como las expectativas y preocupaciones fundamentales que pueden incidir negativamente en su futura conducta.

Además de las anteriores obligaciones, en sentido general los tribunales deben incorporar a su sistema de trabajo otras acciones para perfeccionar la cohesión entre quienes intervienen en las actividades de control y atención a sancionados o asegurados que atienden los jueces de ejecución, en función de evaluar la calidad en el chequeo sistemático de sus respectivas conductas. Por ello, a pesar de los reparos que se le puedan endosar a la concepción y al trabajo del juez de ejecución, no cabe duda de que este se encuentra llamado a convertirse en una significativa figura resocializadora.

El juez de ejecución está en la obligación, con el apoyo de las organizaciones y organismos implicados, de ubicar a los sancionados bajo su responsabilidad en centros de trabajo habilitados al efecto, para que cumplan, en correspondencia con los reglamentos y leyes laborales vigentes, sus penas o beneficios sin necesidad de encontrarse en condiciones de internamiento. A partir de las propuestas presentadas en comparecencia efectuada a tales efectos, este juez es el encargado de otorgar el empleo que finalmente ejercerá cada sancionado. La autogestión del

empleo se autoriza siempre que las características del delito por el que fue condenado así como las sanciones accesorias impuestas no lo impidan. En relación con los empleos que oferta el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social se prioriza la producción de alimentos y la construcción.

Un aspecto de vital importancia regulado por la mencionada Instrucción 201 del 2010 lo constituye la regulación que se establece para la presentación del sancionado ante las estructuras que desarrollan las actividades de prevención y atención social en la demarcación del Consejo Popular o la Circunscripción y si se considera oportuno en el centro de trabajo; aunque en ocasiones esta presentación en el colectivo laboral no se corresponde con lo esperado, y en vez de ser acogido de una manera cordial, sufre desde el primer momento la estigmatización del colectivo laboral.

A partir de las indicaciones de dicha Instrucción y como resultado de las experiencias acumuladas entre funcionarios y representantes de los organismos encargados de la actividad de control, influencia y atención a las personas que extinguen sanciones en libertad, se emitieron en su momento una serie de documentos de orientación, en aras de establecer precisiones e indicaciones sobre el proceso de vinculación laboral que realizan el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños (ANAP) y la Central de Trabajadores de Cuba (CTC), entre otros. En tales documentos se determinan los deberes y las acciones a desarrollar en el proceso de atención y control a las personas que extinguen sanciones en libertad, con el objetivo de consolidar de forma permanente esta actividad.

Es importante señalar que las referidas “precisiones” no poseen suficiente carácter vinculante, como tampoco lo ostenta la también aludida Instrucción 201 del máximo órgano juzgador cubano, pues no se trata de normas jurídicas propiamente y, por ende, no ostentan la jerarquía normativa necesaria para exigir a sus destinatarios cumplimentar sus indicaciones. Esta situación podría aspirar a paliarse con la promulgación de una Ley de Ejecución de Sanciones, hasta el día de hoy inexistente en Cuba, que integre todas las acciones a desarrollar en pos de la resocialización por parte de las entidades involucradas en dicha actividad, y que sobre la base de su máxima jerarquía normativa garantice la obligación irrestricta de los implicados a dar cabal cumplimiento a sus preceptos.

Por demás, no todas las recomendaciones o documentos rectores mencionados, por llamarle de algún modo, en su esencia, poseen contenido relacionado con la resocialización. En estos priman las acciones de seguimiento, vigilancia, control y la trasmisión de información a otras agencias como el juez de ejecución. Se prevén, por el contrario, escasas acciones de estimulación.

Tampoco es posible a través de su cumplimiento aspirar a un verdadero proceso de transformación integral del exrecluso, pues solo se proponen cam-

bios conductuales traducidos en la mera inhibición hacia la comisión de delitos, sin profundizar en las causas que inciden en su comportamiento. Se aprecia, por añadidura, una superabundancia de orientaciones para la elaboración y cumplimiento de planes de acciones, así como la confección y entrega de informes, algo bien distante de lo que significa una verdadera actividad resocializadora.

Si se analiza lo que preceptúa el nuevo texto constitucional cubano en materia de resocialización, así como los propósitos plasmados en las reglamentaciones penitenciarias cubanas, especialmente en materia de vinculación laboral de los sancionados, en esa preparación necesaria que debe obtener el recluso para su retorno a la vida en libertad; si se considera que a pesar de su longevidad, el Código Penal cubano también ofrece disímiles alternativas para el logro de la resocialización; si se compara todo ello con las normativas que más concretamente deben llevar a vías de hecho este sistema de influencias en el sancionado que se encuentra en libertad para conducirlo por un camino libre de delitos, muy apuntalado en su vinculación laboral, se observará que los principios están desde las normas de mayor jerarquía adecuadamente planteados, pero no ocurre lo mismo con las normativas que se encargan de materializar ese propósito en la realidad social.

## 7. Metodología y resultados

Teniendo como antecedente investigativo las inferencias que se realizaron sobre el aparato normativo de la resocialización en Cuba, la investigación empírica desarrollada se encaminó a la constatación de estas y otras posibles dificultades, en aras de poder cumplimentar el objetivo propuesto de antemano, consistente en evaluar la influencia del proceso de vinculación laboral en la resocialización de los sancionados penalmente con énfasis en el contexto comunitario pospenitenciario. Para ello se emplearon las técnicas del análisis de contenidos, la entrevista y la encuesta (cuestionario mediante cédula). La entrevista fue de tipo semiestandarizada, efectuada sobre una guía de temáticas que permite al entrevistador introducir aspectos adicionales o improvisar. El cuestionario mediante cédula, como forma que roza con la entrevista estructurada, permitió recoger información más completa y un mayor índice de respuesta.

Se seleccionaron muestras de tipo no probabilística para la investigación empírica, seleccionada de manera intencional a partir de determinados criterios de inclusión, y se trabajó sobre dos campos esencialmente, concentrados en la ciudad de Santa Clara: los exreclusos en un total de 158 y los agentes o sujetos<sup>4</sup> encarga-

4 En las investigaciones previas asociadas al proyecto que da lugar al presente artículo, se enarbola una crítica al empleo tradicional del término "agentes" resocializadores. En concordancia con el principio defendido relativo a la erradicación de las asimetrías existentes en los procesos de resocialización, promoviendo entronizar al exinterno como

dos de viabilizar su proceso de resocialización comunitaria pospenitenciaria, en especial, aquellos que estaban más relacionados con la actividad laboral de los sancionados, dígase 4 especialistas de las Direcciones Municipales y Provinciales de Trabajo, unos pertenecientes a los Departamentos de Política de Empleo y otros a los de Asistencia y Prevención; además de ello se abordaron 23 trabajadores sociales, además el juez de ejecución que atiende esta actividad en la ciudad y 3 de sus asistentes judiciales<sup>5</sup>. Se abarcó también como parte de las actividades investigativas a 10 empleadores de entidades más representativas, respecto a la vinculación laboral de los exreclusos.

Se aplicaron encuestas y entrevistas a los representantes de los órganos, organismos e instituciones responsabilizadas con la resocialización comunitaria, especialmente los que tienen que ver con la vinculación laboral de los exreclusos, en este caso funcionarios, trabajadores sociales y juez de ejecución, con la inclusión además de los empleadores más representativos. Las valoraciones de estos se contrastaron con similares instrumentos investigativos aplicados a los exreclusos y con la revisión de documentos propios del trabajo de los agentes resocializadores, en aras de poder arribar a conclusiones investigativas válidas para poder afirmar qué aspectos de estos procesos aún deben ser objeto de perfeccionamiento.

---

parte activa de su proceso de transformación, se valora la conveniencia de considerar que no se trata de "agentes" de Resocialización sino "sujetos" todos, incluyendo al propio exinterno. Con ello, se posibilita dotar a este último de similar grado de implicación que los restantes sujetos, los cuales a su vez se clasificarán en formales e informales. En el caso de los sujetos formales, se ha atendido para su clasificación a la particular intencionalidad de sus labores resocializadoras comunitarias, concebidas administrativamente como funciones propias de su encargo social y estatal, por las cuales se les evalúa y remunera. Dichos sujetos, sin embargo, pueden realizar también acciones de naturaleza informal, desmarcadas de sus procedimientos formales de actuación establecidos, adoptando por tanto un rol articulador de las dos formas organizativas del control social en el entorno socio-comunitario. En cambio, los sujetos informales se distinguen por realizar labores no ritualizadas por procedimientos específicos de actuación. Además, no responden desde el punto de vista administrativo por su función resocializadora, la cual ejecutan por medio de sistemas de influencias en ocasiones de carácter difuso, abiertos a su poder de iniciativa y creatividad. Entre los sujetos formales se incluyen los siguientes: juez de ejecución, jefe de sector de la Policía Nacional Revolucionaria y los gestores integrales de trabajo y atención social (trabajadores sociales). Por su parte, se consideraron sujetos informales: familia; centro laboral; dirigentes gubernamentales y de las organizaciones sociales, de masas y políticas; líderes informales comunitarios; y medios de comunicación. Como la presente investigación se dirigió al proceso de vinculación laboral, se trabajó muy enfáticamente con sujetos asociados al mismo, aunque algunos no precisamente estuvieran tipificados como sujetos que inciden de manera directa en el sancionado, pero que sí tienen una incidencia aunque fuese indirecta en el referido proceso, de ahí que se acudiera, además del juez de ejecución, los trabajadores sociales y los empleadores, a otros especialistas de las Direcciones Municipales de Trabajo y Seguridad Social, por su implicación en la vinculación laboral de los sancionados aun cuando no interactúen con estos.

5 En las investigaciones desarrolladas se comprobó que parte del trabajo comunitario del juez de ejecución es realizado por asistentes judiciales, no directamente por los jueces, cuestión que fue motivo de reparos por cuanto no siempre los asistentes poseen las herramientas necesarias para desarrollar la labor de influencia, en ocasiones no son graduados universitarios y en caso de que así sea no siempre de carreras afines con la actividad que desarrollan. Por ello, si bien el sujeto resocializador por excelencia, a partir de las funciones atribuidas y la preparación que a tales efectos posee, es el juez de ejecución, la práctica revela que los asistentes judiciales poseen un rol protagónico también en esta actividad, de ahí la necesidad de incluirlos en el universo de estas investigaciones.

En cuanto a los sujetos encargados de facilitar los procesos resocializadores y específicamente del trabajo como medio favorecedor de estos (arriba referidos), los resultados investigativos obtenidos se describen a continuación:

- Reconocen en líneas generales a la resocialización como término, no así las diferentes variantes no asociadas a la prisión, evidenciando una visión restrictiva de la misma.
- Le confieren importancia a la vinculación laboral de los exinternos, así como su necesidad, no solo como una medida más de control sino también como una vía significativa para facilitar una mejor relación de los exreclusos con la sociedad.
- Conocen el marco regulatorio específico de la vinculación laboral de los exreclusos, dígase el Código de Trabajo y su Reglamento, y más específicamente, por ejemplo, el juez de ejecución, menciona la Instrucción 201, que incluye directrices particulares al respecto, así como otras indicaciones internas del Tribunal Supremo Popular que regulan cómo se llevará a cabo la vinculación laboral para sancionados por determinados delitos específicos (Circular 258, sobre el Hurto y Sacrificio Ilegal de Ganado Mayor; Circular 262, referente al delito de Robo con Fuerza en las Cosas; Circular 239, relacionada con delitos contra el Orden Público; y la Circular 240, referida a los delitos económicos).
- Reconocen unánimemente la voluntad estatal para que los exreclusos trabajen y la consecuente garantía por parte del Estado que consiste en crear las condiciones y la infraestructura requerida para ello.
- Valoran positivamente la capacitación que reciben los sancionados durante su periodo de internamiento.
- Se plantea como una dificultad permanente la escasa oferta de empleos por parte del Ministerio de Trabajo, en un momento en que el país raciona los empleos al máximo como parte de las exigencias del actual reordenamiento económico nacional. Por ello la autogestión de empleo ha aumentado de manera gradual. En ocasiones los sancionados deciden vincularse al sector no estatal, como es el caso del trabajo por cuenta propia, pero se autorizan de manera excepcional mostrándose preocupación por las posibles dificultades que se pueden plantear para el adecuado control del sancionado.
- Se manifiesta la baja aceptación de los sancionados con los empleos ofertados. Pudiera pensarse que estos no están en condiciones de exigir o solicitar plazas laborales de su agrado, pero sí es un hecho que la pretendida influencia resocializadora del entorno laboral se resiente cuando la persona no se identifica con la actividad que realiza, y eso pasa también

por el tema salario, que por regla general aún es bajo en los empleos estatales, lo que implica un desincentivo adicional.

- Los empleadores manifiestan que como parte del proceso de reordenamiento laboral que atraviesa el país, que incluyó los procesos de disponibilidad laboral cuya máxima expresión se produjo en años anteriores, todavía mantiene los principios de racionalidad en el empleo, unido a la implementación de la normativa que aprueba los diferentes sistemas de pago atendiendo a la eficiencia económica. Todo lo antes planteado constituye un serio obstáculo para el deseado papel del trabajo en los procesos de resocialización.
- Los funcionarios abordados, en líneas generales, valoran su gestión en materia de vinculación laboral de los exinternos como satisfactoria, ya que consideran que cumplen cabalmente con las regulaciones al respecto, porque todos se encuentran vinculados laboralmente; de igual manera, consideran que la gestión del empleo es satisfactoria, porque aunque escasa, hay oferta, y la posibilidad del trabajo por cuenta propia, aunque es excepcional, viene a paliar un poco la situación cuando no hay suficientes empleos en el sector estatal o los que existen no son del agrado de los exreclusos. Todos mencionan la existencia de un “sistema de trabajo” y manifiestan que dan “seguimiento” a los sancionados en el ámbito de la vinculación laboral de los mismos, incluso, les traman ofertas o la aprobación de determinadas licencias para el ejercicio de la actividad de trabajo por cuenta propia.
- Los empleadores, por último, también califican como positiva su gestión en materia de vinculación laboral de los sancionados, y se basan en que los mismos son atendidos por la administración y por la sección sindical, realizándose acciones tendientes a su aceptación por parte del resto de los trabajadores, la que inicia desde los programas de acogida hasta su inclusión en todas las actividades convocadas.

A juzgar por los resultados preliminares la impresión *a priori* de los investigadores es que todo se desenvuelve según lo esperado. Sin embargo, cuestión distinta se apreció en las indagaciones sobre las cuestiones específicas por cada organismo:

- No existía correspondencia entre las relaciones de sancionados sujetos a control e influencia de los Registros Primarios de los Tribunales Municipales (son los encargados de la actividad de juez de ejecución solo los tribunales de esta instancia), y los registros existentes en similar periodo por parte del Ministerio de Trabajo en sus dependencias.
- No se realizan todas las presentaciones por parte del juez de ejecución en los centros de trabajo, y en defecto de ellas lo que se concilia con estos casi

siempre se resume en la exhortación al cumplimiento de lo establecido en materia de control. En el caso de los trabajadores por cuenta propia, las conciliaciones se realizan con la Oficina Nacional de Administración Tributaria (ONAT), lo que las dota de un eminentemente matiz controlador, pues se centran solo en verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

- Las acciones de control del juez de ejecución muchas veces son efectuadas por los asistentes judiciales (en muchos casos no son graduados universitarios, o en otros sí, pero de carreras que no tienen afinidad con esta actividad). Y estas consisten en visitar los centros de trabajo para interesarse por el desempeño de los controlados, su asistencia, puntualidad, disciplina, etc., esto con una frecuencia mensual. En el caso de los contratados en el sector no estatal, todo se realiza a instancias de la ONAT, por lo que ni siquiera el asistente judicial interactúa con el sancionado.
- Los trabajadores sociales realmente no poseen un sistema de trabajo al respecto, desarrollan sus funciones sobre al tema en cuestión de manera improvisada, por contingencias cuando conocen de la existencia de alguna problemática puntual.
- Algunos empleadores se muestran reticentes a contratar sancionados, plantean que en su misión no está rehabilitar a los mismos, que sus procedimientos internos en el orden del control no lo permiten. En varios sectores del Estado se exigen certificaciones de antecedentes penales, y si se trata de un sancionado o exconvicto, no se le contrata, lo cual echa por tierra incluso todo lo que se haya podido realizar desde la propia prisión en aras de “prepararlo” para su vida en libertad y específicamente para la vida laboral.
- Más preocupante resulta la aplicación, en determinados organismos, de procedimientos de selección que incluyen la verificación de antecedentes policiales, un registro que no se borra nunca, a pesar de no ser oficial; no obstante, una persona podría ser discriminada para ocupar un puesto de trabajo por poseer el más mínimo antecedente en dicho archivo, lo cual es totalmente cuestionable dado que violenta los principios de no discriminación que de manera general se disponen en la Constitución de la República, aplicables a la vinculación laboral, y en el propio Código de Trabajo.

En cuanto a las acciones investigativas desarrolladas con los exreclusos, se resumen a continuación los principales elementos revelados:

- Ausencia de correspondencia entre la capacitación recibida en prisión y las ofertas de empleo que tuvieron a su salida del establecimiento penitenciario.

- A la no realización de todas las presentaciones de los sancionados en los centros de trabajo, para el caso de los empleados en el sector estatal, se adicionan los criterios relativos a que dicha presentación tiene un efecto perjudicial para ellos, de que se trata de una formalidad, considerándola innecesaria.
- En cuanto a las instituciones, organismos e individuos que han brindado apoyo en su periodo de cumplimiento de las sanciones en libertad, en especial, en el ámbito de su vinculación laboral, las respuestas son variables. Solo identifican al juez de ejecución, los representantes del MTSS encargados de la vinculación laboral y los trabajadores sociales. No obstante, las evaluaciones de su labor en el orden del apoyo recibido no fueron favorables, existiendo incluso algunos que no manifestaron tener criterio al respecto.
- Es recurrente el criterio de que la labor del juez de ejecución es solo de control, que lo que le interesa es que trabajen; sin embargo, no gestiona buenos empleos ni acepta algunos de los que los sancionados se autogestionan.
- En cuanto a los representantes del MTSS, las principales inquietudes de los contratados en el sector estatal versan sobre el reclamo general de que les oferten mejores puestos laborales; resultando preocupantes los criterios relativos a que no existe interés en que los sancionados se realicen desde el punto de vista laboral, que son discriminados en muchos centros de trabajo y el MTSS no hace nada al respecto. En cuanto a los que laboran en el sector no estatal, coinciden en calificar la atención como esporádica y formal.
- La satisfacción con la acogida en los centros del sector estatal es baja, solo un 6 % de los encuestados la valora positivamente, resultando recurrente la expresión de que se mantienen trabajando en esos lugares solo porque están obligados por el juez de ejecución so pena de que se les revoque su condición y tengan que volver a prisión. Por añadidura, se aprecia una tenue influencia resocializadora por parte de los sindicatos, administraciones y colectivos de trabajadores sobre los sancionados. Cuestión distinta ocurre con los que se encuentran laborando en el sector no estatal, aunque como se ha explicado son minoría. En consecuencia, estos últimos son los que mejor valoran cómo ha contribuido su vínculo laboral a mejorar su relación con el resto de la sociedad, mientras que el resto ofrecen respuestas de “poco”, “muy poco” e incluso “nada”.

## Conclusiones

Aun cuando el aludido tablado normativo en Cuba presenta determinadas falencias, tal como se analizara en el acápite correspondiente, la investigación empírica permitió no solo reafirmar dichas limitaciones en el orden legislativo, sino también

constatar que el proceso de vinculación laboral de los sancionados que egresan de un establecimiento penitenciario deberá superar diversos escollos, como son, entre otros: la insuficiente integración para el trabajo de los diferentes órganos, organismos e instituciones que poseen responsabilidad directa con dicha actividad; la improvisación, el formalismo y el verticalismo con que se realizan las acciones; la escasa oferta de empleo en el sector estatal, siendo poco atractivas las existentes, mientras en el sector no estatal se dificulta de sobremanera un adecuado control e influencia sobre los sancionados; la implementación de procesos de selección excluyentes por su condición de sancionados, a pesar de no existir normativas concretas al respecto, lo que implica una violación de las garantías generales del derecho al trabajo promulgadas en leyes de mayor jerarquía.

Como resultado de lo anterior se producen insatisfacciones de un determinado número de exreclusos con su proceso de vinculación laboral, lo que compromete seriamente la materialización de la incidencia positiva del trabajo para el proceso resocializador, sobre todo en su variante comunitaria pospenitenciaria.

La investigación desarrollada al respecto pecaría de injusta si desconociera los meritorios avances que sí se experimentan en ese tema. De hecho, se tiene conciencia e identificación del esfuerzo organizativo, estructural e incluso económico que se realiza en Cuba para facilitar coherentes procesos resocializadores, sobre todo desde la vinculación laboral de los sancionados. No obstante, la postura más consecuente para continuar perfeccionando estos procesos, aun en medio de las serias dificultades económicas que atraviesa el país, es evadiendo estériles loas y vótores en relación con lo que se ha logrado, para transitar hacia una profundización del estudio y la acción, combinando ciencia y conciencia, en lo que aún resta por mejorar.

## Referencias bibliográficas

- Alarcón, R., Pérez, A. y Méndez, M. (2008). Prisión, género y adulto mayor: entre las verdades y las meras palabras. *Memorias del IV Encuentro Internacional: Escuela de Verano de La Habana sobre Temas Contemporáneos, La Habana*.
- Alonso, J. (2008). Comunidad no es un lugar. *Umbral*, 4.
- Alonso, J., Pérez, A., Rivero, R., Romero, E. y Riera, C.M. (2004). *Autodesarrollo Comunitario; crítica a las mediaciones sociales recurrentes para la emancipación humana*. Santa Clara: Editorial Samuel Feijoó, UCLV.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2016). *Vigencia de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos* (Reglas Nelson Mandela).
- Baratta, A. (1990). Resocialización o control social. Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado. *Criminología Crítica y sistema penal*. Lima: Comisión Andina de Juristas.

- Barroso, J. L. (2014a). *Bases estructurales para la Resocialización Comunitaria Postpenitenciaria en Cuba* (tesis de doctorado). Universidad de La Habana, La Habana, Cuba.
- Barroso, J. L. (2014b). La perspectiva penal de la Resocialización: su comportamiento histórico en Cuba. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, 2-28. Recuperado de <http://xn--caribe-a9za.eumed.net/resocializacion/>
- Barroso, J. L. (2016). Resocialización de los sancionados. Su dimensión comunitaria. En AA.VV. (eds.), *Criminología* (pp. 380-414). La Habana: Félix Varela.
- Cuesta, J.L. (1982). *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*. San Sebastián: Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa.
- De la Cruz, R. (2001). Control Social y Derecho Penal. *Revista Cubana de Derecho*, (17), 3-24.
- Fernández, J. (2009). *Manual de Derecho Penitenciario*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- García-Pablos, A. (2007). *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- González, M. (2004). *Fundamentos teóricos del control social de la criminalidad. Reflexiones desde la experiencia cubana* (tesis de doctorado). Universidad de La Habana, La Habana, Cuba.
- Granados, C. (1990). Alternativas a la prisión. *Actualidad penal*, (8), 65-86.
- Medina Cuenca, A. (2006). Las penas privativas de libertad y sus alternativas. En AA.VV. (eds.), *La implementación de penas alternativas: experiencia comparada de Cuba y Brasil* (pp. 124-159). La Habana: Reforma Penal Internacional.
- Rincón, M. et al (2009). Terapia ocupacional en el ámbito penitenciario. En Revista TOG, Vol. 6, Supl. 4, pp. 336-352, A Coruña, recuperado de <http://www.revistatog.com/suplemento/num4/penitenciario.pdf>
- Ruidíaz, C. (2008). Notas sobre Concepción Arenal. *REDUR: Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja* (6), 57-67. Recuperado de <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero6/ruidiaz.pdf>
- Simt, S. (2003). Terapia Ocupacional en el mundo penitenciario. *Revista Nacional APETO*. Vol. 33 Diciembre (pp. 10-20).
- Zaffaroni, E. R. (1991). La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo. *Cuadernos de la cárcel*. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio\\_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/7A5F878A39457DEC05258122005EACC0/\\$FILE/THEMIS35.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/7A5F878A39457DEC05258122005EACC0/$FILE/THEMIS35.PDF)
- Zaffaroni, E. R. (1995). Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales. En E.R. Zaffaroni (ed.), *El Derecho Penal hoy* (pp. 115-132). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Zapico, M. (2009). ¿Un derecho fundamental la resincronización social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la Constitución Española. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* .



*Serie Desde la raíz. Fotografía Digital. Silvia Alejandra Cifuentes Manrique*

**Estudios  
de Derecho**  
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD  
DE ANTIOQUIA**

# La paradoja del uso racional de la fuerza. Cárcel colombianas en tiempos de COVID-19\*

*Norberto Hernández Jiménez\*\**

*María Catalina Rodríguez -Borrero\*\*\**

*Valeria Echeverry Rodríguez\*\*\*\**

## Resumen

En este artículo se analiza el uso de la fuerza al interior de los establecimientos de reclusión colombianos. Para esto, se contextualiza la situación carcelaria actual y el efecto que ha tenido la llegada del COVID-19, que desembocó en motines y ameritó la declaratoria de emergencia penitenciaria y carcelaria. Teniendo en cuenta los hallazgos, argumentamos que la racionalidad del castigo y de la fuerza que se emplea en contra de las personas privadas de la libertad, es potente en el texto jurídico pero criticable en la práctica. Las muertes y lesiones de personas privadas de la libertad en la Cárcel La Modelo de la ciudad de Bogotá, en los hechos del 21 de marzo de 2020, deslegitiman las acciones estatales desplegadas en procura de mantener el orden penitenciario y degeneran en una masacre.

**Palabras clave:** motines; uso de la fuerza; emergencia penitenciaria y carcelaria

## The paradox of the rational use of force in Colombian jails in times of covid-19

### Abstract

This article analyzes the use of force in Colombian penitentiaries. It studies the current situation in penitentiaries and the particular effect of the Covid-19 pandemic, which triggered mutinies in some prisons. As a consequence of these mutinies, the government had to declare a state of emergency for the prison system. Our findings let us argue that the rationality of the punishment and the use of force against inmates is appropriate *de jure* but not *de facto*. For example, deaths and injuries suffered by inmates at the La Modelo (Jail in Bogotá), during the mutiny on March 21<sup>st</sup>, 2020, affected the legitimacy of the authorities' actions. Instead of maintaining order in the penitentiary, the result was a massacre.

**Key words:** Mutiny; use of force; emergency in the prison system.

## O paradoxo do uso racional da força: centros penitenciários colombianos em tempos de COVID-19

### Resumo

Nesse artigo se analisa o uso da força no interior dos estabelecimentos carcerários colombianos. Para isto, é contextualizada a situação carcerária atual e o efeito observado com a chegada do COVID-19, que levou a distúrbios e mereceu a declaração de emergência penitenciária e carcerária. Considerando os resultados detectados, argumentamos que a racionalidade do castigo e da força que se empregada contra os detentos, é potente no texto jurídico, mas criticável na prática. As mortes e as lesões dos detentos no Presídio *La Modelo* da cidade de Bogotá, nos fatos acontecidos em 21 de março de 2020, deslegitimam as ações estaduais realizadas na tentativa de manter a ordem penitenciária e causaram um massacre.

**Palavras-chave:** motins; uso da força; emergência penitenciária e carcerária.

---

\* Artículo de investigación. Producto derivado del Semillero en Derecho Penitenciario adscrito al grupo de investigación en Justicia Social, Teoría Jurídica General y Teoría Política de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Colombia.

La información y opiniones expresadas en el presente artículo son completamente personales y no reflejan ni representan la opinión de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). En consecuencia, la publicación del mismo no concierne ni está relacionada con las actividades que la coautora desarrolla dentro de dicha organización.

\*\* Profesor de la Pontificia Universidad Javeriana, Colombia. Tutor del Semillero en Derecho Penitenciario. Correo electrónico: norbertohernandezj@javeriana.edu.co. ORCID: 0000-0002-5074-5049

\*\*\* Estudiante de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Colombia. Miembro del Semillero en Derecho Penitenciario. Correo electrónico: rodriguezm\_a@javeriana.edu.co ORCID: 0000-0002-7563-5102

\*\*\*\* Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, Colombia. Coordinadora del Semillero en Derecho Penitenciario. Correo electrónico: valeria.echeverry@javeriana.edu.co. ORCID: 0000-0002-7422-9188

Cómo citar este artículo: Hernández Jiménez, N.; Rodríguez Borrero, M. C. y Rodríguez Echeverry, V. (2021). La paradoja del uso racional de la fuerza. Cárcel colombianas en tiempos de COVID-19. *Estudios de Derecho*, 78 (171) 271-296

Doi: 10.17533/udea.esde.v78n171a11

Fecha de recepción: 15/07/2020 Fecha de aceptación: 07/10/2020



## La paradoja del uso racional de la fuerza. Cárcel es colombianas en tiempos de COVID-19

### Introducción y horizonte metodológico

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la situación causada por la enfermedad COVID-19 como pandemia (*El Tiempo*, 2020a). La repercusión de esta situación en el contexto nacional se ve reflejada -desde el ámbito normativo- en la declaratoria de la emergencia sanitaria, Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, del Ministerio de Salud y el estado de emergencia económica, social y ecológica, Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, de la Presidencia de la República, declarado exequible mediante Sentencia C-145 de 2020. Posteriormente, la Presidencia de la República expidió el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020 que volvió a declarar el estado de excepción hasta el 6 de junio de 2020 (declarado exequible mediante Sentencia C-307 de 2020).

Una de las consecuencias de esta situación fue obligar al Estado y a la comunidad en general, a dirigir la mirada hacia el mundo ignorado de la privación de la libertad<sup>1</sup>, reactivándose así la alarma por las condiciones dentro de los centros de reclusión y la insuficiencia de los mismos para manejar una emergencia de salud pública que puede, potencialmente, poner en riesgo la vida de los reclusos, debido a que los centros de reclusión del país no cuentan con los servicios médicos suficientes para enfrentarla<sup>2</sup>.

1 “Los prisioneros son personas en quienes la mayoría de nosotros preferiría no pensar. Desterrados de la vista cotidiana, existen en un mundo de sombras que solo entra débilmente en nuestra conciencia. Son miembros de una “institución total” que controla su existencia diaria de una manera que pocos de nosotros podemos imaginar” (N. del T.) (Elsner, 2004, p. 16).

2 Un informe elaborado por la Defensoría del Pueblo en el año 2005 establecía que: “Los informes de las visitas practicadas a diferentes establecimientos penitenciarios y carcelarios por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo señalan, de manera coincidente, que en esos centros se puede observar, entre otras falencias, insuficiencia de personal médico y de enfermería, carencia de atención nocturna, fallas en el suministro de medicinas, ausencia de atención médica especializada y carencia de instalaciones adecuadas para la prestación de servicios de salud” (Defensoría del Pueblo, 2005, p. 17). Adicionalmente, en un estudio de la Contraloría General de la República, se determinó que en el año 2017 se interpusieron 11.131 tutelas y más de 10.500 derechos de petición provenientes de la población privada de la libertad mediante los cuales se reclamaba la prestación de algún servicio médico (*El Tiempo*, 2018). A

Ahora bien, para el 21 de marzo de 2020 se contabilizaban 196 casos de contagio en el país (*El Tiempo*, 2020c). Esta situación desató protestas (motines) en 13 establecimientos de reclusión, motivadas por la precariedad de las condiciones dentro de los centros penitenciarios y carcelarios, en especial, el hecho de que las áreas de sanidad de estos no cuentan con el personal ni los elementos necesarios para prevenir y mitigar el riesgo de contagio entre los reclusos<sup>3</sup>. A este respecto y teniendo en cuenta que la enfermedad COVID-19 causa una afección respiratoria grave, vale la pena resaltar que, de conformidad con un informe elaborado por la Defensoría del Pueblo en el 2005, “[...] las enfermedades más comunes entre la población recluida son las infecciones respiratorias, que se sufren de manera permanente” (Defensoría del Pueblo, 2005, p. 14) <sup>4</sup>.

Para enfrentar las protestas al interior de estas *organizaciones coercitivas*, en donde el uso de la fuerza o la amenaza de su uso suelen ser empleados (Griffin, 1999, p. 1), las autoridades desplegaron no solo a los guardias del Instituto Penitenciario y Carcelario (INPEC), sino además, al Escuadrón Móvil Antidisturbios (ESMAD) de la Policía Nacional. Cabe mencionar que este cuerpo antimotines ha sido objeto de debate en el país por los métodos empleados, convirtiéndose en una problemática contemporánea en el ámbito del control y la seguridad colombiana<sup>5</sup>. Los enfrentamientos entre las personas privadas de la libertad y dichos cuerpos dejaron 24 muertos (Centro de Estudios de Droga y Derecho [CEDD] y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad [Dejusticia], 2020, p. 19) y casi

---

su vez, en el informe “Indicadores de Derechos Humanos en el Sistema Penitenciario y Carcelario” se concluye que la situación de goce de servicios de salud en la población privada de libertad es alarmante y urgente (Ministerio de Justicia y del Derecho, Corporación Alemana para la Cooperación Internacional -GIZ-, 2017).

- 3 Frente a esta situación, es importante mencionar que también se registraron motines en varios países de la región. *Cfr.* Sociedad de Criminología Latinoamericana (SOCLA) y Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia CELIV (2020, pp. 9-10).
- 4 “Desde la ONG Dejusticia creen que el temor de los presos es justificado. ‘Ha habido brotes de tuberculosis y otras enfermedades respiratorias altamente contagiosas. Esto ha hecho que la población carcelaria tenga un miedo muy grande frente a la llegada del coronavirus’, apuntó Juan Sebastián Hernández, investigador de la línea de sistemas judiciales de Dejusticia” (DW, 2020).
- 5 Tras la muerte de Dilan Cruz el 25 de noviembre de 2019, un joven que hacía parte de las protestas enmarcadas en el Paro Nacional, se publicaron una serie de investigaciones sobre el abuso de la fuerza por parte de los miembros del ESMAD, lo que ha ocasionado, hasta el momento, la muerte de por lo menos 34 personas (CeroSiete, 2019). Mediante sentencia de tutela del 22 de septiembre de 2020 (STC7641-2020, Radicación n.º 11001-22-03-000-2019-02527-02, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona), la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia analiza, entre otros, el caso de Dilan Cruz (fundamento 5.2.8.1.1.4.), advirtiendo que no era necesario ni proporcional “utilizar el arma larga para disuadir o evitar una antijuricidad de carácter relevante, irremediable, inminente e impostergable para salvaguardar un bien jurídicamente tutelado haciendo uso de ese instrumento para herir al ciudadano” y en varios apartados se recrimina el “actuar impulsivo” del ESMAD. En la investigación titulada: “Monitor del Uso de la Fuerza Letal en América Latina: Un estudio comparativo de Brasil, Colombia, El Salvador, México y Venezuela” se hace un análisis sobre el abuso en el control de la movilización y la protesta por parte del ESMAD, advirtiendo la utilización de armamento no letal, que ha causado varias muertes (Monitor Fuerza Letal, 2019, pp. 51-56).

un centenar de heridos (entre ellos 11 guardias), solo en la cárcel y penitenciaría de media seguridad de Bogotá “La Modelo” (CPMS La Modelo).

En virtud de lo anterior, el 22 de marzo del 2020 se declaró la emergencia carcelaria en el país<sup>7</sup>. Es importante anticipar que esta declaratoria no resuelve el problema penitenciario y contiene un reducido alcance frente a aspectos administrativos, dentro de los cuales se encuentra la facultad de hacer uso racional de los medios extraordinarios de coerción y el reclamo del apoyo de la Fuerza Pública para garantizar el orden dentro de las penitenciarías y centros de reclusión del país. Por su parte, el Gobierno Nacional expidió el Decreto legislativo 546 del 14 de abril de 2020, declarado exequible mediante la sentencia C-255 de 2020, que adopta medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia, a favor personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19. Las restricciones que consagra esta norma jurídica tampoco permiten una apertura significativa como válvula de escape del sistema penitenciario y carcelario colombiano, al punto que para la fecha solo se han beneficiado 945 personas, cuya representatividad es baja frente a la totalidad de la población privada de la libertad. De esta manera se puede afirmar que las críticas<sup>8</sup> formuladas en contra de este decreto legislativo fueron acertadas. Eso sí, resulta más alentadora la actividad ejercida por los jueces de ejecución de penas en aplicación de las medidas ordinarias, que han liberado a 14.514 personas y le han sustituido la pena intramural por domiciliaria (artículo 38 del Código Penal) a 11.680 personas.

---

6 Una infografía sobre la situación presentada el 21 de marzo de 2020 en este establecimiento de reclusión en *Cero-setenta* (2020b).

7 Dentro de este contexto, la Corte Constitucional mediante Auto fechado 24 de marzo de 2020, solicita a algunos de los actores del sistema penitenciario y carcelario, que le brinden información sobre las medidas implementadas para disminuir el riesgo de contagio de COVID-19, así como de las estrategias para mitigar sus efectos en los establecimientos de reclusión en el país. Con posterioridad, mediante Auto 157 del 6 de mayo 2020, se adoptan medidas relacionadas con la situación de la Cárcel de Villavicencio, una de las más afectadas por la crisis sanitaria, contando con aspectos positivos como la priorización del comportamiento intramuros frente la valoración de la conducta para la concesión de la libertad condicional y la valoración médica para la prisión intrahospitalaria por parte del personal médico penitenciario y carcelario. Con el objetivo de recaudar más información, el 3 de junio de 2020 se emitió otro auto.

8 *Cfr.* <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/31392>

Gráfico n.º 1. Hacinamiento carcelario



**Fuente:** Boletín del 24 de agosto de 2020. Reporte operacionalización del Decreto 546 de 2020. SISIPEC.

Así, el presente documento hace una historiografía del tiempo presente (Fazio, 1998), utilizando la prensa como fuente documental (Acevedo y Villabona, 2020; Hernández, 2017)<sup>9</sup>, con el objetivo de documentar los acontecimientos acaecidos el 21 de marzo de 2020<sup>10</sup> y de esta forma, poder responder a la siguiente pregunta de investigación: *¿Qué tan racional es el uso de la fuerza al interior de los establecimientos de reclusión en tiempos de COVID-19?* Igualmente, se estudian las implicaciones de la declaratoria de emergencia carcelaria en el país, enfocados en las facultades con que cuenta el director del INPEC para hacer uso racional de fuerza, para lo cual se recaudaron los principales actos administrativos expedidos con posterioridad al 22 de marzo de 2020. Para describir el contexto carcelario, desde una perspectiva cuantitativa, se recolectaron las estadísticas oficiales en torno al hacinamiento y los contagios del COVID-19 al interior de los establecimientos de reclusión.

La estrategia metodológica se completó con una revisión bibliográfica acerca de la evolución de la pena privativa de la libertad (Hernández, 2018, pp. 39-46) y los parámetros de racionalización del castigo<sup>11</sup> (Umaña y Cordero, 2019). Todo esto con

- 
- 9 Al respecto, advierte Larrauri (2015), que las noticias aparecidas en los medios de comunicación, entre otras fuentes, brindan información abundante para las investigaciones criminológicas, en aplicación del método cualitativo de análisis documental (p. 48).
- 10 Para la fecha de elaboración de este artículo, la situación de cuarentena imposibilitó el trabajo de campo, sumado a las restricciones de ingreso a los establecimientos de reclusión en virtud de la pandemia, para recaudar información *in situ*. Asimismo, debe advertirse que actualmente se vienen adelantando investigaciones por los organismos de control del Estado, cuya información no se encuentra disponible.
- 11 “(...) el castigo se ha convertido, por lo menos hasta cierto punto, en una forma racionalizada de práctica social” (Garland, 1999, p. 212). Esto se opone al pensamiento de Durkheim que considera que “el castigo moderno sigue siendo un asunto irracional, emocional y especialmente punitivo” (Garland, 1999, p. 224).

la finalidad de determinar la coherencia entre los procedimientos y el respeto de los derechos humanos radicados en cabeza de la población privada de la libertad.

## I. Situación carcelaria en tiempos del COVID-19

Durante décadas se ha hablado en Colombia sobre la crisis<sup>12</sup> que atraviesa el sistema carcelario (Hernández, 2018, p. 19; Iturralde, 2011, p. 112), la cual se debe, en gran medida, a las inhumanas condiciones dentro de los centros penitenciarios del país, como consecuencia del hacinamiento, que es una característica transversal en la mayoría de los sistemas penitenciarios del mundo (Grujić & Milić, 2016, p. 286). No obstante, hasta el momento, el Estado ha fallado en tomar medidas que sean realmente efectivas para mejorar dicha situación.

La Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional<sup>13</sup> en el sistema penitenciario y carcelario (ECI carcelario). Las Sentencias T-153 de 1998, T-388 de 2013 y T-762 de 2015<sup>14</sup> contienen pronunciamientos concretos mediante los cuales se insta a distintas entidades públicas a actuar dentro de su competencia para evitar la vulneración de los derechos fundamentales de los reclusos.

De hecho, en la Sentencia T-388 de 2013 se hace hincapié en que dentro de los centros de reclusión la violación de derechos fundamentales es atroz y que la población privada de la libertad debe considerarse como personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad manifiesta<sup>15</sup>, debido a que están recluidas en un lugar que se encuentra en un estado contrario a lo que consagra la Constitución<sup>16</sup>, ya que la sobrepoblación conlleva una mayor dificultad para garantizar condiciones de reclusión dignas, entre las cuales se encuentra la prestación adecuada del servicio de salud<sup>17</sup>. Este ambiente es propicio para la propagación de infecciones

12 El término traspasa el ámbito local, con miras a describir la institución carcelaria en otros contextos. Véase: Matthews (2003, pp. 317 y 334).

13 Esta figura es de origen jurisprudencial y parte del reconocimiento de una situación en la que se presenta una violación masiva de derechos que merece la especial atención de los poderes públicos para proteger derechos fundamentales que se ven amenazados (Quintero, Navarro y Meza, 2011).

14 Las referencias que dentro de este texto se hagan a las providencias precedidas por los literales C- y T- corresponden a sentencias de constitucionalidad y de tutela, respectivamente, proferidas por la Corte Constitucional, organismo perteneciente a la Rama Judicial del Poder Público en Colombia, Corporación a la que el constituyente primario le confió la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución Política.

15 “(...) El nivel y grado tan atroz de violación de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, así como la cantidad y variedad de violaciones. Se trata de personas en situación de vulnerabilidad manifiesta, dada la relación de especial sujeción que supone estar preso, aparte del estado de cosas contrario a la Constitución en que se encuentra el Sistema carcelario, que amplifica las violaciones y amenazas” (Sentencia T-388 de 2013).

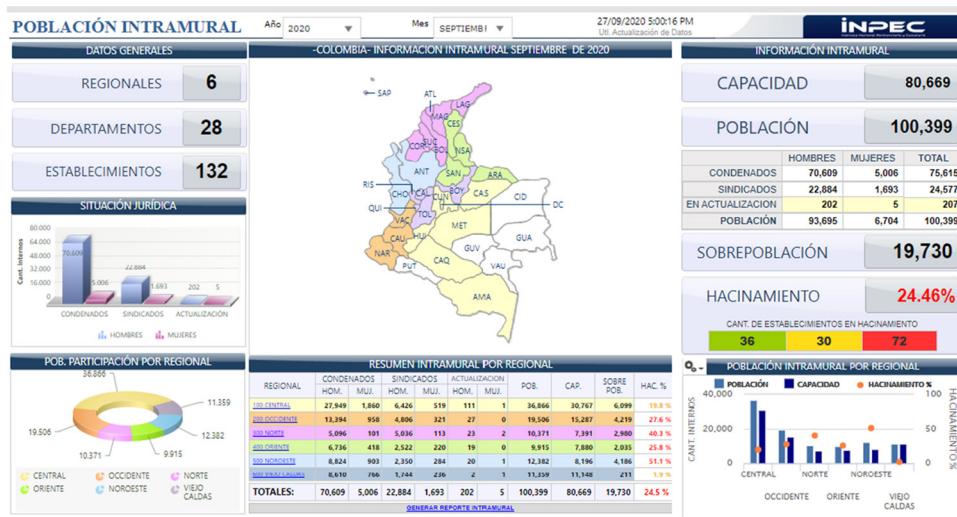
16 Una crítica a la manera como la Corte Constitucional ha abordado esta problemática, en Escobar (2018).

17 Desde la Sentencia T-606/98 se había declarado el estado de cosas inconstitucional respecto a la salud, asistencia médica y suministro de medicamentos para la población reclusa. Dentro de los ejes temáticos definidos por la Corte

letales, resaltando la literatura, entre otras, la tuberculosis, la neumonía y las enfermedades parasitarias (Limoncelli, Mellow & Na, 2020, p. 11).

Frente al hacinamiento carcelario, entendido como la diferencia existente entre el número de plazas o cupos y el número de internos (Hernández, 2018, p. 89), se evidencian los siguientes datos en la actualidad, estos corresponden al índice más bajo desde el año 2011 (López, 2020), respecto de los establecimientos penitenciarios y carcelarios administrados por el INPEC:

Gráfico n.º 2. Hacinamiento carcelario



Empero, la existencia de esta circunstancia aumenta el riesgo al que están expuestas las personas privadas de la libertad frente al Coronavirus, puesto que, al tratarse de un virus altamente contagioso (Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades (CDC) 2020), el hacinamiento carcelario presupone una mayor posibilidad de contagio entre los internos, al no permitir la realización de actividades de prevención (Uprimny, 2020). A lo anterior debemos sumarle que los centros de reclusión en Colombia no cuentan con el personal médico suficiente para atender a las personas privadas de la libertad en condiciones normales, mucho menos lo será durante una pandemia. Según información de la ONG Temblores, el INPEC cuenta solamente con 512 enfermeros y auxiliares de enfermería para atender a los reclusos de todo el país y hay por lo menos 5 centros de reclusión que no tienen ni un solo profesional de la salud (Morales, 2020).

Para mostrar esta problemática en cifras, a continuación, se relacionan los establecimientos de reclusión que tenían confirmados casos positivos de COVID-19 para junio de 2020, así como los fallecimientos de la población privada de la libertad por esta enfermedad.

**Tabla 1 .** Establecimientos de reclusión con casos positivos de COVID-19

No.	ERON	Confirmados			Fallecidos			Total	%	UBICACIÓN			
		99,71%			0,29%								
		Hombr	Mujer	Subtotal	Hombr	Mujer	Subtotal						
1	Leticia EPMSC	4	0	4	1	0	1	5	2,98%	ERON Pabellón Especial, (01) Defunción en Domiciliaria			
2	COBOG Bogotá (Picota)	10	0	10	0	0	0	10	0,12%	ERON Pabellón Especial			
3	EP Florencia Las Heliconias	1	0	1	0	0	0	1	0,07%	ERON (UTE).			
4	EP Guaduas La Esperanza	1	0	1	0	0	0	1	0,04%	ERON Pabellón Especial			
5	CPMS Espinal	1	0	1	0	0	0	1	0,11%	ERON Pabellón Especial			
6	EPMSC Villavicencio	780	0	780	2	0	2	782	49,78%	Pabellón Especial incluye (02) Defunciones.			
7	EPMSC Tumaco	81	1	82	0	0	0	82	16,27%	ERON Pabellón Especial			
8	EPMSC Cali	270	0	270	1	0	1	271	5,08%	ERON Pabellón Especial (01) Defunción, (05) Hospital UCI			
9	CMSBA Barranquilla	1	0	1	0	0	0	1	0,11%	ERON Pabellón Especial			
10	EPMSC Cartagena	499	0	499	1	0	1	500	21,67%	Pabellón Especial ERON incluye (01) Defunción			
11	EPMSC Santa Marta	1	0	1	0	0	0	1	0,08%	Pabellón Especial ERON incluye			
12	EPMSC Barranquilla	28	0	28	0	0	0	28	1,91%	ERON Pabellón Especial			
13	EPMSC Quibdo	9	4	13	0	0	0	13	2,13%	ERON Pabellón Especial, (01) Hospitalizado			
		<b>Subtotal</b>	<b>1.686</b>	<b>5</b>	<b>1.691</b>	<b>5</b>	<b>0</b>	<b>5</b>	<b>1.696</b>	<b>1,54%</b>			
		<b>Total</b>	<b>1.691</b>			<b>5</b>			El presente reporte tiene corte a 05:00 horas. La Directora de Atención y tratamiento, funcionaria responsable de la información, realizó el último reporte a las 20:55 horas del día 12/06/2020.				
		<b>GranTotal</b>	<b>1.696</b>										

**Fuente:** Ministerio de Justicia (2020a, anexo 11, p. 1).

Según lo informado por el Ministerio de Justicia (2020a, p. 75 y anexo 11, p. 1), para el 13 de junio de 2020 se registraban 1.777 casos confirmados activos de

de los países de la región. En resumen, un desafío humanitario y sanitario de grandes proporciones para los sistemas penitenciarios de los países en desarrollo" (SOCLA y CELIV, 2020, p. 4).

COVID-19 (1.696 personas privadas de la libertad y 81 funcionarios del INPEC) y 5 muertes; a esta última cifra -en concepto de un sector de la academia-, debería sumársele las muertes acaecidas en la CPMS La Modelo como consecuencia de los motines ocurridos el 21 de marzo de 2020 (Hernández, 2020, p. 182).

## II. Estado de emergencia penitenciaria y carcelaria

El estado de emergencia penitenciaria y carcelaria es una medida que faculta al director del INPEC para realizar ciertos procedimientos, como disponer del traslado<sup>19</sup> y aislamiento de los internos, hacer uso racional de los medios extraordinarios de coerción y el reclamo del apoyo de la Fuerza Pública, suspender o reemplazar personal penitenciario (siempre y cuando se encuentre comprometida su participación en los hechos que alteran el orden y la seguridad de los establecimientos de reclusión), hacer traslados presupuestales y contratación directa de las obras y servicios necesarios para conjurar la emergencia, previo concepto del Consejo Directivo del Instituto, entre otros.

En este punto y con miras a hacer claridad, es importante diferenciar que una cosa es el estado de excepción (Decreto 417 y 617 de 2020) y otra el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria (Resolución 001144 de 2020), habilitando el primero, el uso de ciertas facultades legislativas extraordinarias radicadas en cabeza del Presidente de la República (por ejemplo, la expedición del Decreto 546 de 2020) y el segundo, facultades administrativas por parte del director del INPEC<sup>20</sup>, como se ve reflejado en las medidas relacionadas en la tabla n.º 2.

De acuerdo con el artículo 168 del Código Penitenciario y Carcelario (CPC), modificado por el artículo 92 de la Ley 1709 del 2014, se podrá decretar el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria por cuatro causales<sup>21</sup>. Así las cosas, y tras

19 Mediante oficio 20201E0047778 del 12 de marzo de 2020, el Director de Custodia y Vigilancia del INPEC comunica que la Dirección General suspendió los traslados de la población privada de la libertad.

20 "El estado de emergencia penitenciaria y carcelaria no implica que el Ejecutivo asuma funciones legislativas pues, a través de la precitada figura sólo se están actualizando las restricciones anexas a la suspensión del derecho a la libertad física, precisamente ya determinadas por el propio legislador al regular el régimen penitenciario y carcelario y fijar los propios límites del mencionado estado de emergencia. En ese orden de ideas, el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria es una manifestación de potestad administrativa, pues solamente es un procedimiento que permite abreviar y conferir mayor agilidad a ciertos trámites, en relación con las situaciones de normalidad, en virtud de la crisis de seguridad y de orden sanitario a la cual se enfrentan las autoridades carcelarias y penitenciarias. Este estado de emergencia se asimila entonces a otras figuras administrativas, como la llamada contratación estatal por urgencia manifiesta, en las cuales la ley hace más expeditos ciertos procedimientos y tomas de decisión, por las situaciones de urgencia que enfrenta la administración, sin que por ello pueda decirse que se trata de uno de los estados de excepción regulados por la Carta, puesto que el Ejecutivo sigue estrictamente sometido a la ley y no se convierte en legislador excepcional" (Sentencia C-318 de 1995).

21 (i) Cuando ocurran situaciones que puedan provocar una amenaza al orden y la seguridad penitenciaria; (ii) cuando surjan circunstancias graves de salud, sanitarias, que el estado higiénico del lugar no permita la convivencia o la

observar los escenarios en los que es posible declarar una emergencia carcelaria, parece evidente que dicha declaratoria debió mantenerse vigente por lo menos desde la declaratoria de ECI carcelario en el año 1998 y sin solución de continuidad, con el objetivo de tomar las medidas necesarias para evitar vulneraciones a los derechos de las personas privadas de la libertad, dado que las circunstancias en las cuales se encuentran recluidas desde hace más de dos décadas conllevan violaciones a sus derechos humanos y fundamentales.

En este sentido, en el año 1998 (Resolución 313) se declaró estado de emergencia penitenciaria y carcelaria (Sampedro, 1998, p. 110) y en el pasado cercano se hizo lo propio mediante las Resoluciones 1505 del 31 de mayo de 2013 (vigente hasta el 31 de diciembre de 2013) y 2390 del 10 de mayo de 2016 (con una vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2016, misma que fue prorrogada por la Resolución 6401 del 21 de diciembre de 2016, quedando vigente hasta el 30 de junio de 2017). No obstante, y a pesar de la permanente configuración de las condiciones que habilitan esta declaratoria, la figura es inaplicada y en el interregno de su aplicación, ha resultado ineficaz.

Es importante enfatizar que uno de los mayores problemas existentes en la actualidad en materia carcelaria son las deficientes condiciones de higiene, así como la ausencia de la prestación del servicio de salud en condiciones idóneas (artículo 168-2 CPC). Esto, sumado al índice de hacinamiento que alcanza el 24.46 % en los establecimientos penitenciarios y carcelarios administrados por el INPEC<sup>22</sup> (artículo 168-3 CPC), implica que el virus puede contagiarse a mayor

---

ocurrencia de una calamidad pública; (iii) cuando el nivel de ocupación interfiera con los derechos fundamentales de la persona privada de la libertad y (iv) cuando se ponga en riesgo el funcionamiento del sistema o se amenacen derechos fundamentales por no prestarse servicios esenciales.

22 Es importante advertir que las estadísticas del INPEC no contabilizan la situación en los centros de reclusión transitorios (Estaciones de Policía y Unidades de Reacción Inmediata), lo que puede influir en la percepción de reducción del hacinamiento (López, 2020), como consecuencia de la omisión en la sumatoria de estos datos. En este sentido, para el 9 de junio de 2020, se registraban 11.980 personas privadas de la libertad en estos centros de reclusión transitorios, lo cual muestra un incremento de 2.761 personas en los últimos 3 meses (Ministerio de Justicia, 2020a, p. 109). Adicionalmente, en respuesta a los autos del 19 de junio y 3 de julio de 2020 proferidos por la Corte Constitucional, en relación con el control automático de constitucionalidad frente al Decreto 804 de 2020, el Ministerio de Justicia (2020b), señala que: “4.1.2. A partir de los datos descritos se tiene el siguiente resultado final: en todo el país, las salas de la Policía Nacional suman un total de 1123, con una capacidad para albergar a 4825 personas, pero con una ocupación que, para la fecha del informe, ascendía a 10844 personas recluidas. De ellas, 1382 tienen calidad de condenados y 9462 tienen calidad de sindicados, donde 10402 pertenecen al género masculino, 430 pertenecen al género femenino y 12 son Lgtb. **Esto arroja una cifra de 6019 personas adicionales y un índice de hacinamiento del 124,75%**” (p. 12) (Resaltado fuera del texto), y más adelante “6.1.6. De esa manera, los centros de detención transitoria, especialmente las salas de las estaciones de policía, vienen afrontando condiciones de hacinamiento que dificultan mantener espacios de higiene y saneamiento para las personas privadas de la libertad que se encuentran detenidas en ellos” (Ministerio de Justicia, 2020b, p. 17). Incluso, otras fuentes señalan un hacinamiento del 153 % en estos lugares (*El Tiempo*, 2020b). Es decir, el hacinamiento carcelario y sus efectos en contra de la población privada de la libertad, se disminuyó en los establecimientos penitenciarios y carcelarios, trasladando esta carga a los centros de reclusión transitorios.

velocidad y explica que los reclusos se sientan más desprotegidos y vulnerables por este motivo y exijan una mayor protección.

Ahora bien, aunque las facultades del director general del INPEC -con base en la declaratoria de emergencia penitenciaria y carcelaria-, le permiten hacer uso racional de los medios extraordinarios de coerción y el reclamo del apoyo de la Fuerza Pública, en los hechos acaecidos el 21 de marzo de 2020 se hizo efectivo el apoyo de la Fuerza Pública sin la existencia de dicha declaratoria, lo que en todo caso encuentra sustento normativo en los artículos 31 y 32 del CPC. En consecuencia, se deberá analizar la racionalidad de los medios empleados contra la población privada de la libertad y la participación de la Fuerza Pública acorde con los parámetros de la legalidad y el respeto de los derechos humanos.

Dentro de las medidas adoptadas por el director del INPEC con base en la actual emergencia penitenciaria y carcelaria, encontramos, entre otras, las siguientes:

**Tabla 2 .** Medidas adoptadas con base en la Resolución 001144 de 2020

Acto administrativo	Contenido
Resolución 01274 (25-03-20)	Urgencia manifiesta (traslados presupuestales y contratación directa de bienes, servicios y obras para conjurar la emergencia).
Circular 00005 (17-03-20)	Medidas para la contención del COVID-19 en los servidores penitenciarios y contratistas.
Circular 00007 (20-03-20)	Medidas preventivas de seguridad - Aislamiento de personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia.
Circular 00008 (26-03-20)	Uso de la fuerza.
Circular 00009 (28-03-20)	Acciones de monitoreo en derechos humanos.
Circular 00012 (01-04-20)	Términos para respuesta al derecho de petición conforme el Decreto 491 de 2020.
Circular 00017 (08-04-20)	Visitas virtuales familiares e instrucciones para la implementación de estrategias que faciliten el contacto familiar de la población privada de la libertad durante el estado de emergencia sanitaria.
Circular 00018 (14-04-20)	Continuación de medidas de aislamiento obligatorio a partir del 13 de abril de 2020.
Circular 00019 (16-04-20)	Aplicación de lineamientos para control, prevención y manejo de casos por COVID-19 para la población privada de la libertad en Colombia.

**Fuente:** Elaboración propia.

Como se puede observar en la tabla n.º 2, las medidas adoptadas por el INPEC son de tipo operativo, siendo importante para los efectos de este trabajo

la Circular 00008. Con relación a esta, en el siguiente apartado analizaremos el uso de la fuerza con anterioridad a la declaratoria de emergencia penitenciaria y carcelaria -a propósito de los hechos acaecidos el 21 de marzo de 2020-, así como la situación después de esta fecha.

### III. El uso de la fuerza en el marco del ECI carcelario

En Colombia, la Corte Constitucional ha puesto de presente la especial condición de vulnerabilidad de las personas privadas de la libertad (relación especial de sujeción)<sup>23</sup>; sin embargo, el hecho de que la Fuerza Pública reaccione de forma represiva en caso de que existan protestas como las que tuvieron lugar, que tenían como fin exigir una estrategia de prevención por parte del Estado que protegiera a las personas privadas de la libertad del riesgo causado por el coronavirus, es bastante preocupante, pues se genera un escenario propicio para que tenga lugar la vulneración de los derechos de los reclusos, especialmente el derecho a la integridad personal e incluso el derecho a la vida<sup>24</sup>. En el ámbito internacional, encontramos que la Suprema Corte de los Estados Unidos (caso *Hudson vs. McMillian*), estableció que el uso de fuerza física excesiva contra un prisionero constituye un castigo cruel e inusual, incluso cuando el preso no presenta lesiones graves (Aramburu, 2013).

Recordemos que la privación de la libertad suspende el derecho de locomoción del sujeto, pero derechos como la vida y la integridad personal permanecen intocables (Hernández, 2019, p. 161). Por lo anterior, el riesgo causado como consecuencia de la pandemia debe ser mitigado por parte de las autoridades con

23 En la Sentencia T-596 de 1992 la Corte Constitucional se refirió a los internos como personas en especial situación de sujeción respecto de la administración. Posteriormente, dicha Corporación profundizó este concepto, afirmando que [...] la relación de sometimiento que mantienen con el Estado no les quita su calidad de sujetos activos de derechos y si bien, en razón de su comportamiento 'antisocial anterior' tienen algunas de sus garantías suspendidas, como la libertad, [...] gozan del ejercicio de presupuestos fundamentales básicos en forma plena, como la vida, la salud, la integridad física y la dignidad humana" (Sentencia T-143 de 2017).

24 La Corte Constitucional se ha referido en su jurisprudencia al uso de la fuerza por parte del Estado, haciendo hincapié en que este debe ser siempre regido por los parámetros de estricta excepcionalidad y proporcionalidad. Así, [...] la actividad armada del Estado será compatible con la Constitución, sólo cuando [...] (iii) se ejerce de manera imperiosa, esto es, cuando no exista ninguna otra medida disuasoria que permita el cumplimiento de las normas legales y, del mismo modo, se trate de un escenario donde resulte jurídicamente admisible el uso de la fuerza; y (iv) dicho uso cumpla con criterios de proporcionalidad, también en sentido estricto, lo que implica que solamente pueda llevarse a cabo en la medida absolutamente necesaria para confrontar la amenaza a bienes constitucionales de la más alta entidad" (Sentencia C-082 de 2018). En el mismo sentido, la sentencia de tutela del 22 de septiembre de 2020 (STC7641-2020, Radicación n.º 11001-22-03-000-2019-02527-02, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona) señala: "El uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades. Así las cosas, es imprescindible que los miembros de la fuerza pública conozcan las disposiciones normativas que permiten el uso de las armas letales y no letales, y que tengan el entrenamiento adecuado para que en el evento en que deban decidir acerca de su uso posean los elementos de juicio para hacerlo".

miras a evitar una masacre de la población privada de la libertad. Así, resulta entendible la reacción de los reclusos por el temor que genera una situación de potencial riesgo sobre sus vidas. Insistimos que el hacinamiento de los establecimientos de reclusión nacionales propicia la violencia (Sentencia T-153 de 1998) y en la coyuntura actual, incrementa la gravedad de la pandemia.

En virtud del estado de emergencia penitenciaria y carcelaria, el 26 de marzo de 2020, mediante Circular 000008 (INPEC) se recordaron las instrucciones adoptadas sobre el uso de la fuerza [Resolución 00192 de 2018 (INPEC)], en concordancia con el artículo 49 del CPC, las cuales consisten en (i) el uso de la fuerza como último recurso y en caso de que sea estrictamente necesario; (ii) el nivel de intervención debe ser proporcional al nivel de resistencia; (iii) utilización de elementos autorizados que cumplan con las especificaciones técnicas dadas por el INPEC; (iv) el uso excepcional y diferenciado de las armas de fuego solo opera en defensa propia o de otras personas<sup>25</sup>, incluyendo el peligro de fuga; (v) el uso de la fuerza debe quedar documentado; (vi) responsabilidad de instrucción, ejecución y denuncia respecto al uso indebido de la fuerza, por parte del cuadro de mando y (vii) investigaciones penales y disciplinarias frente al uso indebido de la fuerza.

En lo que atañe al peligro de fuga y las instrucciones adoptadas mediante el acto administrativo del 2018 por parte del INPEC, consideramos necesario analizar el contexto en el que se da el intento de escape, ya que, si con esta actuación no se verifica una amenaza real o inminente para otra vida, resulta injustificado el uso de la fuerza potencialmente letal (Silva y Padilla, 2019, p. 66). De esta manera, la justificación del Ministerio de Justicia sobre el *“plan criminal de fugas”* que ameritó el uso de armas de fuego (BBC, 2020), no puede ser aceptada automáticamente, por lo que merece un análisis detallado para determinar si el pretendido peligro de fuga amenazó la vida de los guardias, de otros reclusos o de terceros.

Además, se debe tener en cuenta que, en el marco de los niveles del modelo de uso de la fuerza, se debe analizar la percepción de la conducta de la persona con la que se interactúa, valorando el riesgo y la amenaza (INPEC, 2019)<sup>26</sup>. En todos los niveles se deben utilizar técnicas verbales, a las que se van acumulando técnicas de control y de defensa, como se observa en la Tabla n.º 3:

25 Contra un peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entraña una seria amenaza para la vida e integridad personal.

26 Insistimos, el uso de la fuerza en los establecimientos de reclusión se debe activar [...] sólo en circunstancias extremas, cuando hayan fracasado todas las demás intervenciones, individuales o colectivas, podrá estar justificado el uso de la fuerza como método legítimo para restaurar el orden. Debe ser absolutamente el último recurso. Dado que las prisiones son comunidades cerradas en las que puede producirse fácilmente un abuso de autoridad en tales circunstancias, debe existir una serie de procedimientos específicos y transparentes para el uso de la fuerza” (Coyle, 2002, p. 60).

**Tabla 3 . Niveles del modelo de uso de la fuerza**

<b>Nivel</b>	<b>Percepción de la conducta</b>	<b>Respuesta razonable</b>
Primer nivel	Acatamiento de las órdenes	Técnicas verbales de negociación y persuasión.
Segundo nivel	Resistencia pasiva	Desplazamiento de la persona privada de la libertad hacia un lugar seguro, para lo cual se pueden emplear herramientas de control físico como el bastón de mando, de manera preventiva.
Tercer nivel	Resistencia física activa	Técnicas de control físico como la inmovilización. Uso de medios coercitivos y elementos de protección.
Cuarto nivel	Agresión no letal	Técnicas de defensa y utilización de tonfa, restricciones, agente químico y/o aspersor de gas y equipo control antidisturbios.
Quinto nivel	Agresión potencialmente letal	Técnicas de defensa potencialmente letal (uso de armas de fuego).

**Fuente:** Elaboración propia con base en INPEC (2019).

Frente a los hechos ocurridos el 21 de marzo de 2020 en la CPMS La Modelo, algunas organizaciones han denunciado que tanto el INPEC como la Policía Nacional hicieron uso excesivo de la fuerza (Asociación Minga, 2020). Además, la Procuraduría General de la Nación abrió indagación preliminar para establecer responsabilidades en los hechos que llevaron a la retoma del establecimiento de reclusión (Pulzo, 2020) y, del mismo modo, la Fiscalía General de la Nación asignó un fiscal de Derechos Humanos para que se determinen las responsabilidades a que haya lugar en torno a esos hechos (Fiscalía General de la Nación, 2020)<sup>27</sup>.

27 Aunque inicialmente la Fiscalía había señalado que el motín había sido orquestado por un disidente de las FARC-EP y un integrante del ELN, es importante tener en cuenta que en el CPMS La Modelo solo hay dos sindicados por hacer parte del ELN y los integrantes de las FARC están en el proceso ante la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), a lo que se suma que la mayoría de los heridos corresponden a los patios en los que está alojada la población privada de la libertad por delitos comunes (*CeroSetenta*, 2020a). En la primera parte de la infografía de *CeroSetenta* (2020b) se observa que los desórdenes se localizan en el ala sur, especialmente en los patios 4 y 5, donde el perfil de los internos efectivamente es de sindicados y condenados por delitos comunes (Hernández, 2018, p. 174), en todo caso en el segmento 7 se observa quema de colchones en el ala norte (patio 1A - sindicados y condenados por delitos sexuales) y en los segmentos 14 y 15 se ve un cuerpo (herido o muerto) en el patio 1B (sindicados o condenados por delitos relacionados con actividades paramilitares). Por lo anterior, la hipótesis inicial de la Fiscalía General de la Nación resulta por lo menos sospechosa.

La violencia estatal y el abuso de la fuerza por parte de los guardias penitenciarios hacen parte de la experiencia carcelaria latinoamericana<sup>28</sup>. En Colombia, entre 2007 y 2008, el INPEC registró 79 faltas disciplinarias de maltrato físico y verbal en contra de los internos (Coalición Colombiana contra la Tortura, 2009, p. 32), siendo estas, violaciones directas de sus derechos humanos. Adicionalmente se registraron 15 víctimas de ejecuciones extrajudiciales en el periodo 2002-2010, siendo el INPEC el probable responsable (Monitor Fuerza Letal, 2019, p. 50).

En este contexto, autores como Bello y Parra (2016), plantean que la relación entre guardias y reclusos dentro de las cárceles colombianas se encuentra instaurada sobre el concepto del necro-poder. Este concepto implica que “[...] existen campos en los cuales los sujetos son despojados de la autonomía sobre sus propios cuerpos y de su reconocimiento como ciudadanos” (p. 371) y, como consecuencia, se reduce a los sujetos a la “nuda vida”, “[...] es decir, una vida reducida a una existencia biológica despojada de su estatus político e inmersa en un Estado de excepción, donde el derecho se encuentra suspendido de manera permanente” (de Dardel, 2015, p. 54).

En el mismo sentido Umaña y Cordero (2019, p. 335) analizan las muertes de las personas privadas de la libertad entre los años 2012 y 2018, documentando 363 muertes violentas en espacios de vigilancia directa, según los datos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INMLCF), lo que resulta contrario a la imagen civilizatoria del sistema penal. Al respecto es importante reiterar la crítica sobre la insuficiencia de tener escrito en papel la protección a los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, cuando los actos de las autoridades van a ser contrarios a estos postulados (Martin, 2006, p. 150).

Insistimos, las protestas del 21 de marzo de 2020 fueron tildadas como un intento de fuga, una afrenta evidente contra la autoridad, lo que aparentemente legitimó a los guardias a usar la violencia en contra de los reclusos. No obstante, no hay evidencia de que los internos hayan atacado con armas de fuego a la guardia, lo que denota una clara desproporción frente al uso racional de la fuerza, aunque sí se evidencia que tuvieron acceso a un fusil (*CeroSetenta*, 2020b)<sup>29</sup> y se observa un impacto (aparentemente de un proyectil) en la garita 8, donde se encontraba un guardián, quien tuvo que abandonar este lugar por el fuego que prendieron algunos reclusos en la base de esta estructura (*Revista Semana*, 2020b).

28 “La fuerza estatal ejercida de forma violenta por los guardias; la creación de escuadrones que ingresan a las cárceles en los casos de motines para restaurar el orden penitenciario a través de la muerte; los internos organizados que ejercen su poder a través del miedo, el castigo y la muerte; la permanente amenaza de violencia física ligada a una convivencia en situaciones extremas derivada de la lucha violenta por el control de la cárcel, y la dificultad de acceder a bienes básicos para el sustento cotidiano, entre otras realidades violentas, hacen del castigo corporal una parte central de la experiencia carcelaria latinoamericana” (Ariza y Tamayo, 2020, p. 89).

29 En el segmento 18 de la infografía se observa que los internos utilizaron este fusil para hacer tiros al aire.

En este caso particular, en el que corría peligro la vida de un guardia, se justificaría el uso de armas de fuego en contra de sus agresores. Sin embargo, los hallazgos documentados hasta el momento no muestran que las lesiones y muertes de la población privada de la libertad hayan ocurrido como consecuencia de proteger la vida e integridad personal de este guardia. Tampoco que las 24 personas fallecidas sean las mismas que hayan prendido fuego a la garita 8 o impactado la misma con un proyectil de arma de fuego.

La deshumanización de las personas privadas de la libertad, derivada de la normalización de la violencia como acto estatal que tiene como consecuencia el abuso constante de la autoridad, se materializa en la utilización de dicha violencia para someter al otro. Así, entre 2010 y 2014, el INMLCF valoró a 2.425 personas privadas de la libertad que presentaban lesiones personales y, por otro lado, la Fiscalía General de la Nación informó que al momento se encontraban en curso 226 procesos contra miembros del INPEC por el delito de lesiones personales (Grupo de Prisiones, 2019, p. 32). Dentro de esta dinámica estatal, no sorprende el saldo de 24 muertes como consecuencia de las protestas que tuvieron lugar en la CPMS La Modelo.

Frente a estos hechos, y a la luz del sistema interamericano de derechos humanos, consideramos que la responsabilidad del Estado podría encontrarse comprometida<sup>30</sup>. Así, en el informe n.º 34 (13 de abril de 2000), en relación con el caso 11291 *Carandirú - Brasil*, que fue objeto de solución amistosa<sup>31</sup> se señaló que el Estado tiene el derecho y la obligación de solucionar un motín, limitando en todo caso el uso de la fuerza<sup>32</sup>. El esclarecimiento de los hechos ocurridos el 21 de marzo de 2020, con su lamentable desenlace en la CPMS La Modelo, deberá demostrar la legítima defensa y la proporcionalidad respecto de los medios empleados por las personas privadas de la libertad, así como la necesidad de responder con la fuerza letal.

---

30 Como lo explica Juan Manuel Carreño (2016): [...] daño causado en esos casos en que el Estado incurre en responsabilidad por violaciones de los derechos humanos es particularmente grave puesto que quienes son explícitamente encargados de la protección de la ciudadanía han, por el contrario, abusado de su poder en perjuicio de la población" (p. 19).

31 Sobre las soluciones amistosas en el sistema interamericano de derechos humanos como forma de justicia restaurativa se puede consultar Méndez y Hernández (2020).

32 No obstante, en este caso "63. La acción de la Policía, tal como está descrita en la petición y confirmada por las investigaciones oficiales y la opinión de expertos, se llevó a cabo con absoluto desprecio por la vida de los reclusos, y demostrando una actitud retaliatoria y punitiva, absolutamente contraria a las garantías que debe ofrecer la acción policial. La Comisión anota que las muertes no correspondieron a situaciones de legítima defensa ni de desarme de los reclusos, ya que las armas que éstos tenían, de factura casera, habían sido arrojadas al patio al entrar los policías. No se comprobó la existencia de ningún arma de fuego en poder de los revoltosos, ni que hayan efectuado disparo alguno de arma de fuego contra la policía. Su actitud violenta inicial fue rápidamente superada por la entrada masiva de la policía fuertemente pertrechada".

Empero, el miedo y las protestas que realizaron los reclusos ese día, parecen estar justificados por la posibilidad de contagio del COVID-19 en medio de un ambiente hacinado. Las cifras ascendentes de contagiados lo confirman<sup>33</sup>. Por su parte, la respuesta del Estado se muestra como desproporcionada. Según versiones de los internos, la manifestación inició como un “cacerolazo” golpeando platos contra las rejas de las celdas y terminó con disparos por parte del INPEC y la Policía Nacional (*CeroSetenta*, 2020a).

Tras comparar los resultados: 24 reclusos muertos y 83 heridos, frente a 11 funcionarios del INPEC heridos y ningún muerto, se observa una desproporción. No se puede justificar la afectación a la salud y la vida del personal de seguridad, pero las cifras demuestran que la autoridad usó más fuerza de la que era necesaria. Cabe resaltar que de las 24 personas privadas de la libertad que murieron por esos hechos, 22 de ellas murieron por impactos de bala. Es evidente el exceso de uso de la fuerza al presentarse este escenario. Otros reclusos recibieron disparos por la espalda, encontrándose en estado de indefensión, lo que demuestra que los guardias utilizaron la fuerza letal de manera desmedida (*Revista Semana*, 2020a).

Se debe mencionar adicionalmente que, según investigadores forenses, la mayoría de los disparos estaban dirigidos a acabar con la vida de los internos, ya que se encontraron impactos de bala en la cabeza, cara, cuello y tórax de algunos de los reclusos. Uno de los internos fue hallado con 5 disparos en su cuerpo. Esto, teniendo en cuenta las circunstancias “puede ser catalogado como sevicio” (*El Colombiano*, 2020).

En los videos que la *Revista Semana* reveló en el mes de junio de 2020 se encuentran imágenes en las cuales hay internos desnudos en una vía destapada mientras que funcionarios del INPEC detrás de ellos los obligan a gatear por la carretera. Otros videos muestran guardias amenazando y golpeando a internos también desnudos acostados en el piso. “No menos grave es lo que ocurrió con decenas de detenidos, que tras rendirse sufrieron torturas y golpizas” (*Revista Semana*, 2020a)<sup>34</sup>.

En la respuesta del Ministerio de Justicia (2020a) al auto de la Corte Constitucional datado 3 de junio de 2020, se afirma que el uso de la fuerza siempre ha estado ajustado a los “Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de la Organización

33 Cfr. <https://especiales.elespectador.com/covid-19-en-las-carceles/tablero-de-datos/>

34 La *Revista Semana* (2020a) reveló los videos que grabaron las cámaras de seguridad de la Cárcel La Modelo y califica los acontecimientos del 21 de marzo de 2020 como una “masacre”. Se suma así esta fecha, a la historia de las masacres en la experiencia carcelaria colombiana, rememorando el año 2000 y el *infierno en la modelo* (Ariza & Iturralde, 2019, p. 89).

de Naciones Unidas" (p. 94)<sup>35</sup>. En todo caso, después de las desgarradoras imágenes del 21 de marzo de 2020 que han salido a la luz pública, el uso excesivo de la fuerza por parte de agentes estatales sobre personas en estado de vulnerabilidad dentro de los centros penitenciarios se ha hecho más visible, generando una mayor preocupación y exigencia de respuestas por parte de la sociedad.

El abuso de poder ha sido tan evidente alrededor del mundo, que el 17 de abril del 2020, la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas publicó un comunicado expresando su preocupación por el incremento de los abusos de la fuerza contra personas en situaciones vulnerables, entre ellas los privados de la libertad. La entidad expresa que las medidas de seguridad tomadas para mitigar la crisis del COVID-19 no pueden ser excusa para estos excesos (ONU, 2020), e incentiva a la protección de la dignidad humana incluso bajo un estado de excepción, haciendo un llamado a investigar las violaciones a los derechos humanos.

## Conclusiones

Hasta el momento, la declaratoria de emergencia penitenciaria y carcelaria no ha brindado soluciones de fondo para mitigar el riesgo de contagio y las personas privadas de la libertad no han podido llevar a cabo la estrategia de distanciamiento social, dentro de un sistema que alberga aproximadamente un 24 % más de las personas para las que tiene capacidad en los establecimientos penitenciarios y carcelarios a cargo del INPEC y más de un 120 % de las personas para las que tiene capacidad los centros de reclusión transitorios.

El coronavirus ya ha cobrado 5 vidas: las vidas de 5 personas que se encontraban bajo la protección y vigilancia del Estado, pero para las cuales no se plantearon soluciones reales ni oportunas. A estas 5 vidas debemos sumar otras 24 que fallecieron en los motines del 21 de marzo de 2020 en la CPMS La Modelo. Hechos lamentables que acaecieron no solo por la omisión de protección del Estado, sino por el probable actuar abusivo de sus agentes.

Aunque la declaratoria de emergencia penitenciaria y carcelaria es insuficiente, su efecto simbólico nos motiva como comunidad a volver la mirada hacia la situación carcelaria del país. En adición a lo anterior, el cubrimiento por parte de los medios de comunicación de los hechos ocurridos el 21 de marzo de 2020 y, en general, de la situación carcelaria en tiempos del COVID-19, también tiene

35 "Ahí se establece el criterio del uso diferenciado y progresivo de la fuerza, priorizando los medios no violentos y se prohíbe el uso de armas letales, salvo cuando sea en defensa propia o de otras personas" (Saldaña y Portocarrero, 2017, p. 319).

un efecto simbólico: exponer, presionar, controlar y exigir a las autoridades que adecúen su comportamiento en procura de salvaguardar los derechos de las personas privadas de la libertad, ya que la comunidad en general reprocha los abusos cometidos, así como la precariedad de las condiciones en que se encuentran los centros de reclusión.

Insistimos, dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, cuyos cimientos son el respeto a la vida y a la dignidad humana, las autoridades deben velar por su protección y deben sujetarse a la ley al igual que el resto de los ciudadanos. Por lo anterior, resulta inaceptable que en la actualidad se sigan presentando este tipo de excesos por parte de la autoridad, más si tenemos en cuenta la situación crítica que viven día a día las personas privadas de la libertad y la desigualdad de condiciones en que se encuentran al enfrentarse con un agente de la Fuerza Pública.

Es importante hacer un llamado a las autoridades de control para que esclarezcan lo ocurrido y sancionen los actos abusivos. El uso racional de la fuerza contribuiría a fortalecer la confianza y el respeto por las instituciones, y permitiría legitimar el poder estatal como medio para mantener la seguridad y el orden. Por lo pronto, el rótulo *racional* se observa como una expectativa que le otorga un elegante y apócrifo calificativo al uso de la fuerza en el contexto nacional, con base en la situación documentada este trabajo.

Así las cosas, desde el Semillero en Derecho Penitenciario de la Pontificia Universidad Javeriana seguiremos actuando como observadores de lo que pasa al interior de los muros carcelarios, para poner en evidencia y denunciar todas aquellas situaciones en las que se vulneren los derechos de la población privada de la libertad.

## Referencias bibliográficas

- Acevedo, A. y Villabona, J. (2020). La prensa como fuente documental para el análisis y la investigación social. *Historia y memoria*, (20), 347-373.
- Aramburu, T. J. (1999). The Role of "De Minimis" Injury in the Excessive Force Determination: Taylor v. McDuffie and the Fourth Circuit Stand Alone. *BYU J. Pub. L.*, 14, 313-328.
- Ariza, L.J. & Iturralde, M.A. (2019). The Bullet in the Glass: War, Death, and the Meaning of Penitentiary Experience in Colombia. *International Criminal Justice Review*, 30(1), 83-98.
- Ariza, L.J. y Tamayo, F.L. (2020). El cuerpo de los condenados. Cárcel y violencia en América Latina. *Revista de Estudios Sociales*, (73), 83-95.
- Asociación Minga. (22 de marzo de 2020). *INPEC y POLICÍA hacen uso excesivo de la fuerza contra la población privada de la libertad*. Recuperado de <https://>

asociacionminga.co/index.php/2020/03/22/inpec-y-policia-hacen-uso-excesivo-de-la-fuerza-contra-la-poblacion-privada-de-la-libertad/, <https://www.justiciaypazcolombia.com/inpec-y-policia-hacen-uso-excesivo-de-la-fuerza-contra-la-poblacion-privada-de-la-libertad/>

Augé, M. (2005). *Los No Llugares. Espacios del Anonimato*. Barcelona: Gedisa

BBC. (22 de marzo de 2020). Cárcel La Modelo: un motín en una prisión de Colombia deja 23 muertos en medio de la tensión por el coronavirus. *BBC*. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51998800>

Bello, J.A. y Parra, G. (2016). Cárcel de la muerte: necropolítica y sistema carcelario en Colombia. *Universitas Humanística*, (82), 365-395.

Carreño, J.M. (2016). *Las cárceles como espacios de violación a los Derechos Humanos, estudio de caso: cárcel La Modelo de Bogotá (2002-2010)* (tesis de pregrado). Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia Recuperado de <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/12488/1026266103-2016.pdf?sequence=1>

Centro de Estudios de Drogas y Derecho (CEDD) y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia). (2020). *Aliviar el hacinamiento carcelario: salvavidas en tiempos de COVID*. Recuperado de <https://www.dejusticia.org/aliviar-el-hacinamiento-carcelario-salvavidas-en-tiempos-de-covid-19/>

Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades (CDC). (16 de junio de 2020). Cómo se propaga el COVID-19. Recuperado de <https://espanol.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/prevent-getting-sick/how-covid-spreads.html>

CeroSetenta. (2 de diciembre de 2019). Son 34. *CeroSetenta*. Recuperado de <https://ceroSetenta.uniandes.edu.co/son-34-muertes-esmad/>

CeroSetenta. (17 de mayo de 2020a). El silencio del INPEC sobre el motín de la Modelo. *CeroSetenta*. Recuperado de <https://ceroSetenta.uniandes.edu.co/el-silencio-del-inpec-sobre-el-motin-de-la-modelo/>

CeroSetenta. (2020b). Siete horas de angustia en la modelo. *CeroSetenta*. Recuperado de <https://ceroSetenta.uniandes.edu.co/siete-horas-de-angustia-en-la-modelo/>

Coalición Colombiana contra la Tortura. (2009). *Informe alternativo sobre tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes Colombia 2003-2009*.

Colombia. Congreso de Colombia. (20 de enero de 2014). Ley 1709. Por la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* n.º 49.039.

Colombia. Corte Constitucional. (10 de diciembre de 1992). Sentencia T-596/92. [MP Ciro Angarita Barón].

Colombia. Corte Constitucional. (19 de julio de 1995). Sentencia C-318/95. [MP Alejandro Martínez Caballero].

Colombia. Corte Constitucional. (27 de octubre de 1998). Sentencia T-606/98. [MP José Gregorio Hernández Galindo].

- Colombia. Corte Constitucional. (28 de abril de 1998). Sentencia T-153/98. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Colombia. Corte Constitucional. (28 de junio de 2013). Sentencia T-388/13. [MP María Victoria Calle Correa].
- Colombia. Corte Constitucional. (16 de diciembre de 2015). Sentencia T-762. [MS Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Colombia. Corte Constitucional. (20 de mayo de 2020). Sentencia C-145/20. [MP José Fernando Reyes Cuartas]
- Colombia. Corte Constitucional. (12 de agosto de 2020). Sentencia C-307/20). [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (13 de abril de 2000). *Informe n.º 34 en relación con el caso 11.291 Carandirú - Brasil*. Recuperado de <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20fondo/Brasil11291.htm>
- Coyle, A. (2002). *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos. Manual para el personal penitenciario*) Londres: Centro Internacional de Estudios Penitenciarios.
- Dardel, J. (2015). Resistiendo la “nuda vida”: los prisioneros como agentes en la era de la nueva cultura penitenciaria en Colombia. *Revista Crítica Penal y Poder*, 8, 47-65.
- Defensoría del Pueblo - Defensoría Delegada para la Política Criminal y Penitenciaria. (2005). *Informe sobre prestación de servicios de salud en centros penitenciarios y carcelarios de Colombia*. Recuperado de <https://www.defensoria.gov.co/es/public/Informesdefensoriales/797/Informe-sobre-prestaci%C3%B3n-de-servicios-de-salud-en-centros-penitenciarios-y-carcelarios-de-Colombia-Informes-defensoriales---C%C3%A1rceles-Informes-defensoriales---Salud.htm>
- DW. (2020). Motines exponen vulnerabilidad de presos en Colombia ante llegada del coronavirus. *DW*. Recuperado de <https://www.dw.com/es/motines-exponen-vulnerabilidad-de-presos-en-colombia-ante-llegada-del-coronavirus/a-52904366>
- El Colombiano. (7 de junio de 2020). INPEC se pronuncia sobre presunto exceso de fuerza en control de motín de cárcel La Modelo. *El Colombiano*. Recuperado de <https://www.elcolombiano.com/colombia/operativo-de-las-autoridades-en-motin-de-carcel-modelo-de-bogota-DA13131367>
- El Heraldo. (22 de marzo de 2020). Reclusos protagonizan motines en cárceles del país. *El Heraldo*. Recuperado de <https://www.elheraldo.co/colombia/en-video-reclusos-protagonizan-motines-en-cárceles-del-pais-711196>
- El Tiempo. (11 de marzo de 2020a). Atención: la OMS declara pandemia por el nuevo coronavirus. *El Tiempo*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/salud/coronavirus-ya-es-una-pandemia-declara-la-oms-471524>
- El Tiempo. (11 de julio de 2020b). Más de 1.300 detenidos llevan un año en estaciones de policía. *El Tiempo*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/justicia/>

delitos/hacinamiento-en-estaciones-de-policia-y-uri-llega-al-153-por-cien-to-516964

El Tiempo. (21 de marzo de 2020c). Sube a 196 el número de casos confirmados de coronavirus en Colombia. *El Tiempo*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/salud/coronavirus-casos-confirmados-de-covid-19-en-colombia-hoy-21-de-marzo-475548>

El Tiempo. (5 de enero de 2018). Contraloría raja a la USPEC por mal servicio de salud de presos. *El Tiempo*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/contraloria-raja-a-la-uspec-por-mal-servicio-de-salud-de-presos-168434>

Elsner, A. (2004). *Gates of Injustice: The Crisis in America's Prisons*. Upper Saddle River. NJ: Prentice Hall.

Escobar, J. G. (2018). ¿Quién mató a la tutela en materia de privación de libertad en Colombia?, *Nuevo Foro Penal*, 14(91), 43-79.

Fazio, H. (1998). La historia del tiempo presente: una historia en construcción. *Historia crítica*, (17), 47-57.

Fiscalía General de la Nación. (24 de marzo de 2020). *Fiscalía evalúa varias hipótesis para determinar los responsables penales por los disturbios ocurridos en la cárcel La Modelo de Bogotá*. Recuperado de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/fiscal-general-de-la-nacion/fiscalia-evalua-variantes-hipotesis-para-determinar-los-responsables-penales-por-los-disturbios-ocurridos-en-la-carcel-la-modelo-de-bogota/>

Garland, D. (1999). *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social* (Trad. B. Ruiz). México D.F.: Siglo XXI Editores.

Grujić, Z. & Milić, I. (2016). Prison Overcrowding-Mitigating the Consequences. In D. Kolarić & D. Arčibalda (eds.), *"Archibald Reiss Days" Thematic Conference Proceedings of International Significance* (vol. 1) (pp. 286-295).

Gutiérrez, M. (2018). Dignidad en un no-lugar. En M. Gutiérrez y A. M. Olarte (eds.), *Política criminal y abolicionismo, hacia una cultura restaurativa* (pp. 231-266). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Griffin, M. L. (1999). The influence of organizational climate on detention officers' readiness to use force in a county jail. *Criminal Justice Review*, 24(1), 1-26.

Grupo de Prisiones - Universidad de los Andes. (2019). *Informe de Derechos Humanos del Sistema Penitenciario en Colombia (2017-2018)*. Recuperado de <https://grupodeprisiones.uniandes.edu.co/images/2019/GrupoPrisiones.InformeDDHH2018.pdf>

Hernández, P. (2017). Consideración teórica sobre la prensa como fuente historiográfica. *Historia y comunicación social*, 22(2), 465-477.

Hernández, N. (2018). *El derecho penal de la cárcel. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad EAFIT.

- Hernández, N. (2019). Incompatibilidad de la detención preventiva con la presunción de inocencia. En M. Gutiérrez y A.M. Olarte (eds.), *Los riesgos del punitivismo, presunción de inocencia e indignidad carcelaria en Colombia* (pp. 155-184). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hernández, N. (2020). Comentario al auto del 29 de abril de 2020 (Radicado 56777) de la Corte Suprema de Justicia. Competencia para decidir sobre la detención y prisión domiciliarias transitorias en tiempos del COVID-19. *Revista Nuevo Foro Penal*, 16(94), 177-182.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). (Sin fecha). Resoluciones 1505 (31-05-13), 2390 (10-05-16), 6401 (21-12-16), 192 (25-01-18), 00144 (22-03-20), 01274 (25-03-20).
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). (2019). *Info Humanos n.º 16. Los niveles del uso de la fuerza*. Recuperado de <https://inpec.gov.co/documents/20143/668169/INFO+HUMANOS+no.+16+NIVELES+DE+USO+DE+LA+FUERZA+VF.pdf/3dd1b4e5-6b7b-aa3f-dd0b-2cb62c9e3b3a?version=1.0>
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). (2020). Circulares n.º 000005 (17-03-20), 000007 (20-03-20), 000008 (26-03-20), 000009 (28-03-20), 000012 (01-04-20), 000017 (08-04-20), 000018 (14-04-20) y 000019 (16-04-20).
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). (2020). *Tableros estadísticos*. Recuperado de [http://200.91.226.18:8080/jasperserver-pro/flow.html?\\_flowId=dashboardRuntimeFlow&dashboardResource=/public/DEV/dashboards/Dash\\_Poblacion\\_Intramural&j\\_username=inpec\\_user&j\\_password=inpec](http://200.91.226.18:8080/jasperserver-pro/flow.html?_flowId=dashboardRuntimeFlow&dashboardResource=/public/DEV/dashboards/Dash_Poblacion_Intramural&j_username=inpec_user&j_password=inpec)
- Iturralde, M.A. (2011). Prisiones y castigo en Colombia: La construcción de un orden social excluyente. En L. J. Ariza y M. A. Iturralde (eds.), *Los muros de la infamia. Prisiones en Colombia y en América Latina* Bogotá: Universidad de los Andes.
- Larrauri, E. (2015). *Introducción a la criminología y al sistema penal*. Madrid: Trotta.
- Limoncelli, K. E., Mellow, J. & Na, C. (2020). Determinants of Intercountry Prison Incarceration Rates and Overcrowding in Latin America and the Caribbean. *International Criminal Justice Review*, 30(1), 10-29.
- López, J.D. (8 de julio de 2020). Hacinamiento carcelario está en su punto más bajo desde el 2011. *El Tiempo*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/justicia/servicios/se-reduce-hacinamiento-carcelario-por-el-coronavirus-al-punto-mas-bajo-en-10-anos-515974>
- Martin, S. J. (2006). Staff use of force in United States confinement settings. *Wash. UJL & Pol'y*, 22, 145-154.
- Matthews, R. (2003). *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*. Barcelona: Bellaterra.
- Méndez, S.V. y Hernández, N. (2020). Justicia restaurativa y Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *ACDI Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 13, 1-32.

- Ministerio de Justicia y del Derecho - Consejo Superior de Política Criminal. (2020a). *Respuesta al Auto del 3 de junio 2020 de la Corte Constitucional sobre medidas de contingencia para enfrentar el COVID-19 en centros carcelarios*. Recuperado de <http://politacriminal.gov.co/Noticias1/respuesta-auto-03-de-junio-2020>
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (2020b). *Respuesta a los Autos 19 de junio y 3 de julio de 2020 de la Corte Constitucional en el proceso de revisión de constitucionalidad del Decreto 804 de 2020*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=17357>.
- Ministerio de Justicia y del Derecho, Corporación Alemana para la Cooperación Internacional -GIZ-. (2017). *Indicadores de Derechos Humanos en el Sistema Penitenciario y Carcelario. Primer informe*.
- Monitor Fuerza Letal. (2019). *Monitor del Uso de la Fuerza Letal en América Latina: Un estudio comparativo de Brasil, Colombia, El Salvador, México y Venezuela*. México: Centro de Investigación y Docencia Económicas.
- Morales, F. (5 de mayo de 2020). Radiografía del acceso a la salud en las cárceles durante la pandemia. *El Espectador*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/coronavirus/radiografia-del-acceso-salud-en-las-carceles-durante-la-pandemia-articulo-918081/>
- Naciones Unidas Derechos Humanos (ONU). Oficina del Alto Comisionado. (17 de abril de 2020). Las medidas de seguridad de COVID-19 no son una excusa para el uso excesivo de la fuerza, dicen los Relatores y las Relatoras Especiales de la ONU. Comunicado de prensa. Recuperado de <https://www.hchr.org.co/index.php/informacion-publica/comunicados-de-prensa/comunicados-del-alto-comisionado-en-el-mundo/9209-las-medidas-de-seguridad-de-covid-19-no-son-una-excusa-para-el-uso-excesivo-de-la-fuerza-dicen-los-relatores-y-las-relatoras-especiales-de-la-onu>
- Pulzo. (23 de marzo de 2020). Procurador habla de "retoma de La Modelo" e investigará uso excesivo de la fuerza. *Pulzo*. Recuperado de <https://www.pulzo.com/nacion/investigacion-funcionarios-carcel-modelo-por-motines-contra-coronavirus-PP867093>
- Quintero, J., Navarro, A.M. y Meza, M.I. (2011). La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 3, 69-80.
- Revista Semana. (7 de junio de 2020a). 10 hora de terror. *Revista Semana*. Recuperado de <https://www.semana.com/nacion/articulo/en-exclusiva-masacre-carcel-la-modelo-pruebas-del-amotinamiento-carcelario/677853>
- Revista Semana. (9 de junio de 2020b). Motín en La Modelo: el guardia al que iban a quemar vivo. *Revista Semana*. Recuperado de <https://www.semana.com/nacion/multimedia/asi-fue-el-enfrentamiento-entre-guardias-y-presos-en-la-carcel-la-modelo/678438>

- Saldaña, J. y Portocarrero, J. (2017). La violencia de las leyes: el uso de la fuerza y la criminalización de protestas socioambientales en el Perú. *Derecho PUCP*, (79), 311-352.
- Sampedro, J.A. (1998). Apuntes sobre la resocialización en el sistema penitenciario colombiano. *Eguzkilore*, (12), 107-112.
- Silva, C. y Padilla, S. (2019). Militarización y uso de la fuerza durante y después de la detención sobre la población privada de la libertad en México. *Desacatos*, (60), 58-77.
- Sociedad de Criminología Latinoamericana (SOCLA) y Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia (CELIV). (2020). *Los efectos del coronavirus en las cárceles de Latinoamérica*. Recuperado de <https://criminologialatam.wordpress.com/2020/06/12/efectos-del-covid-19-cárceles-de-latino-america/>
- Umaña, C.E. y Cordero, A.T. (2019). Análisis sobre muertes de personas privadas de la libertad: una realidad adversa para lograr un derecho penal garantista. En M. Gutiérrez y A. M. Olarte (eds.), *Los riesgos del punitivismo, presunción de inocencia e indignidad carcelaria en Colombia* (pp. 295-384). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Uprimny, R. (12 de abril de 2020). Fiscalía, hacinamiento carcelario y COVID-19. *Dejusticia*. Recuperado de <https://www.dejusticia.org/column/fiscalia-hacinamiento-carcelario-y-covid-19/>



*El parque negro*. Angelica Rubiano. Trementina y grafito sobre Durex Schoeller

**Estudios  
de Derecho**  
Fundada en 1912



1803

**UNIVERSIDAD  
DE ANTIOQUIA**

# Justicia restaurativa y resiliencia familiar de las personas privadas de libertad en México\*

Rafael Cantizani Maillé\*\*

## Resumen

El fracaso de los sistemas penitenciarios latinoamericanos se debe, en parte, a que los programas de reinserción social no contemplan el potencial resiliente de las familias de las personas privadas de libertad, centrándose exclusivamente en el individuo. Se hace relevante explorar otras estrategias para mejorar los resultados de reinserción social, en el caso específico del sistema penitenciario mexicano, que posibiliten la reconstrucción de nueva vida fuera de los centros penitenciarios para las personas privadas de libertad y sus familias. El objetivo de esta investigación fue probar que los elementos de la justicia restaurativa son inherentes a la resiliencia familiar de las personas privadas de libertad. Para ello este estudio se basó en las teorías principales de la justicia restaurativa y de la resiliencia, aunándolas a través de las teorías secundarias del apoyo y vínculo social. La naturaleza metodológica de esta investigación fue cualitativa, con un carácter exploratorio, utilizando como instrumento de recolección de datos la entrevista semiestructurada a personas privadas de libertad en el ya clausurado Centro de Prevención y Reincisión Social de Topo Chico, en la ciudad de Monterrey.

**Palabras clave:** justicia restaurativa; resiliencia familiar; centro penitenciario.

## Restorative justice and family resilience of persons deprived of liberty in Mexico

## Abstract

The failure of the Latin American correctional systems is due, in part, to the fact that social reintegration programs do not contemplate the resilient potential of the families of persons deprived of liberty, focusing exclusively on the individual. It is relevant to explore other strategies to improve the results of social reintegration. In Mexico's specific scenario, that enables the reconstruction of a new life outside of prison for persons deprived of liberty and their families. This research's objective was to prove that the elements of restorative justice are inherent in the family resilience of people deprived of liberty. For that, this study was based on the main theories of restorative justice and resilience, joining them through the secondary theories of support and social bond. The methodological nature of this research was qualitative, with an exploratory character, using the semi-structured interview with persons deprived of liberty in the now-closed Topo Chico Prevention and Social Reintegration Center, in the city of Monterrey as a data collection instrument.

**Keywords:** restorative justice; family resilience; correctional center.

## Justiça restaurativa e resiliência familiar dos detentos no México

## Resumo

O fracasso dos sistemas penitenciários latino-americanos se deve, em parte, a que os programas de reinserção social não contemplam o potencial resiliente das famílias dos detentos, centrando-se exclusivamente no indivíduo. É relevante explorar outras estratégias para melhorar os resultados de reinserção social, no caso específico do sistema penitenciário mexicano, que possibilitem a reconstrução de uma nova vida fora dos centros penitenciários para os detentos e suas famílias. O objetivo desta pesquisa foi provar que os elementos da justiça restaurativa são inerentes à resiliência familiar dos detentos. Para isto, este estudo baseou-se nas teorias principais da justiça restaurativa e da resiliência, reunindo-as através das teorias secundárias de apoio e vínculo social. A natureza metodológica desta pesquisa foi qualitativa, de caráter exploratório, utilizando como instrumento de coleta de dados, através de entrevistas semiestruturadas a detentos no já fechado Centro de Prevenção e Reinscrição Social de *Topo Chico*, na cidade de Monterrey.

**Palavras-chave:** justiça restaurativa; resiliência familiar; centro penitenciário.

\* Artículo de investigación. Derivado del proyecto doctoral: "Los elementos de la Justicia restaurativa en la resiliencia familiar de las personas privadas de libertad en los centros penitenciarios de Topo Chico (México) y de Santiago de Veraguas (Panamá)" de la Facultad de Derecho y Criminología (FACDYC) de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México.

\*\* Investigador en el Centro María Sibylla Merian de Estudios Latinoamericanos Avanzados (Calas), España. Graduado en Historia por la Universidad de Granada, España. Máster en Cultura de Paz, Conflictos, Educación y Derechos Humanos por la Universidad de Granada, España. Doctor en Métodos Alternos de Solución de Conflictos por la Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Correo electrónico: [rcantizani92@gmail.com](mailto:rcantizani92@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1105-6144>

Cómo citar este artículo: Cantizani Maillé, R. (2021). Justicia restaurativa y resiliencia familiar de las personas privadas de libertad en México. *Estudios de Derecho*, 78 (171), 297-318

Doi: 10.17533/udea.esde.v78n171a12

Fecha de recepción: 21/07/2020 Fecha de aceptación: 7/10/2020



## Justicia restaurativa y resiliencia familiar de las personas privadas de libertad en México

### 1. Introducción

La ineffectividad de los sistemas penitenciarios en América Latina y el Caribe era -y sigue siendo- un común denominador que se vivía en la mayoría de los países que componen la región. Desde hace décadas los altos índices de violencia, el número elevado de muertes y de delitos cometidos dentro de los centros penitenciarios, así como las constantes violaciones a los derechos humanos, daban fe de esta ineffectividad (Carranza, 2012). A todo esto también se debían sumar las diferentes causas culturales e institucionales, tales como el estigma social existente en torno al mundo penitenciario, el poco apoyo gubernamental brindado a los centros penitenciarios o la falta de recursos humanos y económicos de los mismos (Nuñovero Cisneros, 2019), datos que permitían hablar de un fracaso de los sistemas penitenciarios de la región.

Pero el principal argumento para poder afirmar la existencia de este fracaso estaba relacionado con el objetivo primordial de cualquier sistema penitenciario: la reinserción social -o resocialización- de las personas que cumplen una pena privativa de libertad (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [UNODC], 2017; Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2015). En este aspecto, llamaba la atención los índices de reincidencia delictiva en algunos países como Colombia, donde en 2017, el 14 % de las personas privadas de libertad (PPL) ya habían cumplido una condena en un centro penitenciario (Hernández Jiménez, 2018). Costa Rica registraba, para 2017, un porcentaje del 37 % de reincidencia delictiva (Feoli Villalobos y Sáenz Solis, 2019) y Panamá, con unas cifras más alarmantes, registró para 2014, un 45 % de reincidencia delictiva en sus centros penitenciarios (Ministerio de Gobierno de Panamá [MinGob], 2015). En el caso de México, lugar donde se realizó este estudio, entre el 20 y el 25 % de la población penitenciaria censada, en 2017 ya había estado privada de libertad en un centro penitenciario (**Índice de Paz México** [IMP], 2019).

La experiencia de terceros países, dónde se investigaron alternativas para disminuir los índices de reincidencia delictiva, identificaron a la familia de la

PPL como uno de los pilares principales de los procesos de reinserción social, evidenciando que una relación resiliente de la PPL con su familia era uno de los factores que decantaban la balanza entre la reinserción social o la reincidencia delictiva (Cámara y Cruz, 2014; Mills & Codd, 2008; Woodward, 2003). Ejemplo de ello fueron las experiencias de Australia y Nueva Zelanda donde es posible que la PPL realice procesos restaurativos con su familia, lo que daba cuenta del impacto positivo que estos procesos tenían en la reinserción social (Zehr, 2007). Por tanto, este trabajo de investigación partía del hecho de que tanto la resiliencia familiar como la justicia restaurativa son posibles caminos para mejorar el proceso de reinserción social de la PPL.

Esta idea se hizo factible en el contexto de ciertos países latinoamericanos, como los antes citados, puesto que sus legislaciones penitenciarias contemplaban la posibilidad de aplicar una serie de medidas alternativas -destacando entre ellas, el uso de los procesos de justicia restaurativa-, como un elemento más en los procesos de reinserción social. Algunos ejemplos de legislaciones que contemplaban dichos procesos de justicia restaurativa fueron la Ley 906 de 2004<sup>1</sup> de Colombia, la Ley 9582<sup>2</sup> y el Decreto Ejecutivo 40849-JP<sup>3</sup> de 2018 de Costa Rica, la Ley Nacional de Ejecución Penal de 2016 de México o la Ley 14 de 2007 de Panamá<sup>4</sup>.

Sin embargo, la familia de la PPL no era considerada como víctima del delito por las diferentes legislaciones de estos países, lo que implicaba que los familiares no contaran con ciertas garantías que dichas legislaciones contemplaban para las víctimas, como podría ser el participar de un proceso de justicia restaurativa.

Si bien los familiares de la PPL también sufren las consecuencias psicológicas, sociales y económicas derivadas de la ausencia de un familiar que cumple una pena privativa de libertad (Cerda Pérez, 2015), la Ley 906 de 2004 de Colombia, la Ley 31 de 1998<sup>5</sup> de Panamá, la Ley General de Víctimas de 2017 de México y la Ley 7594 de 1996 de Costa Rica<sup>6</sup> solo consideraban como víctima a aquella persona que había sufrido las consecuencias directas de la comisión del delito, así como a sus allegados más cercanos.

---

1 Código de Procedimiento Penal de Colombia.

2 Ley de Justicia Restaurativa de Costa Rica.

3 Reglamento del Sistema Penitenciario Nacional de Costa Rica.

4 Código Penal de la República de Panamá. Si bien este código no recoge de manera explícita los procesos restaurativos, sí posibilita la reparación del daño por parte del victimario a la víctima, con la particularidad de que este debe realizarse antes de que se dicte sentencia.

5 Ley de Protección de las Víctimas del Delito de Panamá.

6 Por la cual se dicta el Código Procesal Penal de Costa Rica.

En cuanto a los modelos de reinserción social en la región, la Ley 65 de 1993 de Colombia<sup>7</sup>, la Ley 55 de 2003 de Panamá<sup>8</sup>, el Decreto Ejecutivo 40849-JP de Costa Rica y la Ley Nacional de Ejecución Penal de 2016 de México establecían que los programas de reinserción social eran esencialmente individuales y debían centrarse en la PPL a través de una serie de capacitaciones laborales y cursos de educación, sin apenas prestar atención a las relaciones familiares de la PPL. De esta manera, el papel de la familia de la PPL en estas legislaciones penitenciarias -durante el proceso de reinserción social- quedaba limitado al acceso al centro penitenciario en calidad de visita o como contactos de emergencia para notificaciones. Cabe apuntar que en dicho proceso sí se tomaban en cuenta a las redes familiares, pero solo en los estadios finales de la estancia en el centro penitenciario, a pesar de que en la mayoría de los casos suponían el único respaldo de la PPL durante el cumplimiento de condena y el momento de abandonar el centro penitenciario.

Por lo tanto, la problemática de esta investigación es el desconocimiento del potencial restaurativo inherente en la resiliencia familiar de la PPL por parte de las legislaciones y los sistemas penitenciarios. El escenario de investigación quedó limitado al sistema penitenciario mexicano, debido a la accesibilidad del autor al mismo.

Esta investigación se hizo relevante debido a la necesidad de explorar las estrategias alternativas para mejorar los resultados de reinserción social del sistema penitenciario mexicano, posibilitando la reconstrucción de nueva vida fuera de los centros penitenciarios para la PPL y sus familias.

El objetivo principal de esta investigación fue probar que los elementos de la justicia restaurativa son inherentes a la resiliencia familiar de la PPL. Como objetivos secundarios se establecieron el identificar los elementos y actores de la justicia restaurativa que favorecen al proceso de resiliencia familiar de la PPL y el analizar los elementos de la justicia restaurativa que facilitan la resiliencia familiar de la PPL.

La teoría principal de esta investigación fue la justicia restaurativa, la cual se entendió como aquella justicia alternativa, auxiliar de la justicia retributiva (Hernández Pliego, 2014), en cuyo proceso participan tres actores principales: el victimario, la víctima y la comunidad cuya normalidad se ha visto perjudicada por la comisión del delito. Sus elementos principales quedaron identificados como la reparación del daño por parte del victimario a la víctima, el cual dará pie a una posible otorgación del perdón por parte de la víctima, y el apoyo de la comunidad más cercana de los otros dos actores, para garantizar una solución concluyente a un daño ocasionado durante comisión de un delito (Pranis, 2009; Zehr, 2007).

7 Ley que expide el Código Penitenciario y Carcelario en Colombia.

8 Ley que organiza el Sistema Penitenciario de Panamá.

Para contextualizar los elementos de la justicia restaurativa al ámbito que atañe a esta investigación, se utilizaron las siguientes teorías secundarias:

En primer lugar, la teoría del apoyo social de Nan Lin, la cual explica que los individuos necesitan de la comunidad, de las redes sociales y de las personas de confianza para poder desenvolverse en sociedad (Aranda y Pando, 2013). Seguidamente, la teoría del control social o de los vínculos sociales, de Travis Hirschi (2001), explica cómo la ausencia o la existencia de vínculos afectivos con otros individuos impacta directamente en la decisión de cometer actividades ilícitas. De acuerdo con Hirschi, dichas actividades se originan cuando los vínculos de la comunidad o sociedad a la que pertenece el victimario son débiles o están quebrantados. Por último, la teoría de la resiliencia, entendida desde las ciencias sociales por autores como Borys Cyrulnik, Norman Garmezy o Viktor Frankl, explica la capacidad individual y colectiva de los seres humanos de aprender y reforzarse tras el padecimiento de un gran sufrimiento, fruto de experimentar una situación adversa en la vida (Becoña, 2006; Gómez y Kotliarenco, 2010).

Teniendo como base los elementos de la justicia restaurativa, relacionados con las teorías secundarias descritas, se identificaron las siguientes variables de estudio:

- A. La reparación del daño, entendido no como una figura jurídica (Nanclares Márquez y Gómez Gómez, 2017), sino como un proceso que inicia con un cambio de conducta del victimario, en el que se acepta la responsabilidad del daño cometido y nace un interés por la víctima de sus acciones delictivas, iniciando un acercamiento con esta, en el que trata de menguar el sufrimiento y la inseguridad generados en el momento de la comisión del delito (Maruna, 2001; Zehr, 2007).
- B. El apoyo familiar, que tiene correspondencia con el elemento restaurativo del apoyo de la comunidad, identificándose a la familia como la principal fuente de apoyo en el caso de la PPL (Cerdá Pérez, 2015; Gracia y Herrero, 2006; Sánchez Urios, 2006). A efectos de esta investigación, se definió al apoyo familiar como el interés mostrado por la red social que conforma la familia de la PPL a las necesidades de esta, interpretándolo como un deber colectivo.
- C. El perdón interpersonal, entendiendo al mismo como un proceso transformativo de conducta y pensamiento que puede ser otorgado por la víctima de una trasgresión violenta a la persona que cometió dicha trasgresión (McCullough, Rachal & Worthington, 1997; Pertejo Rivas, 2014; Rocha, Amarís y López-López, 2017). Mientras que autores destacados de la justicia restaurativa se refieren a este solo como un elemento deseable en un proceso de justicia restaurativa (Zehr, 2007), otros opinan que un proceso de justicia restaurativa no puede estar completo sin él, por lo que se considera esencial (Armour & Umbreit, 2004; Braithwaite, 2016; De la Rosa Vázquez y Cabello Tijerina, 2016).

- D. La resiliencia familiar, definida como un proceso de adaptación y aprendizaje, de carácter individual o colectivo, de aquellos que viven una ruptura de su cotidianidad por una crisis. En esta investigación, dicha crisis es afrontada por un grupo familiar que experimenta la ausencia de uno de sus miembros, puesto que el mismo cumple una pena privativa de libertad. A raíz de esta crisis la familia logra crear, reforzar o renovar sus creencias y valores compartidos con la finalidad de superar dicho trauma (de Andrade Seidl y da Cruz Benetti, 2011; Markson, Lösel, Souza & Lanskey, 2015; Walsh, 2005).

Estas variables permitieron el análisis de la información obtenida gracias a la realización de una serie de entrevistas semiestructuradas a varones privados de libertad del Centro de Prevención y Reinserción Social (Ceprereso) Topo Chico de Monterrey que habían experimentado una resiliencia familiar durante el cumplimiento de su condena. Como resultado, fue posible probar la inherencia de los elementos de la justicia restaurativa en la experiencia familiar resiliente de la PPL.

La estructura del presente artículo consta de la metodología empleada, los resultados obtenidos mediante el análisis de la información recolectada en las entrevistas, así como las conclusiones del estudio.

## 2. Metodología

La naturaleza del estudio fue cualitativa, con un carácter exploratorio, dado que el objeto de estudio en el caso particular del sistema penitenciario mexicano no había sido abordado anteriormente (Cortés Cortés e Iglesias León, 2004). El instrumento cualitativo utilizado en esta investigación fue la entrevista semiestructurada, ya que esta suponía una “herramienta técnica muy ventajosa en los estudios descriptivos y en las fases de exploración (Díaz Bravo, Torruco García, Martínez Hernández y Varela Ruiz, 2013, p. 163), además de una vía de generar una “empatía que posibilita una interacción de auténtica comunicación interpersonal entre entrevistador y entrevistado” (Canales Cerón, 2006, p. 241).

Para el posterior análisis de la información recogida en las entrevistas se utilizó el método de análisis del discurso a través del *software* Atlas.ti 7. Para ello se partió por descomponer el discurso de los entrevistados en unidades léxicas denominadas nodos<sup>9</sup> y referencias<sup>10</sup>. A través de estas fue posible identificar y

9 Entendido como las diferentes divisiones del discurso en el que se identificaron evidencias de una o múltiples variables de estudio.

10 Entendida como la evidencia de una variable de estudio dentro de un nodo. Es posible que, en un mismo nodo, aparezcan referencias de distintas variables, aunque alguna de ellas sea predominante.

Gracias a este fenómeno se pueden identificar los puntos de intersección, conexión o unión de varias variables que confluyen dentro de un mismo nodo. A ese punto de intersección se le denomina co-ocurrencia.

definir las categorías que componen cada una de las variables del estudio. Esta identificación, permitió analizar la existencia de los elementos de la justicia restaurativa en la resiliencia familiar de la PPL entrevistadas.

Con respecto a la población de estudio, para marzo de 2018 había 3097 PPL varones en el Ceprereso Topo chico. De ellos, 746 asistían a las terapias de reinserción social ofrecidas por las áreas de psicología y criminología de este centro penitenciario. De estas 746 PPL, 350 accedieron voluntariamente a realizar una encuesta preliminar para seleccionar aquellas PPL que correspondían con el perfil de la investigación, por lo que se hizo un especial hincapié en aquellas PPL que para esa fecha mostraban indicios de una mejora en la relación con su familia desde su ingreso en el centro penitenciario. Finalmente, la población de este estudio se fijó en una cifra total de 294 PPL.

Para delimitar la muestra de esta población se siguió el criterio de la saturación del discurso, entendiendo al mismo como “el punto en el cual se ha escuchado ya una cierta diversidad de ideas y con cada entrevista u observación adicional no aparecen ya otros elementos” (Martínez-Salgado, 2012, p. 617). De esta manera, se realizaron un total de 15 entrevistas semiestructuradas a PPL del Ceprereso Topo Chico de Monterrey<sup>11</sup>.

Las entrevistas fueron realizadas durante los turnos matinales de los días 6, 7 y 8 de mayo de 2018, con una media de 16 minutos de duración y con una edad media de los entrevistados de 31 años.

### 3. Resultados

#### 3.1 Categorización de las variables de estudio

La primera fase del análisis cualitativo partió por identificar las categorías de composición de cada una de las variables de estudio. Como resultado de esta categorización fue posible interpretar cómo los entrevistados habían experimentado y, por tanto, entendían cada una de las variables.

##### 3.1.1. *La reparación del daño*

Las categorías identificadas para la variable de la reparación del daño fueron la responsabilidad, el interés en la víctima, el diálogo y el cambio de conducta. Estas se ven reflejadas en las siguientes referencias textuales destacadas extraídas de las entrevistas:

---

11 La participación en las entrevistas fue voluntaria, firmándose por los entrevistados los debidos formularios, hoy en poder de la Agencia Penitenciaria Estatal de Nuevo León, y respetando el derecho al anonimato de los participantes, como garantiza la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.

**Tabla 1.** Categorías de la reparación del daño identificadas en el discurso.

Categoría	Referencias textuales
Responsabilidad	"Porque lo que andaba haciendo... Hazte cuenta que a lo último a la familia le lleva. Ellos son los últimos que llevan los problemas de uno, como familia. Uno se lleva la culpa, pero ellos son los que pagan" (E12, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México). "Por unos robos y jamás dije que no, acepté mi culpabilidad y fui sentenciado a 12 años y lo acepte" (E10, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).
Interés en la víctima	"Platico de cómo van los niños en la escuela. Qué problemas empiezan a tener, tratar de darle una solución". "Bueno a ver, platica esto con ellos y ya que lo platicues entro yo a ser el papel" "A ver <i>mijos</i> , ¿cómo están? Échenle ganas. La vida es bonita, todos tienen su tiempo" (E4, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).
Diálogo	"Porque se preocupan por mí y tienen derecho de saber lo qué pasó y por eso le comenté a ellos cómo estuvo el problema, no tratar de justificar lo que hice, lo que pasó... sino darles una explicación para que no <i>haiga</i> malos entendidos o para que sepan que en realidad yo reconozco mi error y habrá que pagar unas consecuencias" (E6, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México). "Yo les comenté todo. Yo soy una persona que todo lo que pasa, o sea todo, lo comento verdad, lo bueno, lo malo, todo lo comento a mi familia" (E8, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).
Cambio de conducta	"Sabes que cayendo aquí pierdes todo, pierdes lo poco que hiciste, pierdes la familia, te das cuenta de que, ¿cómo te podría decir...? Que aquí cambian un <i>chingo</i> las cosas. Las personas que no abre bien los ojos estando aquí, no le sirve de nada. Sales, cambia tu vida y sé una mejor persona. Trabaja, cuida de tu familia, etc." (E3, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).

**Fuente:** elaboración propia

Todo esto se tradujo en que para que se produjese una reparación del daño era necesario que la PPL realizara una reflexión e identificara a su propia familia como víctima tras la comisión del delito y el posterior ingreso en el centro penitenciario, despertando un interés por la situación que los mismos vivían ante su ausencia. Este interés pudo reflejarse en preguntas directas en las que la PPL mostraba una preocupación por la situación económica, de salud, trabajo o educación de uno o varios de sus familiares.

Otro factor clave identificado para favorecer la reparación del daño fue la necesidad de que la PPL aceptara la responsabilidad de sus actos, o al menos, de que reconociera que su familia vivía una situación compleja debido a su condena. Esta acción daba a entender a sus familiares que era posible que la PPL realmente identificara y sintiera el daño provocado, lo que podía desencadenar que estos pensaran que renunciaría a cometer actividades ilícitas que perjudiquen a su círculo cercano en un futuro.

Este proceso de reflexión generalmente venía acompañado por un cambio de conducta de la PPL, motivado en la mayoría de las ocasiones por el intento de generar una buena impresión para con su familia o bien aliviar de alguna manera la situación que estos vivían, aportándoles una seguridad de que abandonaría sus conductas delictivas.

Finalmente, otro elemento que propiciaba la reparación del daño fue el establecimiento de un diálogo entre la PPL y sus familiares, en el que la PPL pudiera explicar con detalle los actos delictivos que cometió y las razones que lo llevaron a realizar dichos actos. En este diálogo también podían expresarse de manera directa los elementos antes citados, facilitando la celeridad del proceso de reparación del daño para con sus familiares.

### 3.1.2. *El apoyo familiar*

Las categorías identificadas que compusieron la variable del apoyo familiar fueron la ayuda material, el apoyo emocional, el interés en el victimario y la comunicación y contacto. Estas se ven reflejadas en las siguientes referencias textuales destacadas extraídas de las entrevistas:

**Tabla 2.** Categorías del apoyo familiar identificadas en el discurso.

Categoría	Referencias textuales
Ayuda material	"Apoyo económico, porque cuando vienen de repente me dejan moneda o me dejan lo indispensable que se ocupa aquí, el rollo o pasta... sí, sí me ayudan" (E7, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México). "Y de repente me dice mi mamá ¿Qué te falta? ¿Café, galletas o ya te acabaste lo que te llevé? Y luego ya me dice qué es lo que me hace falta" (E15, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).
Apoyo emocional	"Siempre me veía yo peleando con mi hermano, trompos y eso. Y ahora, pues nada 'échale ganas carnal'" (E2, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).  "Sí. Hablamos de que me extrañan, de que ellos quieren estar conmigo, yo quiero estar con ellos. De que 'te quiero, te extraño'" (E10, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).
Interés en el victimario	"Sí porque si no se preocuparan les valiera gorro no sé, no vinieran ni a verme ni nada. Pero sí vienen, porque como le digo ellos me dicen yo te apoyo" (E15, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).
Comunicación y contacto	"Ahorita que estoy aquí ya sí, ya se enfocan más en mí, de que qué me falta, qué ocupo" (E3, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).  "Sí, vienen a lo lejos cada mes, pero sí si vienen" (E9, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).  "(...) siempre están aquí, siempre vienen a visitarme. Y ya tengo 9 años aquí preso" (E6, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).

**Fuente:** elaboración propia

Lo que más valoraban los entrevistados era poder tener contacto y comunicación constante y periódica con sus familiares, en visitas de estos a la PPL en el centro penitenciario, a través de llamadas o correo postal. Cabe destacar que, en este contacto, lo más valorado por los entrevistados fue la información sobre el estado de sus familiares.

Esta comunicación y contacto podía generar un sentimiento de apoyo emocional a la PPL, apoyo que se traducía como un soporte anímico. Es decir, una transmisión de sentimientos y emociones positivos que ayudasen a la PPL a aprovechar el tiempo que estuviera dentro del centro penitenciario, animándola a participar en los programas de reinserción social, y el dándole la seguridad de que no estará solo una vez egresara del centro penitenciario.

Otro de los elementos que impactaron en que la PPL sintiera el apoyo de su familia, fue el interés de los familiares con respecto a su salud, tanto física como mental, así como a las actividades que realizaba y las emociones y sentimientos que experimentaba dentro del centro penitenciario.

Por último, el elemento que menos impactaba en la generación de un sentimiento de apoyo por parte de la familia de los entrevistados fue la ayuda material que la familia pudiera aportar. Los entrevistados eran conscientes de que la falta de este tipo de ayuda no viene motivada por mezquindad o avaricia de la familia, sino por la difícil situación económica de los familiares, la cual se agravó debido a su ausencia. Aun así, el tipo de productos más valorados eran los productos de aseo personal, la vestimenta, el calzado y los alimentos, quedando el apoyo monetario relegado al final de la lista.

### *3.1.3. El perdón interpersonal*

Las categorías identificadas que constituyeron la variable del perdón interpersonal fueron la empatía y la no evitación y no rencor. Estas se ven reflejadas en las siguientes referencias textuales destacadas extraídas de las entrevistas (de la tabla 3):

Estos datos mostraron como la instauración de una empatía por parte de la familia de la PPL era el proceso clave para que a la PPL se le otorgue el perdón por parte de sus familiares. Que la familia pudiera llegar a entender las causas que llevaron a cometer la acción ilícita, la situación vivida dentro del centro penitenciario, los sentimientos experimentados por la PPL durante la condena y el cambio de actitud fueron factores clave para que existiera un perdón interpersonal. El proceso del establecimiento de una empatía se facilitaba si la PPL había intentado previamente reparar el daño a sus familiares. Con respecto al rencor y evitación se pudo aclarar que eran elementos cuya ausencia era necesaria para que la PPL sintiera que sus familiares le habían perdonado, hecho que relacionaba a esta variable con el apoyo familiar.

**Tabla 3.** Categorías del perdón interpersonal identificadas en el discurso.

Categoría	Referencias textuales
Empatía	"Que yo estuviera involucrado en ese problema y ya les comenté y ya ellos me entendieron un poco. No más se callaron y estuvieron conmigo, no me hicieron tantas preguntas" (E6, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México). "Pues cuando yo llego aquí, antes de llegar aquí estando en el centro de detención, hable con ellos, del supuesto hecho. Lo platico, me escuchan y pues lógicamente me entiende, porque el delito que yo traigo es fuerte, es un delito muy fuerte" (E11, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).
No evitación/ rencor	"Siempre me contestan su teléfono, si no pues no te contestan o no vienen" (E8, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México). "Es que sí, a lo mejor ahorita no está pasando, pero si pasó y siento la necesidad de expresar que quiero que me perdes y para que no guardes algún rencor" (E4, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México). "No, porque si no, no vienen a verme. Todos me hablan bien y lo que yo tengo siempre... nunca he tenido problemas con mis hermanos, o sea, discusiones pequeñas, pero yo siempre he sido comunicativo y si cometí un error les pido disculpas y he estado en paz con ellos, no he estado en pleitos" (E6, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).

**Fuente:** elaboración propia

### 3.1.4. La resiliencia familiar

Las categorías identificadas que configuraron la variable de la resiliencia familiar fueron la adaptación, el aprendizaje, el cambio de roles, el rehacer la relación y las creencias y valores. Estas se ven reflejadas en las siguientes referencias textuales destacadas extraídas de las entrevistas:

**Tabla 4.** Categorías de la resiliencia familiar identificadas en el discurso.

Categoría	Referencias textuales
Adaptación	"Sí, han podido sobrellevar los costos. Ahí con dos, tres trabas, pero poco a poco se fueron organizando para recuperar la normalidad. Ahora mi abuelita es la que a veces le ayuda a cuidar a mi hermanita y a mi hermano más chiquito para que mi mamá pueda hacer movimientos" (E1, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México). "Siempre en cualquier reunión que tenga, siempre salgo a relucir yo. Siempre en las reuniones siempre sale a relucir por bien o por mal diciéndolo en broma 'ya no más falta que estés aquí...' 'nombre sí es cierto, pero ya mero'. Como quiera comprenden que hay que seguir adelante, aunque esté aquí" (E4, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).
Aprendizaje	"(...) toda mi familia, mis abuelos, mis tíos... han hablado con mi mamá y me dicen que saliendo yo van a hablar conmigo para que no vuelva a hacer las cosas que andaba haciendo. Que en vez de... no dicen 'no, aquél no porque acaba de salir del penal'. Que en vez de distanciarme que me van a acercar más a la familia. Que van a hablar conmigo, que... hasta negocio me han ofrecido ya, hacer trabajo en la familia para estar unidos a ellos y no tratar de hacer lo que estaba haciendo antes" (E7, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).

Categoría	Referencias textuales
Cambio de roles	<p>"Ahorita lo que es de mi hermano. Sí mis hermanos apoyan a mi mamá. Ellos ya tienen su familia, Y yo también tenía familia, pero vivía en casa de mi mamá. Y date cuenta de que yo trabajaba y le daba dinero a mi esposa, a mi hijo y a mi mamá y ahorita son mis hermanos los que también van y 'sobres mamá, ahí va esto para que pague esto y esto..." (E2, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México). "De que ellos... mi suegro me está tendiendo las manos, tanto mi suegro como mi cuñado. De hecho, mi suegro ya me hizo una carta donde él me está contratando para trabajar en su taller, es un taller de torno. Es, como quiera, una profesión, ser tornero y es algo bien pagado. Y él me dice: 'No, <i>mijo</i>, tú no te preocunes, yo hago el papel de cierta manera, yo estoy haciendo el papel aquí en la casa, pero cuando salgas están las puertas abiertas para ti y tienes trabajo'" (E4, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).</p>
Rehacer la relación	<p>"Sí, ahí afuera cuando yo estaba sí había distancia, no había mucha comunión y yo creo que después de esta experiencia pues ellos vieron, se sintieron angustiados por lo que estaba pasando y hubo más comunión. Más que nada con mi mamá, pues a través de ella ellos me mandan saludos 'échale ganas <i>mijo</i>, aquí andamos' y de vez en cuando mandan algo, una comida o algo. Lo que creo es que hay más comunión ahora, se ve el apoyo de ellos" (E1, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México). "Llegó y le digo a la celadora: 'Señorita, ¿quién es la persona que me busca?' 'Aquel' 'Dígame joven, ¿en qué le puedo servir?'. Y se queda así (impresionado). Dígame joven'. Reconocí a mi hijo cuando me dijo: 'Papá soy tu hijo', después de tantos años que no lo veía, pues conocí a mi hijo. Me abrazó, me dio un beso. Le dije: '¿Sabes qué?, perdóname por todo el daño que te he hecho'" (E5, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).</p>
Creencias y valores	<p>"Solo que ella (la madre) fue entendiendo de poco en poco, que a lo mejor esto, viéndolo por el lado espiritual yo lo necesitaba. ¿Para qué? Pues para fortalecerme más en Dios, porque a lo mejor afuera pues lo conocía, pero no lo tenía mucho en cuenta. No lo vivía. Sin embargo, aquí, pues realmente es mi necesidad de él porque yo creo que sin él estaría angustiado, preocupado y pues él me da esa tranquilidad esa paz con mi familia" (E1, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México). "Sí, claro. Con mi esposa yo platico de Dios con ella, porque de poco a poco, como quiera, nos ha abierto caminos, tanto aquí y afuera nos ha ayudado bastante" (E4, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).</p>

**Fuente:** elaboración propia

El elemento que más se apreció a través del estudio del discurso de los entrevistados fue el aprendizaje, elemento que se producía casi independientemente del resto de elementos que componen la variable. Este aprendizaje por parte de todo el núcleo familiar suponía la obtención de una serie de conocimientos, principalmente de valores morales, que conformaban la parte positiva del aislamiento físico de uno de sus integrantes al cumplir condena en un centro penitenciario.

La adaptación se entendió como la asimilación de la realidad en la que un integrante está ausente, con todos los impactos económicos, psíquicos y de salud que

ello conlleva. Es un proceso por el cual todo el grupo familiar identifica el trauma que se ha presentado a raíz de la ausencia de uno de los individuos y se habitúa al mismo. Aunque está relacionado con el elemento anterior, la no adaptación no imposibilita que el resto de los elementos de la variable pueda llevarse a cabo.

El rehacer la relación también fue un elemento a tener en cuenta entre el discurso de los entrevistados, si bien no se presentaba en todos los casos. Este elemento se podía entender de dos maneras: la primera de ellas era el recomponer lazos afectivos que se deterioraron a raíz de la comisión del delito, producto del resentimiento de uno o varios integrantes del núcleo familiar. La segunda de ellas era el reforzar los lazos afectivos con familiares con los que antes se tenía poco o ningún contacto o, directamente, el restablecer lazos afectivos que se habían perdido hacia largo tiempo. Este fenómeno se identificaba más con familiares lejanos, como tíos, primos o sobrinos, mientras que el primer caso era más común con familiares directos, como madres, hermanas o hijas.

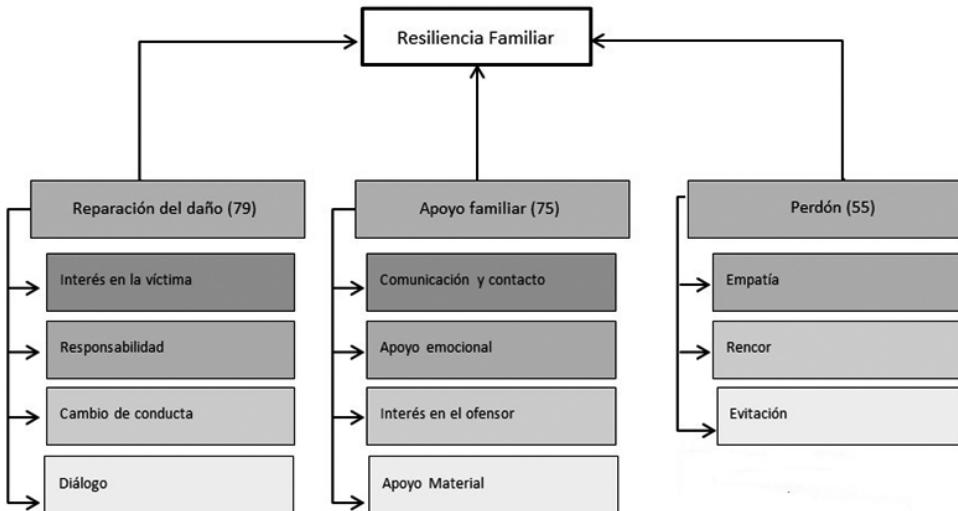
El cambio de roles dentro de la familia para suplir las diferentes carencias producidas por el ingreso en prisión de un integrante de la familia era, generalmente, de tipo económico y/o afectivo, puesto que, al ser compuesta la muestra de estudio en su totalidad por varones, era común que hayan de suplirse los roles de proveedor económico y de cabeza de familia. Cuando no existía otro varón dentro de la familia que pudiera suplir a la PPL en el cumplimiento de estas funciones, las mismas solían recaer en la esposa, la pareja o en la madre de la PPL.

Las diferentes referencias que algunos de los entrevistados hacían con relación a su fe, a sus creencias religiosas o a los valores que compartían con sus familiares también daban paso a que se propiciara una resiliencia familiar.

### 3.2. Elementos de la justicia restaurativa presentes en la resiliencia familiar

Este apartado gira en torno al primer objetivo específico de la investigación, el poder identificar los elementos de la justicia restaurativa inherentes al proceso de resiliencia familiar. El análisis del discurso de los entrevistados permitió identificar que la reparación del daño, la ayuda familiar y el perdón intrapersonal son elementos que efectivamente aparecen dentro de la resiliencia familiar de la PPL, si bien los resultados cualitativos muestran que no todas las variables tuvieron el mismo protagonismo en los relatos de los entrevistados, como se muestra en el siguiente esquema de co-ocurrencias<sup>12</sup>:

12 Se entiende por co-ocurrencia a dos referencias que convergen en un mismo nodo, estableciéndose de esta manera las relaciones entre los elementos de la justicia restaurativa y la resiliencia familiar de las PPL.

**Figura 1.** Co-ocurrencias de las variables independientes con la variable dependiente.

**Fuente:** elaboración propia.

El esquema anterior ilustra la distribución de las co-ocurrencias de dichos nodos con cada una de las variables de los elementos de la justicia restaurativa, lo que hizo pensar que existe un orden de importancia para el favorecimiento de la resiliencia familiar.

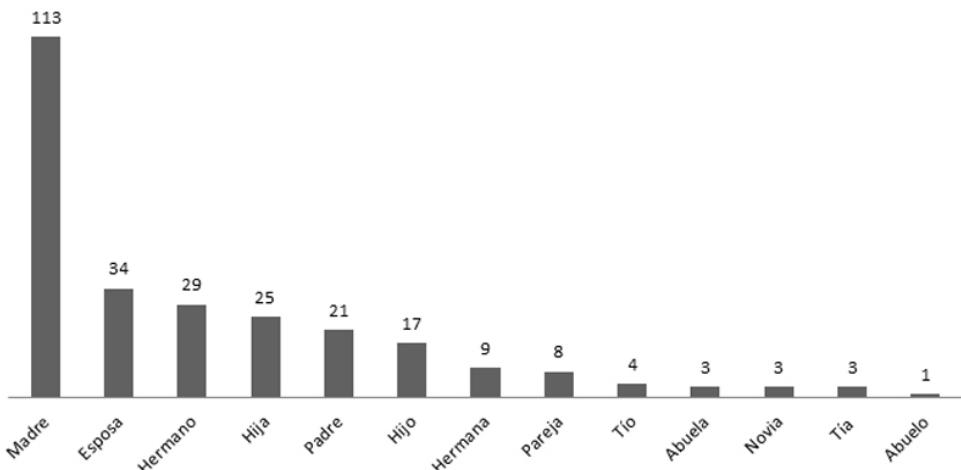
Como resultado del análisis del discurso de las PPL se registraron un total de 134 nodos relacionados con la resiliencia familiar. De ellos, 79 estaban relacionados con la variable de la reparación del daño, lo que suponía 59 % de co-ocurrencia; 75 con la variable del apoyo familiar, lo que se traducía en 56 % de co-ocurrencia y 55 con la variable del perdón interpersonal, que representaba 41 % de co-ocurrencia con la resiliencia familiar.

Vistos estos resultados, se puede afirmar que tanto la reparación del daño, el apoyo familiar y el perdón no solo existen en la resiliencia familiar, sino que tienen un impacto directo en el establecimiento de una resiliencia familiar de aquellas familias que viven la situación de que uno de sus miembros cumple condena en un centro penitenciario. Sin embargo, el nivel de impacto es diferente dependiendo de la variable en la que se enfoque el estudio, pudiendo establecer un orden de importancia entre las mismas.

### 3.3. Actores presentes en la resiliencia familiar

Para identificar actores asociados a la resiliencia familiar y a los elementos de la justicia restaurativa, se contabilizaron las menciones a los familiares más repetidas dentro del discurso de los entrevistados. Dicho proceso dio como resultado el siguiente orden de importancia de los miembros de la familia en el discurso:

Figura 2. Orden de importancia de los miembros de la familia en el discurso de las PPL.



**Fuente:** elaboración propia.

Para completar la información de la figura anterior y para ilustrar la importancia de los miembros de la familia en cada una de las variables del estudio, se presentan las referencias textuales más destacadas:

**Tabla 5.** Miembros de la familia identificados en cada una de las variables de estudio.

Variable	Referencias textuales
Reparación del daño	“(...) ya después que ya mi mamá supo cómo estuvo la situación, pues estuvo tranquila porque ella desconocía mucho de los hechos que habían pasado” (E1, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México). “Ellos empezaron a hacerse... tener dudas y muchas preguntas. Que si yo andaba aquí, que si yo estaba allá, que si andaba mal, que si andaba en malas compañías... y todo eso me orilló a sentarlos enfrente de mí, directamente, a mi mamá, a mi esposa y mis hijos” (E4, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).
Apoyo familiar	“Yo aquí ya voy a cumplir 6 años, los cuales, fácil, fácil, te estoy hablando de 4 años y medio que mi esposa siempre vino. Constante, los sábados. Mi mamá también los sábados. Mis hermanos muy poco vienen, pero sí hay un cierto apoyo como quiera...” (E4, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México). “(...) pasado un cierto tiempo venían mi mamá y mi hermana y mi pequeña hija” (E10, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México). “Con mi mamá, cada semana viene a visitarme, todos los domingos y yo le hablo todos los días. No pues de lo que hago en el día o lo que hace ella en el día” (E13, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).

Variable	Referencias textuales
Perdón interpersonal	<p>“Reconocí a mi hijo cuando me dijo: ‘Papá soy tu hijo’ después de tantos años que no lo veía, pues conocí a mi hijo. Me abrazó, me dio un beso. Le dije: ‘¿Sabes qué?, perdóname por todo el daño que te he hecho. ‘No papá perdóname tú a mí porque yo no te he visto’.</p> <p>‘Perdóname hijo, cometí un error muy grande y si vieras como es estar aquí encerrado’” (E5, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).</p>
	<p>“Cuando viene mi jefa (la madre) le pido perdón, le digo que lo siento por haber hecho eso” (E9, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).</p>
Resiliencia familiar	<p>“Siempre me veía yo peleando con mi hermano, trompos y eso. Y ahora, pues nada ‘échale ganas carnal’. Cuando salga, mi hermano quiere poner un puesto de pollos y me dice: ‘Usted lo va a atender, para que usted esté ahí’” (E2, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).</p>
	<p>“Mis hermanos apoyaron a mamá y ya mamá apoyaba a mi señora, que mi <i>morrillo</i> quiere algo y le decía a mi mamá ahí apóyela económica mente” (E15, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).</p> <p>“Con mi mamá, pues a través de ella ellos me mandan saludos ‘échale ganas <i>mijo</i>, aquí andamos’ y de vez en cuando mandan algo, una comida o algo. Lo que creo es que hay más comisión ahora, se ve el apoyo de ellos” (E1, entrevista personal, Monterrey, Nuevo León, México).</p>

**Fuente:** elaboración propia.

Se pudo observar que, en lo referente a la variable de la reparación del daño, los entrevistados identificaban a las madres como los miembros familiares más importantes, seguidos de las esposas y los hijos. Se interpretó entonces que los entrevistados consideran a estos integrantes como los más afectadas por la comisión de un delito y el posterior ingreso en prisión, por lo que son el objetivo principal de la reparación del daño.

Con respecto al apoyo familiar, los integrantes femeninos de la familia de los entrevistados volvían a tener un papel relevante, identificándose a las madres, hijas y esposas como las principales fuentes de apoyo. Cabe destacar que en esta variable también aparecieron los hermanos de los entrevistados, que jugaban también un papel en el interés en el ofensor.

En lo relativo al perdón, se observó nuevamente que la madre era identificada como el individuo que más otorgaba el perdón a la PPL, seguida de los hijos, quienes también presentaron una destacada importancia a la hora de perdonar al familiar que cumplía condena.

Por último, los integrantes que más peso tienen en la resiliencia familiar, especialmente en la adaptación y en el cambio de roles a raíz del ingreso en prisión de uno de los miembros de la familia, son las madres y los hermanos de

los entrevistados. Estos no solo asumían el papel de proveedor económico de los familiares a cargo de la PPL, sino que también conformaban el principal apoyo en lo referente al cuidado y cohesión del grupo familiar.

#### 4. Conclusiones

- a. De acuerdo con los resultados del estudio cualitativo con PPL del Centro de Prevención y Reinserción Social Topo Chico en Monterrey, México, los elementos de la justicia restaurativa identificados como reparación del daño, apoyo familiar y perdón, favorecen la resiliencia familiar de las personas que se encuentran cumpliendo una condena. Por lo tanto, se destaca la necesidad de incluir en los programas de reinserción social espacios que faciliten procesos restaurativos entre las PPL y sus familias, con la finalidad de fortalecer las redes de apoyo primarias y preparar a ambas partes a una readaptación y reintegración de la PPL una vez que salga del centro penitenciario.
- b. La realización de estos procesos de justicia restaurativa dentro del contexto penitenciario podría significar una herramienta de empoderamiento de este sector de la población, cuyos derechos son constantemente vulnerados, lo que despierta un sentimiento de castigo y venganza por parte de la sociedad.
- c. Aunque los datos obtenidos a través de la investigación documental y cualitativa probó que los elementos de la justicia restaurativa, identificados como la reparación del daño, el apoyo familiar a la PPL y el perdón interpersonal, existen dentro de la resiliencia familiar, se puede afirmar que los mismos presentan diferentes rangos de importancia, siendo la reparación del daño a la familia por parte de la PPL el elemento más destacado, seguido por el apoyo familiar ofrecido a la PPL y, finalmente, por el perdón interpersonal.
- d. Las creencias religiosas y los valores morales compartidos por la familia de las PPL, independientemente de si se crearon debido al trauma vivido por la separación o solo se reforzaron a raíz de esta, son parte indispensable de la resiliencia familiar y, por lo tanto, no pueden ser obviados en los programas de reinserción social.
- e. Las madres de las PPL juegan un papel esencial en el proceso restaurativo y resiliente, seguido en menor medida por las esposas, los hijos y los hermanos. En la mayoría de los casos estudiados, fueron las madres las que cumplieron con la doble función de sustituir a la PPL en el rol económico y de ocuparse de los cuidados de otros integrantes de la familia. Se destaca también el rol de los hermanos varones de las PPL entrevistadas, ya que en su mayoría sustituyeron o apoyaron a las madres en el rol de proveedor económico.
- f. Resulta pertinente replicar el estudio en otros contextos penitenciarios del continente latinoamericano, ya que se comparten las problemáticas y, en algu-

nos casos, la posibilidad legal de implementar procesos restaurativos con las redes familiares de la PPL. El ampliar la comprensión sobre la problemática penitenciaria y el potencial restaurativo de la resiliencia familiar en otros contextos latinoamericanos, podría fortalecer esta propuesta como alternativa para disminuir los índices de reincidencia delictiva e impactar positivamente en las tasas de reinserción social.

## Referencias bibliográficas

- Aranda, C. y Pando, M. (2013). Conceptualización del apoyo social y las redes de apoyo social. *IPSI-Revista de Investigación en Psicología*, 16(1), 233-245.
- Armour, M. & Umbreit, M. (2004). The Paradox of Forgiveness in Restorative Justice. En Worthington, E. (ed.), *Handbook of Forgiveness*. Minnesota: University of Minnesota.
- Becerra, E. (2006). Resiliencia: definición, características y utilidad del concepto. *Revista de Psicología y Psicología Clínica*, 11(3), 125-146.
- Braithwaite, J. (2016). Redeeming the "F" Word in Restorative Justice. *Oxford Journal of Law and Religion*, (5), 79-93.
- Cámaras, J. V. y Cruz, E. P. (5 de marzo de 2014). La participación familiar en el proceso de readaptación social del interno sentenciado en el CERESO de Acatlán, Veracruz. En *La participación familiar en el proceso de readaptación social del interno sentenciado en el CERESO de Acatlán, Veracruz*. Recuperado de <http://promep.sep.gob.mx/archivosPDF/MEMORIAS/Producto1773938.PDF>
- Canales Cerón, M. (2006). *Metodologías de la investigación social*. Santiago: LOM Ediciones.
- Carranza, E. (2012). Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe. ¿Qué Hacer? *Anuario de Derechos Humanos*, (8), 31-66.
- Cerde Pérez, P. L. (2015). *Prisión y familia. Retos para la cohesión social y el desarrollo del siglo XXI*. Monterrey: Universidad Autónoma de Nuevo León.
- Colombia. Congreso de Colombia. (19 de agosto de 1993). Ley 65. Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. *Diario Oficial* n.º 40999. Recuperado de <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/Ley%2065%20de%201993.pdf>
- Colombia. Congreso de Colombia. (31 de agosto de 2004). Ley 906. Código de Procedimiento Penal de Colombia. *Diario Oficial* n.º 45657. Recuperado de [http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0906\\_2004.html](http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html)
- Cortés Cortés, M. E. e Iglesias León, M. (2004). *Generalidades sobre Metodología de la Investigación*. Ciudad del Carmen: Universidad Autónoma del Carmen.
- Costa Rica. Asamblea Legislativa. (9 de enero de 2018). Decreto Ejecutivo 40849-JP. Reglamento del Sistema Penitenciario Nacional de Costa Rica. *Gaceta Oficial*. San

- José, 2018. Recuperado de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=85709&nValor3=110897&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=85709&nValor3=110897&strTipM=TC)
- Costa Rica. Asamblea Legislativa. (4 de junio de 1996). Ley 7594. Por la que se dicta el Código Procesal Penal. *Gaceta Oficial* n.º 106. San José. Recuperado de <https://pani.go.cr/descargas/codigo/439-codigo-procesal-penal-7594/file>
- Costa Rica. Asamblea Legislativa. (2 de julio de 2018). Ley 9582. Ley de Justicia Restaurativa. *Gaceta Oficial*. San José. Recuperado de <https://justiciarestaurativa.poder-judicial.go.cr/images/LeyJR/Ley-de-Justicia-Restaurativa-Ley-N-9582.pdf>
- de Andrade Seidl, M. L. y da Cruz Benetti, S. P. (2011). Resiliencia familiar: nuevas perspectivas en la promoción y prevención en salud. *Diversitas: Perspectivas en Psicología*, 7(1), 43-55.
- De la Rosa Vázquez, C. S. y Cabello Tijerina, P. A. (2016). El desarme emocional en los círculos de paz. En Gorjón Gómez, G. d. (ed.), *Tratado de justicia restaurativa. Un enfoque integrador* (pp. 57-77). Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- Díaz Bravo, L., Torruco García, U., Martínez Hernández, M. y Varela Ruiz, M. (2013). La entrevista, recurso flexible y dinámico. *Investigación en Educación Médica*, 2(7), 162-167.
- Feoli Villalobos, M. y Sáenz Solis, J. (2019). Vis a vis: Reincidencia y sanción penal. *Nuevo Humanismo*, 7(2), 7-32.
- Gómez, E. y Kotliarenco, M. A. (2010). Resiliencia familiar: un enfoque de investigación e intervención con familias multiproblemáticas. *Revista de psicología*, 19(2), 103-132.
- Gracia, E. y Herrero, J. (2006). La comunidad como fuente de apoyo social: evaluación e implicaciones en los ámbitos individual y comunitario. *Revista Latinoamericana de Psicología*, 38(2), 327-342.
- Hernández Jiménez, N. (2018). El fracaso de la resocialización en Colombia. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, (49), 1-41.
- Hernández Pliego, J. A. (2014). La reparación del daño en el CNPP. En García Ramírez, S. y González Mariscal, O. (eds.), *El Código nacional de procedimientos penales. Estudios* (pp. 341-355). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hirschi, T. (2001). *Causes of delinquency*. Abingdon: Routledge.
- Índice de Paz México (IMP). (2019). *Índice de Paz México*. Ciudad de México: Institute for Economics and Peace.
- Markson, L., Lösel, F., Souza, K. & Lanskey, C. (2015). Male prisoner's family relationships and resilience in resettlement. *Criminology & Criminal Justice*, 15(4), 423-441.
- Martínez-Salgado, C. (2012). El muestreo en investigación cualitativa. Principios básicos y algunas controversias. *Ciência & Saúde Coletiva*, 17(3), 613-619.
- Maruna, S. (2001). *Making Good: How Ex-convicts Reform and Rebuild Their Lives*. Whasington D.C.: American Pshycological Association.

- McCullough, M. E., Rachal, K. C. & Worthington, E. L. (1997). Interpersonal Forgiving in Close Relationships. *Journal of Personality and Social Psychology*, 73(2), 321-336.
- México. Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión. (3 de enero de 2017). Ley General de Víctimas. *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 2013. México D.F.
- México. Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión. (16 de junio de 2016). Ley Nacional de Ejecución Penal. *Diario Oficial de la Federación* el 16 de junio de 2016, México D.F.
- México. Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión. (5 de julio de 2010). Ley Federal de Protección de datos personales en posesión de los particulares. *Diario Oficial de la Federación* del 5 de julio de 2010, México D.F.
- Mills, A. & Codd, H. (2008). Prisioner's families and offender management: Mobilizing social capital. *Probation Journal: The Journal of Community and Criminal Justice*, 55(1), 9-24.
- Ministerio de Gobierno de Panamá (MinGob). (2015). *Por una segunda oportunidad*. Panamá: Ministerio de Gobierno.
- Nanclares Márquez, J. & Gómez Gómez, A.E. (2017). La reparación: una aproximación a su historia, presente y prospectivas. *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, 17(33), 59-80.
- Nuñovero Cisneros, L. (2019). *Cárceles en América Latina 2000-2018*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). (2017). *Hoja de ruta para la elaboración de programas de rehabilitación en las cárceles*. Viena: Naciones Unidas. Recuperado de [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/17-07441\\_eBook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/17-07441_eBook.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2015). *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*. Viena: Organización de Naciones Unidas.
- Panamá. Asamblea Nacional. (18 de mayo de 2007). Ley 14. Que adopta el Código Penal. *Gaceta Oficial de la República* n.º 25796. Panamá. Recuperado de [http://criminalisation.gnpplus.net/sites/default/files/panama\\_penal\\_code.pdf](http://criminalisation.gnpplus.net/sites/default/files/panama_penal_code.pdf)
- Panamá. Asamblea Nacional. (28 de mayo de 1998). Ley 31. De la Protección de las Víctimas del Delito. *Gaceta Oficial de la República* n.º 23553, Panamá. Recuperado de [https://www.sijusa.com/wp-content/uploads/2020/05/l\\_31\\_1998.pdf](https://www.sijusa.com/wp-content/uploads/2020/05/l_31_1998.pdf)
- Panamá. Asamblea Nacional. (1 de agosto de 2003). Ley 55. Que reorganiza el Sistema Penitenciario. *Gaceta Oficial de la República* n.º 24857. Panamá. Recuperado de [http://www.oas.org/juridico/spanish/gapeca\\_sp\\_docs\\_pan1.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/gapeca_sp_docs_pan1.pdf)
- Pertejo Rivas, B. (2014). *Introducción a procesos de perdón y reconciliación familiar a través de una obra de teatro sobre el tema y un taller reflexivo y participativo posterior*. México: UNED.
- Pranis, K. (2009). *Manual para facilitadores de círculos*. San José: CONAMAJ.

- Registro Nacional de Reincidencia. (2017). Sentencias condenatorias. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Obtenido de [https://www.dnrec.jus.gov.ar/descargas/estadisticas/Informe\\_Condenas\\_2016\\_FINAL\\_ANEXO.pdf](https://www.dnrec.jus.gov.ar/descargas/estadisticas/Informe_Condenas_2016_FINAL_ANEXO.pdf)
- Rocha, A., Amarís, M. y López-López, W. (2017). El perdón como estrategia de afrontamiento. Una mirada desde el modelo de la complejidad del afrontamiento. *Terapia Psicológica*, 35(3), 271-281.
- Sánchez Urios, A. (2006). *Trabajo social microsocial: intervención con individuos y familias*. Murcia: Diego Marín, Librero-Editor.
- Walsh, F. (2005). Resiliencia familiar: un marco de trabajo para la práctica clínica. *Sistemas familiares*, 12(1-2), 76-97.
- Woodward, R. (2003). *Families of prisoners: Literature review on issues and difficulties*. Canberra: Australian Government Department of Family and Community Services.
- Zehr, H. (2007). *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*. Brattleboro, VT: Good Books.



*Serie Silvaticus. Fotografía digital- Collage digital. Silvia Alejandra Cifuentes Manrique*

**Estudios  
de Derecho**  
Fundada en 1912



1803

**UNIVERSIDAD  
DE ANTIOQUIA**

# Cárcel legal y Cárcel real: una mirada a los derechos fundamentales de los reclusos en el municipio de Segovia (Antioquia)\*

Juan David Posada Segura\*\*

Cristian Leonel Guardia López\*\*\*

## Resumen

Las condiciones de violación de los derechos humanos en los centros de reclusión del orden nacional colombianos son bastante denunciadas y conocidas, sin embargo, esta no es la única privación de libertad existente en nuestro país, ya que por ejemplo, existen las cárceles del orden municipal donde también resulta importante dar cuenta de esa "otra cara" de la prisión. Por ello resulta relevante definir desde la academia, cuáles son los derechos fundamentales que resultan comprometidos o afectados por la ejecución de la privación de la libertad y de igual manera evidenciar cuál es el estado de garantía o no de cada uno de ellos en las cárceles municipales. Así entonces, el presente artículo tiene como objetivo principal dar cuenta de las condiciones de privación de libertad de las personas que se encuentran recluidas en la cárcel del municipio de Segovia, fundamentalmente la situación de sus derechos humanos; esto a partir de la utilización de una metodología de corte cualitativo, con la cual se propendió generar elementos para la comprensión de la privación de libertad a partir de la observación e interacción con los reclusos, partiendo de la utilización de técnicas habitualmente cualitativas tales como la observación, entrevistas en modalidad de encuesta y la revisión documental.

**Palabras clave:** derechos humanos; privación de libertad; cárcel municipal; derecho penitenciario.

## Legal jail and real jail: A look at the fundamental rights of prisoners in the municipality of Segovia (Antioquia)

## Abstract

The conditions of violation of human rights in the Colombian national detention centers are often denounced and known; however, this is not the only way to violate human rights for people who are deprived of liberty in our country. There are prisons of the municipal order where it is also essential to give an account of that "other side" of the prison. Therefore, it is relevant to define, from an academic perspective, what fundamental rights are compromised or affected by the execution of the deprivation of liberty and, in the same way, to show what the guarantee status is or is not of each of them in municipal prisons. Thus, this article's main objective is to give an account of the characteristics of the population deprived of liberty in the prison of the municipality of Segovia, fundamentally the situation of their human rights. This is based on the use of a qualitative methodology, with which it was intended to generate knowledge based on the interaction and observation of inmates, as well as the use of routinely qualitative techniques such as observation, interviews in a survey mode, and documentary review.

**Keywords:** human rights; deprivation of liberty; prison; penitentiary law.

## Prisão legal e Prisão real: Uma visão dos direitos fundamentais dos detentos no município de Segovia (Antioquia)

## Resumo

As condições de violação dos direitos humanos nos centros penitenciários a nível nacional colombianos são constantemente denunciadas e conhecidas<sup>1</sup>, porém, esta não é a única privação de liberdade existente em nosso país, já que por exemplo, existem os presídios de ordem municipal onde também é importante detectar esta "outra cara" carcerária. Por este motivo é relevante definir desde a academia, quais são os direitos fundamentais que são comprometidos ou afetados pela execução da privação de liberdade, e da mesma forma, evidenciar qual é o estado de garantia ou não de cada um deles nos presídios municipais. Assim, o presente artigo tem como objetivo principal destacar as condições de privação de liberdade dos detentos no presídio de Segovia, especificamente a situação de seus direitos humanos; a partir da utilização de um estudo de corte qualitativo, com o qual se dispôs a gerar elementos para a compreensão da privação de liberdade a partir da observação e interação com os detentos, partindo do uso de técnicas habitualmente qualitativas tais como a observação, entrevistas em modalidade de pesquisa e a revisão de documentos.

**Palavras-chave:** direitos humanos; privação de liberdade; presídio municipal; direito penitenciário.

\* Artículo de investigación. Derivado del proyecto "Situación de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en el establecimiento carcelario del municipio de Segovia (Antioquia)"; grupo de investigación: Sistema Penitenciario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia; línea de investigación: Derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. Investigador principal: Juan David Posada Segura; Coinvestigadores: Cristian Leonel Guardia López, Luis Eduardo Peláez Jaramillo, Leidy Cristina Muñetón Vahos; Fecha de terminación: febrero 2017.

\*\* Docente investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia; Doctor Cum Laude en derecho y sociología jurídico-penal por la Universidad de Barcelona, Magíster en Derechos Humanos por la Universidad Internacional de Andalucía, Abogado egresado de la Universidad de Antioquia. Director del Semillero de Penitenciario y miembro del grupo de investigación Sistema Penitenciario de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: juandavid@posadasegura.org. ORCID: 0000-0003-0168-9113

\*\*\* Docente e investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia; Abogado de la Universidad de Antioquia, Especialista en Ciencias Penales y Penitenciarias de la Universidad San Buenaventura, Magíster el Derecho de la Universidad de Antioquia, Magíster en Sociología jurídico penal y candidato a Doctor de la Universidad de Barcelona. Director del grupo de investigación Sistema Penitenciario y miembro del Semillero de Penitenciario de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: cristian.guardia@udea.edu.co. ORCID: 0000-0002-6778-8045

Cómo citar este artículo: Posada Segura, J. D. y Guardia López, C. L. (2021). Cárcel legal y Cárcel real: una mirada a los derechos fundamentales de los reclusos en el municipio de Segovia (Antioquia). *Estudios de Derecho*, 78 (171), 319-351  
DOI: 10.17533/udea.esde.v78n171a13

Fecha de recepción:05/03/2020 Fecha de aceptación:14/10/2020



## Cárcel legal y Cárcel real: una mirada a los derechos fundamentales de los reclusos en el municipio de Segovia (Antioquia)

### Introducción

Si bien hoy está claro que la ejecución penal no debe estar fuera del ámbito del Estado de derecho, en tanto a partir de la tradición del derecho penal liberal se ha consolidado la garantía ejecutiva, como una de las derivaciones del principio de legalidad, lo cierto es que no siempre ha sido así. De hecho, según Drapkin y Brücherd (como se citaron en Caro, 2013):

Hasta fines del siglo XVIII se consideraba a los delincuentes como malvados o degenerados, indignos de compasión y ayuda, y cuya eliminación, reclusión o muerte, era lo único que podía hacer la sociedad para evitar los grandes daños que cometían. Las prisiones eran establecimientos de castigo, en cuyos calabozos, verdaderas pocilgas, se abandonaba a los delincuentes, castigándolos corporalmente y se les daba escasa alimentación. Los condenados a trabajos forzados [...] debían trabajar en galeras o en obras públicas, en forma intensa. (p. 151)

Es en este contexto donde se empieza a gestar en Europa, un filantrópico interés por la visibilización y mejoramiento de las condiciones de las personas recluidas - y no solo aquellas detenidas o condenadas por la justicia penal, sino los confinados en hospitales, sanatorios, casas de corrección, etc.,- que alcanzan su cúspide con la publicación de *El Estado de las prisiones en Inglaterra y Gales* (Howard, 1777). A partir de allí, y con los valiosos aportes de disciplinas como la criminología y la sociología, se han promovido una gran variedad de estudios sobre temas relacionados con la privación de la libertad, cuestión que permite tener un acercamiento al tema en el marco de una perspectiva critico-social.

La mayoría de ejemplos de este tipo de investigaciones, se encuentran en trabajos españoles, que deben ser tenidos en cuenta, no para copiar de manera inconsulta los modelos en ellas implementados por los investigadores, sino para

evidenciar a partir del conocimiento de elementos comunes, el hecho de que la privación de la libertad presenta características similares independientemente de las condiciones económicas o socioculturales de los países donde esta se ejecute<sup>1</sup>.

Sin embargo, también existen esta clase de investigaciones en el plano local; en primer lugar ha de citarse la labor de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y de la Defensoría del Pueblo, quienes periódicamente publican informes sobre el estado de los derechos fundamentales en los centros de reclusión colombianos; de igual manera ha de considerarse muy especialmente la labor hecha por la Corte Constitucional colombiana que de cara a la producción de la Sentencia T-153 de 1998, realizó un importante trabajo que dio cuenta del estado de los derechos fundamentales de las personas detenidas al interior de los centros penitenciarios del país. El estudio se ocupó de los derechos fundamentales en general y de algunos en particular, concentrándose en los centros penitenciarios de mayor capacidad en términos de encierro de personas, presentando conclusiones como:

Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Razón le asiste a la Defensoría del Pueblo cuando concluye que las cárceles se han convertido en meros depósitos de personas. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. (Corte Constitucional, Sentencia T-153 de 1998)

Esta determinación sobre la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria en Colombia, fue ratificada en la Sentencia T-606 de 1998 y consolidada más recientemente en las sentencias T-388 de 2013, T-762 de 2015.

---

1 Investigación realizada por el Observatorio de Sistema Penal y Derechos Humanos (OSPDH) de la Universidad de Barcelona titulada: *"Condicions de l'empresonament a Catalunya"*; esta se realizó en 11 centros penitenciarios catalanes: Centre Penitenciari d'homes de Barcelona 4 ("La Model"), Centre Obert de Barcelona, Centre Penitenciari de Dones de Barcelona ("Wad-Ras"), Centre Penitenciari de Joves de Barcelona ("La Trinitat"), Centre Penitenciari de Brians, Centre Penitenciari de Quatre Camins 6, Centre Penitenciari de Tarragona, Centre Penitenciari de Ponent, Centre Obert de Lleida, Centre Penitenciari de Girona 7, Centre Penitenciari de Figueres. De igual manera, resulta pertinente la investigación realizada por la Asociación Pro Derechos Humanos, denominada *Informe sobre la situación de las prisiones en España*, publicado por Editorial Fundamentos, Colección Ciencia en Madrid, en 1999. Haciendo uso de la encuesta a los detenidos, como método para la obtención de información, Julián Carlos Ríos Martín y Pedro José Cabrera Cabrera, realizaron dos trabajos de investigación sobre la situación de las personas al interior de las penitenciarias en España, el primero llamado: *Mil voces presas*, publicado en 1998; y el segundo titulado: *Mirando el abismo, el régimen cerrado*, publicado en el 2000; ambos editados por la Universidad Pontificia Comillas.

Uno de los elementos más importantes que exponen estas providencias, es que más allá de los particulares casos de violación de derechos fundamentales, se verifica todo un estado de cosas contrario a la Constitución, figura en virtud de la cual la Corte Constitucional reconoce que en determinado lugar o situación se están violando derechos fundamentales de las personas de manera general y sistemática, pero que la intervención estatal para terminar con dicha violación requiere de la participación de varias entidades o de una considerable adecuación presupuestal.

El inconveniente real que ello comporta, es que estos cambios se han demorado un tiempo considerablemente alto cuando estamos hablando de seres humanos a los que se les están violando derechos que en virtud de la Carta son exigibles por todas las personas, incluso, las privadas del derecho a la libertad; así las cosas, la situación no solo no cambia, sino que además se ve reafirmada con las constantes reformas penales y penitenciarias que abogan por un expansionismo del poder punitivo estatal.

Así mismo, en el ámbito latinoamericano se han realizado estudios desde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2011); Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) (1992), que han examinado las condiciones de la justicia penal en la región, promoviendo la adecuación de las normas internas a los estándares internacionales.

Así entonces, esta investigación tomó como referentes teórico-epistemológicos algunos autores que se pueden enmarcar en la línea del garantismo penal (Ferrajoli), la criminología crítica (Larrauri) y la sociología jurídico penal (Rivera, Bergalli, Baratta), así mismo se hizo un estudio de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en materia de derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

En concordancia con lo anterior, el tema principal del presente artículo gira en torno a los derechos humanos y su relación con el control penal, específicamente en la etapa de ejecución penal o derecho penitenciario, por lo que resulta adecuado destacar tal y como lo afirma Posada (2009) que:

Los derechos humanos se han mezclado con el derecho penitenciario en un discurso que hace ver fortalecido al segundo, que ve en la exaltación normativa de los primeros, una de las principales herramientas para presentarse como instrumento provisto de límites y para justificar el fin legalmente otorgado a la pena privativa de la libertad, o sea la resocialización. Sin embargo, en esta misma mezcla los derechos fundamentales relacionados con la privación de la libertad resultan afectados, en tanto se matizan con el objetivo de preponderar los principios del derecho penitenciario sobre aquellos. Así, simplemente en el plano normativo encontramos que los dere-

chos humanos inicialmente consagrados sin mayores restricciones en general resultan matizados a tal punto, que, aunque se mantenga su nombre jurídico, la posibilidad de aplicación real resulta limitada o suprimida desde la norma. (p. 13)

De esta manera, partiendo del planteamiento de la criminología crítica, concretamente en la orientación del garantismo penal y de la sociología del control penal, hay que aclarar que lo que se busca con este tipo de investigaciones no es mejorar el sistema penitenciario o carcelario, dado que en su actual uso como *prima ratio* de la resolución de los conflictos sociales, particularmente de la marginalidad “la prisión está estructuralmente imposibilitada para producir funciones positivas” (Baratta, 1986, p. 42), sino, que por el contrario, se focaliza en cuestiones tales como: la identificación puntual de discriminaciones o indefensiones y, en general, la vulneración de derechos fundamentales y en mejorar el conocimiento social de la realidad carcelaria municipal, dado que muchos de los problemas de la prisión son intrínsecos a ella y, por tanto, no son evitables, así entonces se hace necesario recordarlos y poner de manifiesto sus consecuencias negativas, que continúan produciéndose constantemente. Ello resulta imprescindible justamente porque permitirán poner sobre la mesa, como en reiteradas ocasiones, las necesidades de nuevas políticas encaminadas a afrontar la comisión de actos delictivos.

En ese sentido, el objeto de la investigación de la cual deriva este escrito, estuvo encaminado principalmente en realizar un diagnóstico de la situación de derechos humanos de las personas privadas de la libertad en el establecimiento carcelario de Segovia (Antioquia), a partir de una aproximación al centro de reclusión del orden municipal, definiendo cómo objetos de observación la infraestructura del establecimiento, las características de la población que allí se encuentra privada de la libertad y, fundamentalmente, la situación de sus Derechos Humanos, contando con la participación directa de los reclusos, lo que posibilitó la verificación de las opiniones de aquellos que viven a diario la privación de su libertad en este establecimiento; lo anterior también dio pie a la elaboración de un riguroso diagnóstico que permitirá a la administración carcelaria implementar las medidas necesarias tendientes a la garantía de los derechos humanos en materia penitenciaria y carcelaria de acuerdo con la normativa internacional y nacional vigente.

Para la investigación se propuso trabajar desde el enfoque de investigación cualitativa, teniendo como premisa la generación de conocimientos a partir de la interacción y observación de los presos en la cárcel municipal de Segovia. De esta manera, resulta posible la realización de una descripción detallada de situaciones, eventos, personas, interacciones y comportamientos observables en el contexto de privación de libertad, además de incorporar lo que los reclusos dicen, sus experiencias, actitudes, creencias, pensamientos y reflexiones sobre la situación de sus derechos humanos tal y como son percibidos por estos, todo a partir de la

utilización y triangulación de técnicas de obtención de la información que comprenderían la observación, la revisión documental y la encuesta. La primera, fue implementada esencialmente, para evidenciar las condiciones del lugar de reclusión con relación a los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, la segunda, para documentar y clasificar los derechos humanos de los reclusos y, la tercera, para contrastar y dar cuenta de esa cárcel real a través de la percepción directa de quienes a diario allí permanecen.

## 1. Aproximaciones teóricas de la investigación

A la luz de la Constitución, es claro que en un Estado social de derecho se permite restringir la libertad de las personas que cometen un hecho punible e inclusive, y de manera excepcional, como medida preventiva en el marco del proceso penal, pero necesariamente y como contrapartida, el Estado debe garantizarles a las personas privadas de la libertad todos los medios necesarios para purgar su pena o detención preventiva en condiciones dignas.

De igual manera, es sabido que a las personas que cometen un hecho ilícito, en reiteradas ocasiones se les castiga con la privación de la libertad, y solo esa debe ser su condena por infringir la ley, en consecuencia, el trato que se les da al interior de los centros de reclusión nunca debe ser usado como medio de castigo, pues el único derecho que se le suspende a los internos es el de la libertad física, los demás derechos se siguen conservando, algunos de manera plena y otros restringidos, pero en ningún caso se les eliminan por su condición de reclusos.

Al respecto, la Corte Constitucional colombiana ha expresado de manera reiterada que:

Si bien algunos derechos fundamentales de los reclusos son suspendidos o restringidos desde el momento en que éstos son sometidos a la detención preventiva o son condenados mediante sentencia, muchos otros derechos se conservan intactos y deben ser respetados íntegramente por las autoridades que se encuentran a cargo de los presos. Así, por ejemplo, evidentemente los derechos a la libertad física y a la libre locomoción se encuentran suspendidos y, como consecuencia de la pena de prisión, también los derechos políticos. Asimismo, derechos como los de la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión se encuentran restringidos, en razón misma de las condiciones que impone la privación de la libertad. Con todo, otro grupo de derechos, tales como la vida e integridad personal, la dignidad, la igualdad, la libertad religiosa, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la salud y al debido proceso, y el derecho de

petición, mantienen su incolumidad a pesar del encierro a que es sometido su titular. (Corte Constitucional, Sentencia T-065, 1995)

Esta división tripartita de los derechos fundamentales de los reclusos, que se ha justificado, por un lado, en la garantía del derecho a la resocialización de los condenados, y de otro lado, como garantía de la disciplina, seguridad y orden interno de los establecimientos penitenciarios y carcelarios. Esta ha sido graficada por Hernández (2019) así:

**Tabla 1.** Derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

Derechos Suspendidos	Derechos intocables	Derechos restringidos o limitados
Locomoción	Vida	Intimidad personal y familiar
Derechos Políticos (voto)	Debido proceso (presunción de inocencia)	Derecho de reunión
		Derecho de asociación
		Libre desarrollo de la personalidad
		Libertad de expresión
		Derecho al trabajo
		Derecho a la educación

**Fuente:** Hernández (2019, p. 161).

Así entonces, es de rescatar que el Estado tiene deberes especiales para con los reclusos, con miras a que estos puedan ejercer plenamente los derechos fundamentales que no les han sido suspendidos, y parcialmente, aquellos que les han sido restringidos. Y estos deberes no implican simplemente que el Estado no debe interferir en la esfera de desarrollo de estos derechos, sino también, y de manera especial, que el Estado debe ponerse en acción para garantizarle a los privados de la libertad el pleno goce de otros derechos, tales como la dignidad, la salud, la alimentación, el trabajo, etc.

Por tanto, la persona recluida en un centro carcelario mantiene su dignidad humana; el hecho de la reclusión no implica la pérdida de la condición de ser humano, dado que la función y finalidad de la pena son la protección de la sociedad, la prevención del delito y, principalmente, la resocialización del sujeto responsable del hecho punible; de la misma manera, las funciones de la detención preventiva se enfocan en la protección de la comunidad, la garantía de la comparecencia al proceso y la evitación de obstrucciones a la justicia, por tales motivos se hace necesario en este trabajo definir y determinar la relación del derecho penitenciario

con otros autores o teorías coadyuvantes como son la penología, la criminología crítica, el derecho de ejecución penal o la psicología. En este caso se resalta la obra de Foucault: *Vigilar y castigar*, en la que fundamenta el poder de castigar tomando como premisa la idea de que “el castigo no tiene que emplear el cuerpo sino la representación, lo que debe llevarse al máximo es la representación de la pena, no su realidad corporal” (Foucault, 1975, p. 99) y, en el mismo sentido, al mencionar que

Entre las penas y en la manera de aplicarlas en proporción a los delitos hay que elegir los medios que hagan en el ánimo del pueblo la impresión más eficaz y la más duradera y al mismo tiempo la menos cruel para sobre el cuerpo del culpable. (p. 302)

De esta manera se hace necesario para el desarrollo del presente artículo, poner de manifiesto algunas aproximaciones conceptuales que permitan relacionar el derecho penitenciario con otros saberes que le complementan, toda vez que la vida en prisión está enmarcada por múltiples disciplinas y ciencias que determinan su actuar y desarrollo; esto se debe a que todas convergen para tratar de dar forma y organización a lo que se conoce como *el sistema penitenciario*. Estas disciplinas se ven permeadas por teorías criminológicas, imperativos políticos, estereotipos sociales, estructuras administrativas, orientaciones psicológicas y sociológicas, técnicas de intervención, necesidades disciplinarias, contextos de vida, efectos psicológicos y dimensiones sociales que van a servir para analizar y darle sustento desde otras perspectivas u otros saberes, a la materialización de los derechos humanos al interior de los centros de reclusión.

Respecto a los derechos humanos, se hace indispensable decir que son la garantía de todo ciudadano ante las autoridades, sea cual fuere su condición, incluso son titulares de ellos quienes se encuentren recluidos en un establecimiento carcelario. De ahí, que la importancia de los derechos humanos radique en que son la base fundamental del Estado de derecho, pues al ser ellos la manifestación de las condiciones de dignidad de la naturaleza humana, su reconocimiento y protección legitima el ejercicio de las autoridades, en consecuencia, el concepto de derechos humanos expresado a lo largo de este trabajo de investigación se fundamenta en la definición esgrimida por Pérez Luño (1991), según la cual:

Los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. (p. 48)

Ahora bien, a la hora de abordar la definición de persona privada de la libertad, es necesario acudir a la normatividad internacional (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2015) y a la doctrina mayoritaria, en donde es entendida como

todo ser humano que se encuentra privado de su derecho a la libertad de abandono<sup>2</sup>, en virtud de sentencia condenatoria o de orden de detención preventiva debidamente expedidas por la autoridad judicial competente, también se encuentran allí incluidas las personas que están detenidas sin cargo en contra, o sea, aquellas personas frente a las cuales la detención no se ha dado aún por orden de autoridad judicial, aunque una autoridad policial o militar las mantiene momentáneamente bajo custodia, en este contexto también se incluye a las personas inimputables, bien sea por trastorno mental, diversidad sociocultural o inmadurez psicológica, ya que si bien a ellos no se les aplican penas o medidas de aseguramiento como la detención preventiva, sí les son aplicables medidas de seguridad que incluyen la detención en centros especializados para adolescentes<sup>3</sup>, centros de reclusión indígena<sup>4</sup> u hospitales siquiatríficos.

En este punto, es de gran importancia también entender que con la creación en Colombia de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, se dio un importantísimo paso hacia la conformación de un área -específica y derivada- independiente del derecho penal, la cual se ve reforzada con la existencia de un Código Penitenciario y Carcelario; a pesar de ello, tal paso no se ha dado desde la academia ni en las políticas públicas en materia penitenciaria, lo cual trae como consecuencia, que los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad no hayan podido ir avanzando en un camino que los conduzca a ser realmente los representantes de la rama del poder judicial en la ejecución de las penas en Colombia, con implicaciones directas en cuanto al respeto por los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

El derecho penitenciario es una de las tres subáreas que conforman el derecho penal. A través de todos los tiempos se ha estudiado en las facultades de Derecho del país, el derecho sustantivo y el derecho procesal penal, pero se ha dejado a un lado el derecho penitenciario, que en últimas, constituye uno de los momentos más importantes, pues es realmente allí, donde se deja ver en pleno el poder del derecho penal, reflejado en la facultad punitiva del Estado.

Adicionalmente, es necesario delimitar el objeto de estudio del derecho penitenciario, pues tiende a confundirse con otras disciplinas que se relacionan íntimamente con el mundo de las prisiones. En este sentido el profesor Rivera (2008) afirma que:

- 
- 2 El derecho que está en juego no es la libertad de locomoción como lo ha señalado en múltiples ocasiones le Corte Constitucional colombiana, ya que salvo internamiento en la Unidad de tratamiento especial o calabozo (UTE), el individuo podrá moverse de un lugar a otro, es más, no hacerlo puede constituir una falta disciplinaria, de acuerdo con la legislación penitenciaria y carcelaria vigente. Lo que realmente le está prohibido es abandonar el lugar que le ha sido asignado por la administración penitenciaria.
- 3 Véase: Castellón Giraldo, Y.L. (2012). *La privación de la libertad en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- 4 Véase: Ariza, L. y Zambrano, R. (2012). Cárcel Kapuría. Las rutas del encarcelamiento de indígenas en Colombia. *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 13(1), 157-181.

El derecho penitenciario se ocupa del cumplimiento de la ejecución de la pena privativa de la libertad y de las medidas de seguridad de internamiento o privativas de la libertad, así como de otras medidas sustitutivas de la privación de libertad, como son la condena de ejecución condicional, la libertad condicional, el arresto domiciliario, el arresto de fin de semana, o el trabajo de utilidad pública o al servicio de la comunidad. (p. 320)

Para finalizar este apartado, se entenderá la categoría de centro de reclusión como un establecimiento en el que se encuentran recluidas las personas privadas de la libertad, sin embargo, es necesario hacer una diferenciación que a primera vista parecería ser irrelevante, pero que en materia de privación de libertad cobra vital importancia por los efectos que de ello se desprende, esto es; que en el lenguaje común se utilizan los términos cárcel y penitenciaría como si se tratara de palabras sinónimas, ignorando que existen diferencias muy significativas entre ellas. Son cárceles los establecimientos de reclusión que tienen un carácter preventivo, creados exclusivamente para la retención y vigilancia de sindicados, es decir, para las personas a las que se les imputa un delito y aún se encuentran en una etapa de juzgamiento; las penitenciarías, por su parte, son establecimientos destinados a la reclusión de condenados, es decir, sobre los que recae una sentencia condenatoria, es el lugar donde se ejecuta la pena de prisión, mediante un sistema gradual y progresivo para el tratamiento de los internos, es importante esta afirmación, sin embargo, es de rescatar que múltiples ocasiones:

En las cárceles permanecen personas con condena en firme y en las penitenciarías personas que apenas se encuentran sindicadas, máxime cuando se ha creado el híbrido de centros penitenciarios y carcelarios, que permiten la reclusión de procesados y condenados en un mismo espacio físico sin ningún tipo de separación en pabellones u otros. (Posada, 2009, p. 195)

No obstante, en términos de género, el original código penitenciario -Ley 65 de 1993- no hizo dicha diferenciación, pues su artículo 26 definía la reclusión de mujeres como los establecimientos destinados para detención y descuento de la pena impuesta a las mujeres infractoras, independiente de si se encuentran sindicadas o condenadas. En estos eventos, no existe una separación física entre detenidas y condenadas como la establecida legalmente para los hombres. Situación que se superó, por lo menos desde el aspecto normativo, con la modificación introducida, por la Ley 1709 en el año 2014, que en su artículo 18, plasmó las diferencias entre cárceles y penitenciarías de mujeres, además de un pretendido enfoque diferencial para la construcción de estos establecimientos.

En lo que respecta al lugar de privación de libertad del cual se desprende el análisis que se realizará a continuación, debe aclararse que se trata de una cárcel del orden municipal, que encuentra su definición en el artículo 17 de la Ley 65 de 1993, con la característica especial de que es un lugar administrado por la entidad territorial, en este caso el municipio de Segovia, Antioquia.

## 2. Establecimiento carcelario de Segovia

Segovia es uno de los 125 municipios que conforman el departamento de Antioquia y se encuentra ubicado en la subregión del noreste. De acuerdo con la Gobernación de Antioquia, (2016):

Esta subregión se encuentra localizada en la cordillera central, entre los ríos Porce, Nechí, Nus y Alicante, la región del Noreste está conformada por 10 municipios - Amalfi, Anorí, Cisneros, Remedios, San Roque, Santo Domingo, Segovia, Vegachí, Yalí y Yolombó - y cuatro zonas: Meseta, Nus, alto noreste y Río Porce. Posee una extensión de 8.544 km<sup>2</sup> y 186.534 habitantes (93.543 urbanos y 92.991 rurales). Sus fortalezas económicas se vinculan a los recursos naturales y la biodiversidad. Las principales actividades económicas del territorio son minería aurífera, producción agrícola y pecuaria, actividad pesquera, explotación de madera y actividad empresarial. (p. 87)

Conforme con el censo nacional de población y vivienda, el municipio de Segovia cuenta con una población de 37.900 habitantes (DANE, 2018); allí el 16,52 % de la población está en condición de pobreza y el 2,64 % en condición de miseria por necesidades básicas insatisfechas (Gobernación de Antioquia, 2017).

Con respecto al centro de reclusión municipal de Segovia, se encuentra ubicado en la parte central de la zona urbana, diagonal a la estación de policía, lo que facilita la vigilancia de perímetro del establecimiento, ya que no cuenta con un cuerpo de custodia independiente, sino con seguridad en el puesto de control de ingreso por parte de una empresa de vigilancia privada. El establecimiento cuenta con tres celdas colectivas y una individual, de igual manera cuenta con un patio general o aula múltiple destinada para todas las actividades colectivas; un pequeño patio o cancha para las actividades deportivas y una zona de servicios sanitarios y aseo.

Ahora bien, las mujeres privadas de la libertad cuentan con una celda independiente de la de los hombres, pero las actividades colectivas que realizan durante el día se desarrollan en los mismos lugares comunes sin que exista separación alguna. Administrativamente este establecimiento delega las funciones de dirección en la Secretaría de Gobierno del municipio de Segovia, sin contar con ningún otro tipo de funcionario administrativo o de custodia.

## 2.1. Caracterización de la población privada de la libertad

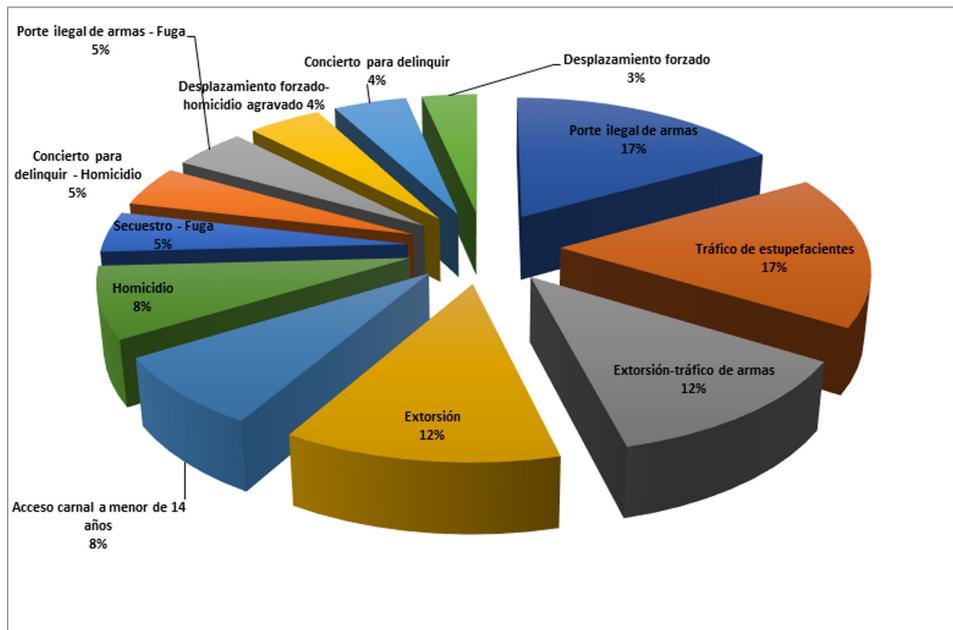
Durante las visitas realizadas al establecimiento carcelario se evidenció que la población privada de la libertad había oscilado entre 20 y 40 personas, sin embargo, para el momento en que se realizaron las entrevistas, se contó con una población de 25 personas detenidas, entre las que se encontraban tres mujeres, todas ellas participaron de la encuesta realizada.

Así entonces, desde este primer dato empírico y la infraestructura del establecimiento, es claro como se ha tomado muy poco en cuenta el enfoque diferencial, siendo importante destacar que la administración carcelaria tiene la obligación de ofrecer una atención adecuada que implique un enfoque diferencial, derivado del principio consagrado en el artículo 3A del Código Penitenciario y Carcelario y la separación por categorías establecida en el apartado 8 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, máxime en lo relativo a la maternidad, ya que para el momento de la encuesta se encontró a una mujer en etapa gestante. Situación que no dista mucho de la situación de la salud sexual y reproductiva de las mujeres en las cárceles del orden nacional, ya que, de acuerdo con Uprimny, Martínez, Cruz, Chaparro y Chaparro (2016): “La atención en salud a mujeres embarazadas es inadecuada y absolutamente precaria. Las mujeres encarceladas no cuentan con los cuidados médicos requeridos durante su embarazo, ni en el parto, ni en el período posterior a él” (p. 48).

Por otro lado, el 52 % de los privados de la libertad son jóvenes menores de 28 años y solo el 8 % del total de los detenidos había terminado la primaria, lo cual refleja la no reciente denuncia de la criminología crítica hacia el sistema penal como un sistema selectivo, desigual y discriminatorio.

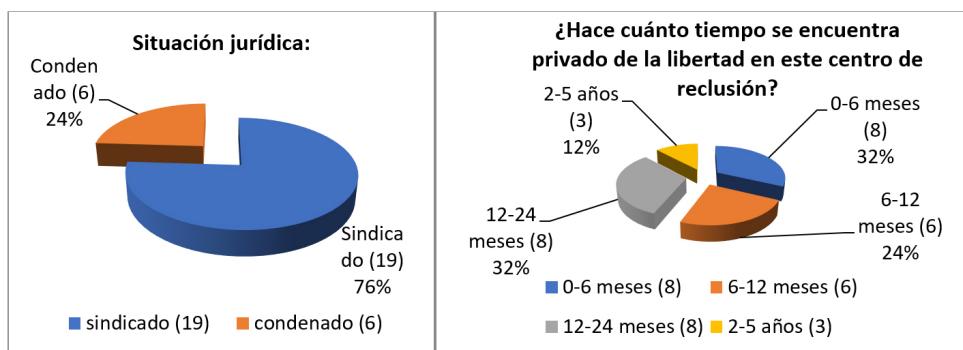
Con respecto a las conductas punibles por las cuales se encuentran las personas privadas de la libertad en este establecimiento carcelario, se constata que la gran mayoría se encuentran detenidas por delitos contra el patrimonio económico (principalmente extorsiones), con un 24 % del total de los reclusos, argumento adicional para reiterar la selectividad del sistema penal, dado que en la mayoría de los casos este tipo de delitos guarda relación con la condición económica; en segundo lugar, se encuentran los delitos contra la salud pública, con un 17 %, que en esencia se relacionan con delitos relacionados con estupefacientes; en un mismo porcentaje de 17 % se encuentra la conducta del porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y, en una menor medida, se encuentra que otros delitos usuales son los delitos sexuales con menor de 14 años, el homicidio con un 8 %, el concierto para delinquir con un 4 % y el desplazamiento forzado con un 3 %; adicionalmente, existen también varios casos que implican el concurso de conductas punibles.

Gráfica 1. Conductas punibles



Fuente: Elaboración propia.

Gráfica 2. Situación jurídica y duración de la privación de libertad



Fuente: Elaboración propia.

En principio se entiende que por tratarse de establecimientos carcelarios del orden municipal, de conformidad con el parágrafo 2 del artículo 19A de la Ley 65 de 1993, no deberían permanecer allí personas en condición jurídica de condenados,

aun así se aprecia que en la mayoría de los establecimientos conviven personas en detención preventiva como condenadas, e incluso, comparten el mismo patio, pabellón y celdas, lo que está en absoluta contravía de lo normado por el artículo 63 de la Ley 65 de 1993 y además del apartado n.º 8 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos.

Igualmente, en la gráfica se observa que un poco más de la mitad de los privados de la libertad se encuentran allí hace muy poco tiempo, esta cifra corresponde a el 56 %, donde el 32 % lleva en el establecimiento entre 0-6 meses y el 24 % lleva de 6-12 meses, solo el 12 % lleva en este lugar entre 2-5 años; esta condición resulta relevante para efectos del derecho que tienen las personas en detención preventiva, de ser juzgadas en un tiempo razonable.

## 2.2. Estado personal y familiar

El 100 % de la población detenida al momento de la realización de la encuesta manifestó ser heterosexual. Ahora bien, con referencia al estado civil se pudo observar que un 48 % eran personas solteras, el 36 % se encontraban en situación de unión libre, mientras que el 16 % restante eran casados.

Con relación al número de hijos se pudo determinar que el 16 % de los privados de la libertad no tenían hijos, seguidamente se observó que 7 personas, es decir, 28 %, tenían 1 hijo, 24 % tenían 2 hijos, 12 % tenían 3 hijos, 8 % tenían 4 hijos, otro 8 % tenían de 5 a 10 hijos; mientras que solo una persona, es decir, el 4 % tenían a la fecha más de 10 hijos. De esta manera se puede pregonar que en gran medida las personas recluidas en este establecimiento pueden ver afectadas sus relaciones familiares como consecuencia de la privación de libertad.

Se rescata que el 48 % de los encuestados sostenía económicamente a sus familias antes de estar detenidos, y en contraposición, el restante 52 %, no tenía ningún vínculo económico con sus familias. Lo que lleva a confirmar que menos de la mitad de los privados de la libertad del establecimiento carcelario tenían un hogar conformado, y en la actualidad 48 familias dejaron de recibir sustento económico por parte de sus familiares privados de la libertad, siendo esta una de las consecuencias colaterales más importantes que afectan el entorno familiar, derivado de la pena privativa de la libertad.

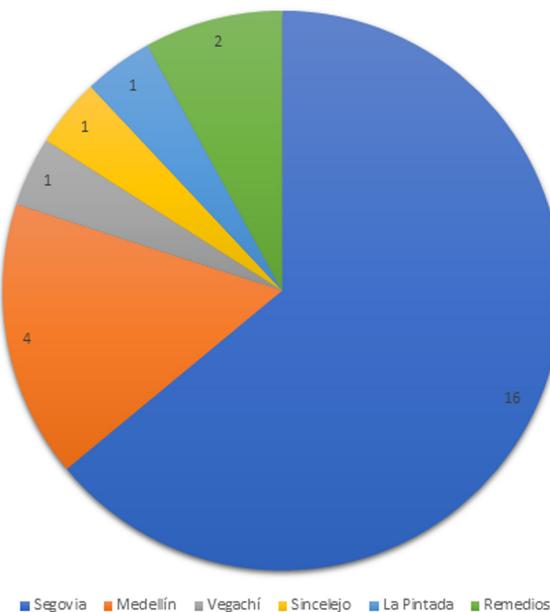
Con lo anterior se constata que las consecuencias de la privación de la libertad son de diversa índole y provocan un daño social difuso que va mucho más allá del detenido (Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos [OSPDH], 2006).

En cuanto a la edad, se pudo evidenciar que el 52 % de los privados de la libertad eran jóvenes entre los 21 y los 27 años, un 40 % de la población se encontraba a la fecha en una edad entre los 29 y 59 años, mientras que solo el 8 % de los privados de la libertad son personas mayores de 60 años. Estas cifras indican

que en el ámbito de la privación de libertad municipal también prevalece una tendencia del aparato de persecución penal hacia los jóvenes, quienes constituyen los principales clientes del sistema penal.

Referente al origen de los reclusos, es decir, su lugar de residencia habitual antes de la privación de su libertad, el 64 % son pertenecientes al municipio de Segovia, el 16 % residían en la ciudad de Medellín, 4 % en Vegachí, 4 % en Sincelejo, 4 % en la Pintada y el 8 % restante en Remedios. Lo que indica que menos de la mitad de los privados de la libertad, cifra correspondiente al 36 %, no pertenecen al municipio. En consecuencia, la población mencionada puede tender a manifestar inconformidad debido a que por la distancia se dificulta el traslado de sus familiares a efectos de las visitas. Así mismo, esta información permite verificar que el municipio de Segovia está cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 65 de 1993, sobre la obligación de las entidades territoriales de administrar, sostener y vigilar su cárcel para los detenidos preventivamente.

Gráfica 3. Lugar de origen de los detenidos



Fuente: Elaboración propia.

### 2.3. Personas con necesidades especiales

Otro de los aspectos más relevantes en la investigación tiene que ver con las personas con discapacidad, ya sea física, sensorial o mental, en tanto dos personas

manifestaron poseer algún tipo de discapacidad, específicamente limitación visual, lo que genera altos riesgos de vulneración a sus derechos fundamentales dentro del centro de reclusión ya que, de acuerdo con la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2009):

Debido a su condición física vulnerable, los reclusos con discapacidad son objeto fácil de abuso y violencia por parte de otros delincuentes y del personal penitenciario. Los guardias de la prisión pueden, por ejemplo, confiscar a los delincuentes: Sillas de ruedas, muletas, aparatos ortopédicos, aparatos auditivos, lentes y medicamentos. Los reclusos que requieren ayuda especial para llevar a cabo actividades diarias como comer, vestirse y bañarse puede simplemente ser ignorados. Pueden dejarlos sin alimentos y obligarlos a orinarse en sí mismos por no recibir ayuda en los sanitarios. Los reclusos con discapacidad pueden sufrir abusos psicológicos, por ejemplo, cuando mueven las cosas de un preso con discapacidad visual dentro de la celda o bien cuando recibe burlas verbales. (p. 46)

Esta situación conlleva a reflexionar sobre el reconocimiento de vulnerabilidades en el marco de la prisión que deberían ser tomadas en cuenta por las administraciones carcelarias para desarrollar herramientas que ayuden a la promoción de una participación con equidad y que puedan implementarse medidas dirigidas al goce efectivo de los derechos de diferentes grupos poblacionales. Sin embargo, a pesar de las disposiciones legales existentes en materia de enfoque diferencial<sup>5</sup>, es posible evidenciar la falta de herramientas y medidas que generen una inclusión real para la población en situación de discapacidad en la vida cotidiana dentro del establecimiento, esto evita que pueda hablarse de una ejecución de penas o una detención preventiva en condiciones dignas, equitativas e incluyentes para las personas con discapacidad.

## 2.4. Posibilidades educativas en el establecimiento

A la pregunta ¿La institución promueve el aprendizaje y es partidaria en crear planes educativos para la capacitación de los privados de la libertad?, el 89 % de la población encuestada afirmó que la institución no promovía planes educativos y solo el 12 % manifestó que la institución sí lo hacía.

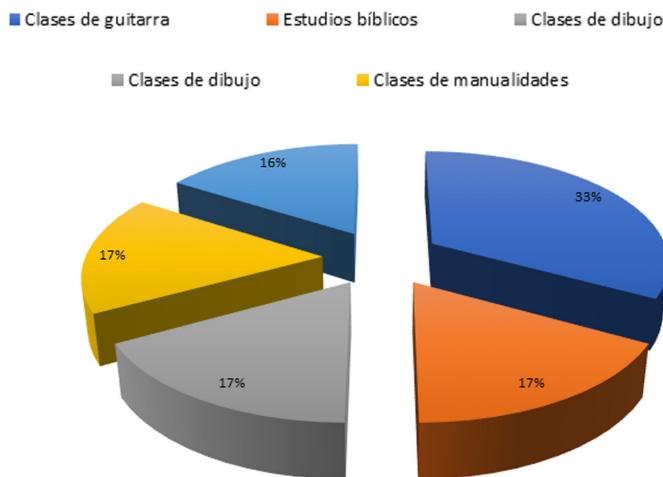
Es de suma importancia la promoción del aprendizaje y planes educativos dentro de estas instituciones, ya que les facilitará a las personas adquirir conocimientos y habilidades que les permitan reintegrarse a la sociedad de manera más efectiva y segura.

5 Por ejemplo, la consagrada en el artículo 2 de la Ley 1709 del año 2017, que establece que el principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra.

miento y habilidades que le serán útiles a lo largo de su vida, además de promover la prevención de la comisión de conductas delictivas y ayudar a ese fin reeducador que se le imprime a la pena (artículo 4 del Código Penal); máxime cuando se pudo identificar que el grado de escolaridad de las personas privadas de la libertad es realmente bajo.

Respecto a los tipos de aprendizaje que son promovidos por el establecimiento carcelario, se encontró que el 33 % de los privados de la libertad asistían a clases de guitarra, 17 % acudían a estudios bíblicos, otro 17 % a clases de dibujo, mientras que el 17 % manifestó acudir a clases de manualidades y el 16 % restante de los encuestados a clases de pintura. Si bien es cierto que en principio el establecimiento carcelario tiene como finalidad albergar a las personas en detención preventiva, es importante mencionar las implicaciones sociales y psicológicas que trae para los presos que el establecimiento carcelario promueva programas de educación, es decir, que el tratamiento penitenciario implica una serie de actuaciones que tienden a influir en el individuo con el fin de potenciar la adquisición de ciertas habilidades para la vida en libertad, lo cual conlleva a la reinserción social y a que el privado de la libertad reafirme la necesidad de autoafirmación para mantener la autoestima.

Gráfica 4. Actividades de formación



**Fuente:** Elaboración propia.

Cuando se les indagó sobre las actividades que realizaban la mayor parte del tiempo antes de estar privados de la libertad, se pudo observar que el 88 % se encontraba realizando alguna actividad laboral antes de ser privados de la libertad,

el 4 % se encontraba estudiando, el otro 4 % se encontraba desempleado y el 4% restante estaba implicado en actividades ilícitas.

Lo anterior confirma que la gran mayoría de los privados de la libertad sos-tenían a sus familias económicamente antes de ser recluidos y que su condición actual sobreviene en angustias permanentes relacionadas con la dependencia económica de sus familiares cercanos; exigiendo en este aspecto respuestas por parte del establecimiento que permitan la realización de actividades productivas en favor de los privados de la libertad.

Frente a la posibilidad de realizar ejercicios de lectura, se pudo observar que el 84 % de los privados de la libertad sabían leer y que solo 4 de los reclusos, cifra correspondiente al 16 %, manifiesta no saber leer. Esta situación describe lo que es nuestro contexto social, donde aún existen personas en condiciones de analfabetismo, lo que en el entorno de privación de libertad implica, además, la imposibilidad de materializar el ejercicio de algunos derechos como la presentación de quejas o peticiones ante la administración, en consecuencia, existe una relación similar en términos de escritura dado que los porcentajes son los mismos, el 84 % de las personas sabe escribir y 16 % no sabe. Este hecho hace que a quienes no cuentan con ningún nivel educativo se les dificulte en alguna medida la comprensión de la lógica de su proceso penal en el marco del sistema con tendencia acusatoria y, además, la imposibilita de realizar una defensa material vinculada a sus causas.

Para sustentar la información esgrimida en el párrafo anterior se hace necesario decir que el 68 % de los privados de la libertad han culminado la primaria, el 24 % no han culminado o no tenían hasta la fecha ningún grado de escolaridad, el 4 % han terminado la secundaria y el 4 % restante han terminado estudios superiores como tecnología.

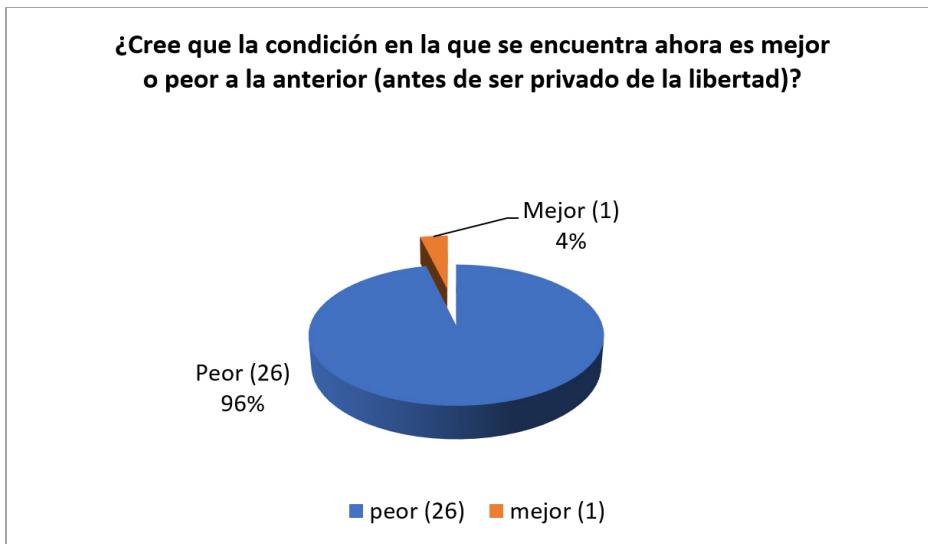
De esta manera podemos acercarnos al concepto que nos da el profesor Zaffaroni en el documental: *No ser Dios y Cuidarlos* (Andrade y Fernández, 2008), en el cual manifiesta que la educación formal aumenta los niveles de invulnerabilidad al sistema penal por parte de quienes están inmersos en ese proceso, partiendo de la base de la selectividad del sistema penal. Los resultados de esta investigación en el aspecto puntual del nivel educativo de los privados de la libertad en este centro carcelario permiten reafirmar esa tesis, toda vez que de la población universal encuestada ninguno tiene estudios universitarios, mientras que la enorme mayoría tiene un nivel educativo precario.

## 2.5. Percepciones en torno a la reclusión

Respecto a la creencia de los internos relacionada con la condición en la que se encontraban en el momento de la reclusión y antes de ella y con la finalidad de medir la subjetividad de los privados de la libertad antes y durante el proceso

de reclusión, se pudo evidenciar que el 96 % de la población manifestó que su condición actual (en el tiempo de reclusión) es peor y solo el 4 % de los privados aduce que su condición es mejor a la anterior a la detención. Esto lleva a que los privados de la libertad reflexionen sobre su estado físico y emocional ante el hecho de estar bajo esta condición y las posibilidades que se ofrecen al interior del centro de reclusión en desarrollo de la detención.

**Gráfica 5.** Percepción sobre el encarcelamiento



**Fuente:** Elaboración propia.

Así, se puede decir que los efectos que puede producir la privación de libertad en el estado emocional de las personas se encuentran en términos de “las cosas son más difíciles acá”, lo que sucede por el entorno al cual se enfrenta el privado de libertad, trayendo consigo tensión en los vínculos interpersonales dentro del establecimiento carcelario, también es preocupante para ellos el encierro en el cual se encuentran, pues este genera deterioro en la psique y en el estado físico, ya que trae consecuencias como despersonalización, angustia, negación al mecanismo de supervivencia y adaptación, hiperventilación, insomnio, etc.<sup>6</sup> Además, los privados de la libertad manifiestan que sus familiares se encuentran lejos de ellos, lo que provoca a corto o largo plazo desestructuración del núcleo familiar. No hay que dejar de lado que en el núcleo familiar no solo se ve afectada la persona privada de la libertad sino toda la

6 Sobre el tema véase: Goffman, E. (1961). *Asylums*, en su versión traducida: Goffman, E. (1970). *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales* (Trad. M. Oyuela). Buenos Aires: Amorrortu.

familia como tal, y que finalmente existen justificaciones relativas a la precariedad de la prestación de algunos servicios por parte de la administración carcelaria.

Al indagar sobre la calidad de vida, el 76 % de los privados de la libertad aludieron que su calidad de vida había disminuido, mientras que el 24 % manifestaron que no había disminuido, esto se debe a las condiciones estructurales y ambientales del lugar y la depresión misma que genera la condición de privación de libertad.

A partir de la indagación realizada por el equipo de investigación se pudo constatar que a casi la totalidad de los privados de la libertad, porcentaje equivalente al 92 %, se les permitía realizar actividades que tuviesen que ver con su creencia religiosa y solo el 8 % declaró que no se les permiten practicar actividades religiosas al interior del establecimiento carcelario; siendo este uno de los derechos que más se encuentra garantizado a nivel general en materia de privación de libertad, dado que ya sea de manera individual o con el acompañamiento de comunidades religiosas de diversa índole que frecuentemente visitan la cárcel, las personas pueden realizar este tipo de actividades.

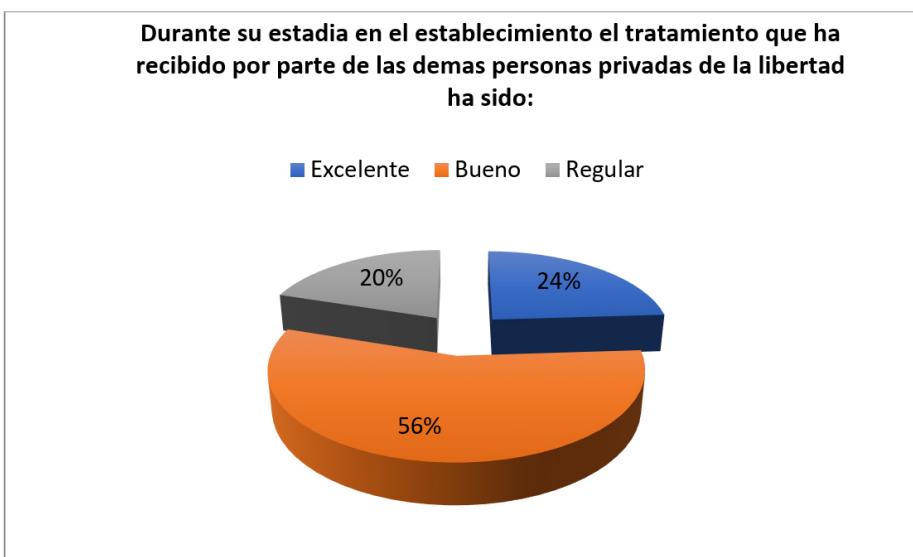
En otra perspectiva a la pregunta ¿Cuál es el medio más común con el cual mantenían comunicación con sus familiares y demás personas por fuera del establecimiento carcelario? Se pudo observar que el 52 % de las personas privadas de la libertad manifiestan que por medio de teléfonos celulares, el 44 % manifestaron no utilizar ningún medio para comunicarse con sus familiares y que el único vínculo de comunicación se da cuando estos son visitados, mientras el 4 % restante utilizaba las cartas como único medio para mantener comunicación con sus familiares. Es importante aclarar que el establecimiento para el momento de la visita, no contaba con teléfonos fijos para la comunicación de las personas privadas de la libertad con sus familiares, por lo cual, la riguridad frente al control de los elementos prohibidos como celulares no se presentaba.

## 2.6. Derechos civiles y políticos

El 92 % de las personas privadas de la libertad aludieron que en el establecimiento carcelario no había celda de aislamiento debido al espacio reducido del lugar, mientras que el 8 % aseguró la existencia de una celda destinada a castigos en los casos de mala conducta, la cual se utiliza como sanción disciplinaria. Ahora bien, cuando se les indagó respecto al tratamiento recibido por parte del personal, el 35 % de las personas manifestó que el trato recibido era excelente, el 48 % respondió que el trato era bueno y el 17 % refirió que el trato era regular; sin embargo, esto indica en general un relacionamiento pacífico entre los detenidos y el personal de custodia y vigilancia, que como se refirió anteriormente, es una persona, afirmación que se refuerza con el hecho de no existir referencia alguna frente a malos tratos recibidos por parte del personal de custodia y vigilancia hacia la población reclusa.

Referente a las relaciones interpersonales entre reclusos, se constató que el 56 % de ellos manifestaron que el trato recibido por sus compañeros era bueno, el 24 % expresó que el trato entre ellos era excelente, mientras que el 20 % restante menciona que el trato es regular, tal cuestión deja en evidencia la idea de que las relaciones interpersonales establecidas entre las personas privadas de la libertad son buenas, asunto que influye de manera positiva en la sana convivencia y reafirma una mejor calidad de vida para los privados de la libertad, lo cual es posible gracias a que el establecimiento de reclusión mantiene una población relativamente pequeña, en la cual se generan condiciones de buenos tratos provistos por los mismos presos.

**Gráfica 6.** Percepción sobre las relaciones entre internos



**Fuente:** Elaboración propia.

Por otro lado, el 72 % de los privados de la libertad consideraron en su momento que en el establecimiento carcelario había hacinamiento o sobre población, mientras que el 28 % aludía que a la fecha no existía, esto indicó que más de la mitad de los encuestados manifestaron insatisfacción por la sobre población. Es importante tener en cuenta que este lugar de reclusión cuenta con una capacidad máxima para 15 personas y la población en aquel entonces sobre pasó esta cifra en 10 personas, asunto que evidentemente termina generando hacinamiento, lo cual trae consigo diversas consecuencias como transmisión de enfermedades, roces en las relaciones interpersonales debido al reducido espacio y a la insatisfacción sobre la prestación de servicios a cargo de la administración carcelaria. Resaltamos que uno de los argumentos centrales de la declaratoria del estado de

cosas inconstitucionales en materia de privación de libertad declarado por la Corte Constitucional en tres ocasiones (Sentencia T-153 de 1998, Sentencia T-606 de 1998 y Sentencia T-388 de 2013), consiste en la condición de hacinamiento de los establecimientos de reclusión, de lo cual se derivan muchas otras consecuencias que impiden garantizar los derechos fundamentales de los reclusos.

Con referencia al derecho al sufragio, es importante hacer la claridad de que los reclusos que pueden ejercer el derecho al voto son todos aquellos que no tienen sentencia condenatoria en firme, en este establecimiento, partiendo del hecho de que la mayoría de reclusos son detenidos preventivos, en principio podrían ejercer con libertad este derecho, sin embargo cuando se indagó respecto al asunto, se pudo evidenciar que el 65 % de los privados de la libertad no habían ejercido su derecho al voto, mientras que el 35 % de los internos habían tenido la posibilidad de ejercerlo; esta situación, de acuerdo con la administración de este centro carcelario, se debe a la gran cantidad de ingresos y salidas que experimentan las cárceles, y de igual manera a la idea de que la permanencia de algunos detenidos no alcanza a cubrir el tiempo necesario para realizar las inscripciones y posteriormente realizar el ejercicio electoral; sin embargo el hecho de que existan personas que hayan podido ejercer este derecho significa que hay una voluntad desde la administración de la cárcel municipal de posibilitar su ejercicio, lo cual es muy relevante dado que no es una regla general en nuestro sistema penitenciario y carcelario.

Frente a la garantía de la protección del derecho a la vida, existe una mayoría, correspondiente al 72 % de los reclusos, que consideró en su momento que el establecimiento carcelario brindaba las condiciones de seguridad necesarias para proteger su vida; por el contrario, un 24 % de los reclusos manifestaron que no existían tales condiciones de seguridad y, finalmente, 1 persona es renuente a dar una respuesta. Se puede observar que más de la mitad de los privados de la libertad aseguraron que el lugar de la privación de libertad es seguro y que no atenta contra su vida, lo que guarda mucha relación con la ubicación de la cárcel municipal de Segovia, la cual se encuentra muy cercana al parque principal y justo en frente de ella está ubicada la sede de la policía, así mismo, al tratarse de una cárcel municipal, regularmente no suele ser el lugar donde detengan a las personas consideradas por las autoridades de policía como de alta peligrosidad o alta seguridad.

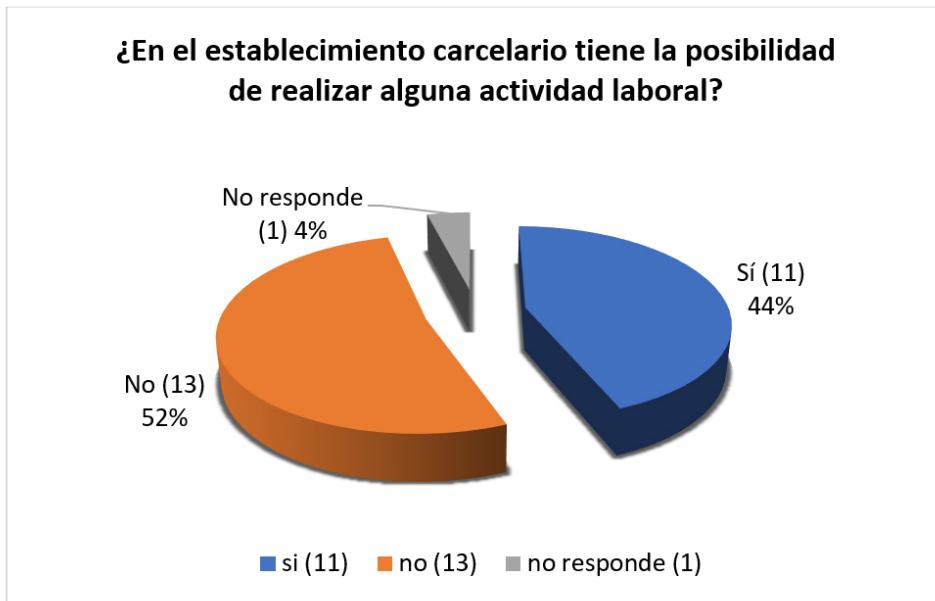
## 2.7. Derechos económicos, sociales y culturales

Con relación al derecho al trabajo tenemos que la mayoría de las personas privadas de la libertad contaban con algún tipo de vínculo laboral antes de ser privados de la libertad, así lo manifestaron 18 reclusos, mientras que 7 de ellos expresaron no tener vínculo laboral alguno previo a su reclusión. A pesar de que en el contexto

de privación de la libertad se tiene el imaginario de una actividad laboral como un sinónimo de “algo que hacer” en su tiempo libre y por esta razón hacer una manualidad, barrer el patio, pintar, bisuterías y otras actividades que dentro de la reclusión denominan actividades de redención o tratamiento, en el medio laboral son consideradas actividades, aunque lucrativas, no laborales.

En este establecimiento carcelario, 13 de sus habitantes respondieron que no se posibilita la realización actividades laborales; 11 de ellos expresaron que sí es posible realizar actividades laborales dentro de la reclusión y una persona se abstuvo de responder.

Gráfica 7. Actividades de trabajo



**Fuente:** Elaboración propia.

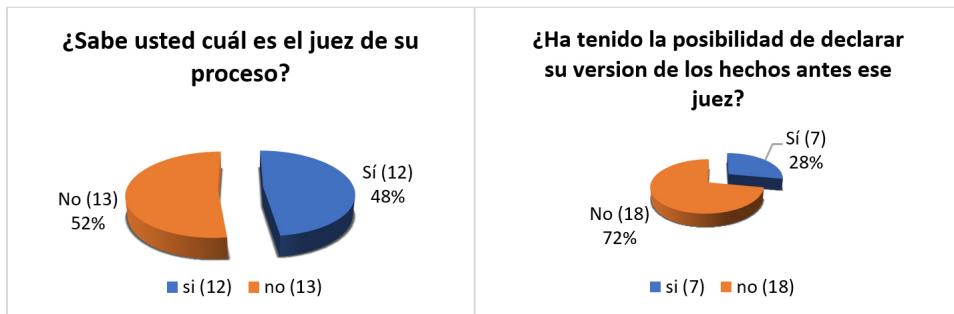
De acuerdo con esta percepción de los reclusos, vemos como en el escenario de las cárceles municipales, no se ha logrado lo pretendido en la modificación realizada al artículo 79 de la Ley 65/93 por parte del artículo 55 de la Ley 1709 de 2014, en tanto el trabajo no se instituye como un derecho, sino como un privilegio en algunos casos, dada la imposibilidad material de que la administración de un centro carcelario ofrezca posibilidades de trabajo a toda su población.

## 2.8. Garantías procesal-penales

En este apartado se aborda de manera esencial el principio de presunción de inocencia, teniendo en cuenta que las cárceles y pabellones de detención preventiva están dirigidos exclusivamente a la atención de personas en detención preventiva en los términos del artículo 17 de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario). Con relación a la garantía procesal consistente en el derecho que le asiste a toda persona privada de su libertad de ser oído por un tribunal, tenemos que de los reclusos encuestados el 52 % manifiestan que ni siquiera conocen cuál es el juez de su proceso; situación que puede tener varios fundamentos, entre los cuales podemos destacar el hecho de que el nuevo sistema penal oral acusatorio implica la competencia de los jueces de control de garantías en la etapa preliminar del proceso penal (audiencias de legalización de captura, formulación de imputación, medida de aseguramiento, etc.) y la competencia del juez de conocimiento para la etapa de juzgamiento, que inicia a partir de la formulación de la acusación, en este sentido solo en aquellos procesos que estén en etapa de juzgamiento podrán los procesados conocer quién es o será su juez natural.

Con respecto al derecho a aclarar la versión de los hechos, el 72 % de los privados de la libertad manifestaron que no habían tenido la oportunidad de aclarar su versión de los hechos ante un juez, mientras que el 21 % expresaron haber tenido la oportunidad de declarar a su favor durante su proceso judicial. Si bien es cierto que el derecho a la defensa, consagrado en el artículo 8 de la Ley 906 de 2004, establece la posibilidad de ejercer una defensa material, la oportunidad procesal de controvertir las pruebas se desarrolla en mayor medida en la etapa del juicio oral, razón que puede fundamentar el hecho de que solo 7 personas privadas de la libertad en esta cárcel hayan tenido la posibilidad de aclarar su versión de los hechos ante el juez.

Gráfica 8. Garantías procesal-penales



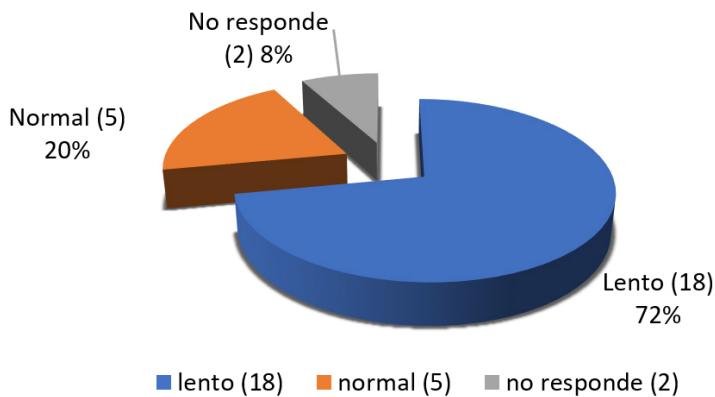
**Fuente:** Elaboración propia.

Ahora bien, con relación a las 18 personas que expresaron no haber tenido la oportunidad de aclarar su versión de los hechos ante el juez, los argumentos para que se presente esta situación estuvieron sustentados en las siguientes razones: el hecho de no haberse realizado aún el juicio oral, el hecho de haber aceptado los cargos, el hecho de hacer uso de su derecho a guardar silencio (artículo 33 Constitución Nacional) y, finalmente, el hecho de que no se les haya permitido declarar, ya sea por el defensor o por el juez de control de garantías.

Con respecto al tratamiento recibido durante la detención preventiva, la percepción de los privados de la libertad con relación al derecho a la presunción de inocencia no solo en el tratamiento carcelario, sino además en el tratamiento recibido por parte del aparato de justicia estatal (jueces, fiscales, defensores públicos, policía, etc.) fue así: el 76 % de los recluidos opinaron que eran tratados como culpables y solo el 26 % de los encuestados perciben que son tratados como inocentes. Se destaca que al ser la cárcel de Segovia un establecimiento carcelario del orden municipal, no debería albergar personas condenadas, esto según el estricto mandato legal consagrado en el artículo 21 de la Ley 65 de 1993.

Grafica 9. Percepción sobre la garantía del juicio sin dilaciones

### Considera que su proceso judicial ha sido:



**Fuente:** Elaboración propia.

Respecto a la percepción de agilidad frente al proceso judicial, el 72 % de los privados de la libertad revelan que su proceso judicial había sido lento, el 20 % aludía que su proceso judicial llevaba un ritmo normal y 8 % restante no respondieron a esta pregunta. Este panorama nos muestra que la percepción generalizada de los privados de la libertad sobre el sistema de justicia penal es que lo consideran como lento, aun cuando existen normas como el artículo 175 de la Ley 906 de 2004, que establecen la duración de los procedimientos, los cuales muchas veces se ven alterados por factores diversos como la congestión judicial, cese de actividades (paros), etc., que en últimas, terminan limitando el derecho que tienen los procesados a un juicio sin dilaciones injustificadas (Organización de los Estados Americanos [OEA], 1969).

### 3. Consideraciones finales

Para concluir y teniendo claro que aunque no consideramos que el uso de la detención preventiva ni la pena privativa de la libertad sea realmente lo adecuado al fin de solucionar conflictos sociales y que por el contrario, constituye un factor que los agrava. En el entendido de que tenemos una realidad carcelaria que no pareciera estar caminando hacia su supresión o por lo menos hacia su uso restringido, más bien como afirma Pavarini (2009):

A diferencia de lo que es posible abstractamente en otros espacios comprendidos entre el derecho y el no derecho, en el sistema de la ejecución de penas, son el contenido y el sentido del castigo legal los que se construyen como negación del derecho. Superar esta posición significa renunciar a punir. (p. 136)

Consideramos que es necesario sentar constantemente bases para comprender mejor lo que sucede con la privación de la libertad como pena y como medida de aseguramiento en cada establecimiento de reclusión, y buscar que las condiciones de los privados de la libertad sean lo menos lesivas posibles, ya que el irrespeto por los derechos humanos o fundamentales de los allí encerrados, definitivamente tiene un incremento mayor comparado con nuestros avances, por lo que consecuentemente parece ser un objetivo inalcanzable, pero no por ello renunciable.

En cuanto a garantía de los DDHH en la cárcel municipal de Segovia (Antioquia), podemos decir por un lado, que cuando se trata de derechos de libertad en los cuales la obligación del Estado representado en el ente territorial es dejar hacer o abstenerse de intervenir, hay un nivel de protección considerable y se podría afirmar que hay una garantía de estos derechos en términos generales, sin embargo, cuando estamos frente a derechos que implican una obligación de

hacer por parte de la administración, se relativiza la garantía de los derechos, pues tratándose de educación, salud, trabajo y condiciones de los lugares de alojamiento no podríamos hablar de una protección plena, sino más bien relativa, frente a lo cual existe un gran reto de intervención por parte de la administración municipal en aras de generar mayores condiciones de garantía de los derechos fundamentales de los presos.

Las causas de este panorama pueden ser múltiples, sin embargo, en este trabajo de investigación pudimos identificar, por un lado, la necesidad de una formación específica en materia carcelaria y mucho más en cuanto a la protección de derechos humanos, por parte del cuerpo de custodia y vigilancia, puesto que en este centro de reclusión la custodia y vigilancia está a cargo de una entidad privada contratada directamente por el municipio, cuya especialidad es la seguridad y, en consecuencia, sus acciones relativas a la protección de derechos se realiza de manera empírica y a punta de buenas intenciones.

Por otro lado, dado que la responsabilidad de la administración de las cárceles municipales se establece en cabeza de los alcaldes municipales y estos en todos los casos delegan a los Secretarios de Gobierno y la excepción es la figura de los directores, el tema carcelario se diluye entre las múltiples funciones que legalmente tienen asignadas estos funcionarios y se termina relegando la importancia que reviste la buena administración de estos centros de detención habida cuenta que de ello dependerá un mayor o menor grado de garantía de derechos; sin embargo, para la dirección y administración de este centro carcelario evidenciamos que su director es una persona con formación en derecho y que ha promovido acciones conjuntas con otros entes gubernamentales en aras de mantener un buen funcionamiento de la cárcel municipal.

Ahora bien, es sabido que las razones presupuestales han sido constantemente expuestas en nuestro país para limitar de facto los derechos fundamentales de los reclusos y las reclusas, regla que se afirma en este establecimiento carcelario, simplemente con el hecho de mirar la infraestructura de la cárcel municipal y las fuertes complicaciones en materia de espacios para ofrecer los servicios y garantizar los derechos propios de la vida en privación de libertad. Sin embargo, estas no han sido las únicas razones que se han presentado, ya que para limitar normativamente tales derechos, y haciendo uso de los temores creados o reales frente a la criminalidad derivada del conflicto armado colombiano y del tráfico de drogas, se han establecido normas que suprimen el acceso a beneficios penitenciarios -administrativos y judiciales -, o que limitan ostensiblemente los derechos fundamentales de las personas detenidas o condenadas por tales delitos, verbigracia la Ley 1453 de 2012 -que creó nuevos delitos y amplió las restricciones para otorgar el subrogado de la prisión domiciliaria - y la Ley 890 de 2004 -que además de crear nuevos delitos, aumentó el máximo punitivo para todas las conductas punibles del Código Penal - por mencionar solo algunas.

Son variados los aspectos que influyen en la violación de los derechos humanos y fundamentales implicados en la privación de la libertad en las cárceles municipales, algunos ampliamente denunciados, incluso por la misma administración penitenciaria, como la falta de infraestructura adecuada o de recursos en general para la implementación de programas laborales, educativos, recreativos, de sanidad o de asistencia social en general; otros por incumplimiento de la normativa legal establecida, y otros, simplemente por el desconocimiento y falta de asesoramiento desde el nivel central. En este punto consideramos que más que vislumbrar posibles formas o métodos para la garantía de los derechos de los reclusos, nos encontramos ante un escenario natural de vulneración de derechos y por lo tanto, imposibilitado para garantizarlos, en palabras de Ferrajoli (2016), la cárcel como una “contradicción institucional” (p. 4).

En el mismo sentido planteaba Bergalli (2011) al reclamar la necesidad de un modelo de *cárcel garantista*, que:

Es arduo explicar a quienes no conocen el interior de las cárceles y lo que en ellas acontece que en las legislaciones se enuncian derechos y garantías para los presos, cuando los primeros desaparecen y las segundas son constantemente negadas. (p. 37)

Lo que explica esa enorme brecha entre la que podríamos llamar normativa “avanzada”<sup>7</sup> en materia de Derechos Humanos relacionados con la privación de la libertad y lo que sucede en el día a día de nuestro sistema jurídico penal, desde la interpretación judicial -jueces de conocimiento, de control de garantías y de ejecución de penas-hasta la aplicación de las normas penitenciarias por parte de los cuerpos de custodia y vigilancia y personal de la administración penitenciaria y carcelaria; denuncia que ya ha sido ampliamente expuesta en la obra de Rivera Beiras (2006) donde da cuenta de la “cárcel legal”, la del plano prescriptivo que da cuenta de una cárcel acorde con los principios de un Estado social y democrático de derecho y la “cárcel real”, la del plano descriptivo que nuestro máximo tribunal constitucional ha definido como un “*estado de cosas inconstitucionales*”.

A pesar de lo anterior, desde el aspecto normativo, se han propuesto cambios con la pretensión de mejorar las condiciones de las cárceles en nuestro país, uno de los más recurrentes se reiteró con la modificación de la Ley 65 de 1993 (modificada por la ley 1709 de 2014) en la cual, con relación específica a la obligación de los entes territoriales de responder por sus detenidos preventivos, en el artículo 19a

7 Basta hacer un recorrido por las normas internas e internacionales ratificadas por Colombia en materia de Derechos Humanos y privación de libertad, que se pueden ver entre otros en Posada Segura, J. D. (2009). *Sistema Penitenciario. Estudio sobre las normas y derechos relacionados con la privación de la Libertad*. Medellín: Comilibros.

estableció la manera cómo se financiará esta obligación, prescribiendo además en su párrafo que:

El Ministerio de Justicia y del Derecho, desarrollará un proceso de formación y adecuación de las instituciones que desde los entes territoriales atienden o atenderán el funcionamiento de los centros carcelarios que estarán a cargo de estos, adecuándolos a la política general carcelaria y a las obligaciones nacionales e internacionales en materia de Derechos Humanos (Congreso de la República, Ley 65 de 1993)

Sin embargo, a un año de su expedición y al no vislumbrarse cambios con relación a su cumplimiento o al hecho de mejorar las condiciones actuales, el mismo fue derogado por la Ley 1753 de 2015 (Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018), por lo cual resulta indispensable entender que los cambios normativos no necesariamente producen cambios sociales, es decir, no se puede tener una fe ciega en la norma, y en cambio procurar que la cultura del respeto y garantía de los derechos humanos y, a su vez, la cultura que prefiera la libertad en lugar de las sanciones restrictivas de la mismas, tienen que estar inmersas en las conciencias no solo de las personas encargadas de dirigir las instituciones carcelarias, o los funcionarios judiciales y legislativos, sino también en las personas y organizaciones sociales en general, quienes son los que a diario padecen de las consecuencias adversas del sistema de ejecución penal.

Lo anterior debe ir compaginado con políticas en el mismo sentido, para evitar que la violación de los derechos humanos siga siendo la regla general y que esta situación sea una más de las condiciones marginales padecidas por nuestra sociedad. En este sentido la Corte Constitucional también lo ha analizado en la Sentencia T-153 de 1998, en la que refiere:

La actitud de los gestores de las políticas públicas frente al problema de las cárceles obedece a la lógica del principio de las mayorías, que gobierna los régimenes democráticos. Los reclusos son personas marginadas por la sociedad. El mismo hecho de que sean confinados en establecimientos especiales, difficilmente accesibles, hace gráfica la condición de extrañamiento de los presos. En estas condiciones, los penados no constituyen un grupo de presión que pueda hacer oír su voz. Por eso, sus demandas y dolencias se pierden entre el conjunto de necesidades que agobian las sociedades subdesarrolladas, como la colombiana. (Corte constitucional, Sentencia T-153, 28 de Abril de 1998)

Sin embargo, que la Corte Constitucional haga este llamado de atención desde hace más de 20 años, tampoco la excluye como un actor que ha permitido que se perpetúen estas condiciones lamentables, que para Escobar (2018) son constitutivas de tortura y añade:

Es plausible pensar que, ni la Corte, ni las autoridades correspondientes, estén interesadas, y mucho menos dispuestas, a iniciar un proceso penal contra miembros del Estado por el delito de torturas. (...) Las víctimas del presunto delito están ya tan excluidas que sus voces están igualmente atrapadas en los fosos y las mazmorras. (p. 56)

Otro de los aspectos relevantes y que guardan relación con la privación de libertad general de nuestro país, tiene que ver con el hecho de que los jóvenes siguen siendo gran parte de la clientela del sistema penal, en muchos casos la marginalidad y la falta de formación alimentan las condiciones para que así sea, además, las políticas municipales están muy lejos de advertir estas situaciones y mucho más de apuntarle a la creación de planes y políticas sociales para mitigarlos, por lo que ante la realidad social nos encontramos frente a un doble castigo para la población joven y pobre del país, por un lado, la falta de políticas sociales que permitan el desarrollo y ejercicio de sus derechos y por otro lado, la criminalización de la pobreza.

Finalmente, en lo que atañe a la privación de la libertad en el municipio de Segovia, nos encontramos con una administración carcelaria que se preocupa por su población reclusa, sin embargo, esta preocupación en muchos casos se ve limitada por la falta de recursos necesarios para implementar acciones afirmativas de los derechos de los privados de la libertad y en la limitada participación de la sociedad a través de las organizaciones en la mejoría de las condiciones de privación de la libertad; además, los límites propios del programa de gobierno y el plan de desarrollo municipal apuntan sus metas e indicadores en abordar otras tantas problemáticas y necesidades de un contexto social bastante complejo y con unas carencias sociales evidentes en cuanto a la satisfacción de necesidades básicas, lo que implica un establecimiento de prioridades, que en el mejor de los casos deja un poco de su presupuesto reservado para atender las necesidades de ese pequeño grupo poblacional que se encuentra alojado muy cerca de todos pero en olvido de la mayoría, o en palabras de Larrauri (1992): "Las cárceles actuales han quedado en manos de la criminología administrativa, se trata de asegurar su 'funcionalidad' -lo que traducido significa que funcionen lo más silenciosamente posible. Y con el silencio llega el olvido. (p. 215)

## Referencias bibliográficas

- Andrade, J. C. y Fernández, D. (Directores). (2008). *No ser Dios y cuidarlos* [Película]. Argentina. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=Y-nxcEZx09A>
- Ariza, L. y Zambrano, R. (2012). Cárcel Kapuría. Las rutas del encarcelamiento de indígenas en Colombia. *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 13(1), 157-181.

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (17 de diciembre de 2015). *Resolución 70/175. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)*. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/RES/70/175>
- Baratta, A. (1986). *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*. México: Editorial Siglo XXI.
- Bergalli, R. (2011). Incongruencias y perversiones de la ejecución penal (razones estructurales y sinrazones ideológicas). *Crítica penal y poder*, (1), 22-39. Recuperado de <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/1983/2076>
- Caro, F. (2013). John Howard y su influencia en la reforma penitenciaria europea del siglo XVIII. *EGUZKILORE. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, (27), 149-168. Recuperado de <https://www.ehu.eus/documents/1736829/3202683/eguzkilore+27+todo.pdf>
- Castellón Giraldo, Y. L. (2012). *La privación de la libertad en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2011). *Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas*. S.D.: OEA. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>
- Colombia, Congreso de la República. (1993). Ley 65. Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. *Diario Oficial* n.º 40.999.
- Colombia. Corte Constitucional. (21 de febrero de 1995). Sentencia T-065/95. [MP Alejandro Martínez Caballero].
- Colombia. Corte Constitucional. (28 de abril de 1998). Sentencia T-153/98. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Colombia. Corte Constitucional. (27 de octubre de 1998). Sentencia T-606/98. [MP José Gregorio Hernández Galindo].
- Colombia. Corte Constitucional. (28 de junio de 2013). Sentencia T-388/13. [MP María Victoria Calle Correa].
- Colombia. Corte Constitucional. (16 de diciembre de 2015). Sentencia T-762/15. [MS Gloria Stella Ortiz Delgado].
- DANE. (2018). *Censo nacional de población y vivienda*. Recuperado de <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/censo-nacional-de-poblacion-y-vivenda-2018>
- Escobar, J. G. (2018). ¿Quién mató la tutela en materia de privación de libertad en Colombia? *Nuevo Foro Penal*, 14(91), 43-79.
- Ferrajoli, L. (2016). Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional. *Crítica Penal y Poder*, (11). 1-10.
- Foucault, M. (1975). *Vigilar y castigar*. España: Editorial Siglo XXI.

- Gobernación de Antioquia. (20 de junio de 2016). Ordenanza n.º 11. Plan de Desarrollo «Antioquia piensa en grande» 2016-2019. Medellín, Antioquia, Colombia. Recuperado de [https://antioquia.gov.co/images/pdf/ORDENANZA%20PLAN%20DE%20DESARROLLO%20DE%20ANTIOQUIA%202016-2019\\_FirmaEscaneada.pdf](https://antioquia.gov.co/images/pdf/ORDENANZA%20PLAN%20DE%20DESARROLLO%20DE%20ANTIOQUIA%202016-2019_FirmaEscaneada.pdf)
- Gobernación de Antioquia. (2017). *Encuesta calidad de vida*. Recuperado de <https://antioquia.gov.co/index.php/encuesta-calidad-de-vida-2017-necesidades-b%C3%A1sicas-insatisfechas-nbi>
- Goffman, E. (1970). *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales* (Trad. Oyuela, M.). Buenos Aires: Amorrortu.
- Hernández, N. (2019). Incompatibilidad de la detención preventiva con la presunción de inocencia en Colombia. En Gutiérrez, M. y Olarte, Á. M. *Los riesgos del punitivismo, presunción de inocencia e indignidad carcelaria en Colombia* (pp. 155-184). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Howard, J. (1777). *The State of the prisons in England and Wales*. Londres: printed by William Eyres.
- Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD). (1992). *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones de Palma.
- Larrauri, E. (1992). *La herencia de la criminología crítica. segunda edición*. México: Siglo XXI Editores.
- Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos (OSPDH). (2006). *La cárcel en el entorno familiar. Estudio de las reprecusiones del encarcelamiento sobre las familias: problemáticas y necesidades*. Barcelona: Regidoria de Dona i Drests Civils.
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (1969). *Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Pacto de San José*. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- Pavarini, M. (2009). *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad*. Quito: Flacso.
- Pérez Luño, A. E. (1991). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Posada Segura, J. D. (2009). *Sistema Penitenciario. Estudio sobre las normas y derechos relacionados con la privación de la Libertad*. Medellín: Comlibros.
- Rivera Beiras, I. (2008). *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). (2009). *Manual sobre reclusos con necesidades especiales*. Recuperado de [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL\\_RECLUSOS\\_CON\\_NECESIDADES\\_ESPECIALES\\_1.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL_RECLUSOS_CON_NECESIDADES_ESPECIALES_1.pdf)
- Uprimny, R., Martínez, M., Cruz, L., Chaparro, S. y Chaparro, N. (2016). *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento: una guía para la reforma de políticas en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.



*Serie Desde la raíz.* Fotografía Digital. Silvia Alejandra Cifuentes Manrique

**Estudios  
de Derecho**  
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD  
DE ANTIOQUIA**

# La función selectiva del sistema penal por el origen étnico y el género, según los datos de mujeres extranjeras en prisión en España por tráfico de drogas\*

Gloria González Agudelo\*\*

## Resumen

El perfil de las mujeres encarceladas por tráfico de drogas en España ha ido cambiando en los últimos años. Cuantitativamente, hay menos mujeres extranjeras en prisión, proceso que se ha producido en paralelo al descenso generalizado de los datos totales de criminalidad conocida y las de internamiento en prisión. Sin embargo, estudios cualitativos muestran que el origen étnico sigue siendo uno de los factores determinantes para el ingreso de mujeres a prisión por tráfico de drogas, estando sobrerepresentadas en las diferentes etapas del proceso penal, especialmente, las mujeres extranjeras. En este estudio, analizamos las distintas situaciones que, previsiblemente, en los últimos cinco años, han impactado en las cifras oficiales de criminalidad por tráfico de drogas, con el objetivo de determinar si, efectivamente, los datos y perfiles inicialmente identificados en nuestros trabajos previos, se mantienen, o si se han producido cambios reales, en la respuesta penal.

**Palabras clave:** mujeres inmigrantes; mujeres en prisión; narcotráfico; tráfico de drogas; discriminación; selección penal.

## Criminal selection by ethnic origin and gender in the data of women in prison in Spain for drug trafficking

## Abstract

The profile of women imprisoned for drug trafficking in Spain has been changing in recent years. Quantitatively, there are fewer foreign women in prison, a process which has occurred in parallel with the general decline in total data on known criminality and imprisonment. However, qualitative studies show that ethnic origin continues to be one of the determining factors for the admission of women to prison for drug trafficking, being overrepresented in the different stages of the criminal process, especially foreign women. In this study, we analyze the various situations that, in the last five years, have predictably had an impact on the official crime data for drug trafficking, to determine whether, indeed, the data and profiles initially identified in our previous studies are maintained, or if there have been real changes, in the criminal response.

**Keywords:** immigrant women; women in prison; drug trafficking; discrimination; criminal selection.

## A função seletiva do sistema penal pela origem étnica e o gênero, de acordo com os dados de mulheres estrangeiras detidas na Espanha por tráfico de drogas

## Resumo

O perfil das mulheres detidas por tráfico de drogas na Espanha tem mudado nos últimos anos. Quantitativamente, há menos mulheres estrangeiras em prisão, processo que tem se produzido de forma paralela à queda generalizada dos dados totais de criminalidade conhecida e as de internamento em prisão. Porém, estudos qualitativos mostram que a origem étnica continua sendo um dos fatores determinantes para a entrada de mulheres a prisão por tráfico de drogas, estando sobre representadas nas diferentes etapas do processo penal, especialmente as mulheres estrangeiras. Neste estudo, analisamos as diferentes situações que, previsivelmente, nos últimos cinco anos, têm impactado com os números oficiais de criminalidade por tráfico de drogas, com o objetivo de determinar se, efetivamente, os dados e perfis inicialmente identificados em nossos trabalhos prévios se mantêm, ou se ocorreram mudanças reais na resposta penal.

**Palavras-chave:** mulheres imigrantes; mulheres em prisão; narcotráfico; tráfico de drogas; discriminação; seleção penal.

\* Artículo de reflexión derivado de investigación. Este trabajo está basado en el estudio realizado en el marco del proyecto I+D del Ministerio de Educación. España: "Igualdad y Derecho Penal: el género y la nacionalidad como factores primarios de discriminación". DER2010-19781, coordinado por la profa. María Acale Sánchez, que culminó en 2015, continuando una de las líneas de investigación, largamente desarrollada por la autora en otros proyectos de investigación centrada en extranjeros en prisión, especialmente: "Estudio sobre la vinculación de presos extranjeros con el crimen organizado en marruecos y España como instrumento para la prevención de la criminalidad". Código" A/023116/09, de la AECl, dirigido por el Prof. Luis Ruiz Rodríguez.

\*\* Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Cádiz, España. Miembro del Grupo de Investigación del Plan Andaluz de investigación científica PAI2000-SEJ-378, SEJ. Secretaria del Instituto Andaluz Interuniversitario de criminología. Correo electrónico: gloria.gonzalez@uca.es. ORCID: 0000-0002-7940-9639.

Cómo citar este artículo: González Agudelo, G. (2021) La función selectiva del sistema penal por el origen étnico y el género, según los datos de mujeres extranjeras en prisión en España por tráfico de drogas. *Estudios de Derecho*, 78 (171) 352-387

Doi: 10.17533/udea.esde.v78n171a14

Fecha de recepción: 23/07/2020 Fecha de aceptación: 12/11/2020



## **La función selectiva del sistema penal por el origen étnico y el género, según los datos de mujeres extranjeras en prisión en España por tráfico de drogas**

### **1. Mujeres extranjeras en prisión por tráfico de drogas**

Las datos oficiales sobre criminalidad conocida, detenidos, condenados y población penitenciaria en España confirman que la política criminal en materia de tráfico de drogas, continúa afectando de manera desigual a las mujeres, sobre todo, a las mujeres extranjeras, sobrerepresentadas, en todas las etapas del proceso y en la ejecución penal, y respecto de las cuales, planea permanentemente la expulsión del país, bien, por la imposición directa como sanción o sustitutiva de la pena de prisión, bien, por la vía administrativa, aun en el caso de las residentes legales, pues los antecedentes penales, casi siempre, impiden la renovación de los permisos de residencia y trabajo. Esta conjunción de estrategias dan lugar a lo que se conoce como la “Penalidad migratoria”, entendida como el conjunto de los dispositivos penales y administrativos que operan en el control de los extranjeros, afectando, especialmente, a ciertos grupos (Brandariz y Fernández, 2017; Stums, 2008).

El género y la nacionalidad son dos variables que permiten medir la igualdad material en la aplicación de la ley penal y los resultados de la investigación en esta materia ofrecen un panorama desalentador, a pesar de algunos intentos oficiales por corregir las desigualdades más evidentes. En España, desde hace ya varias décadas, algunos estudios de género, pioneros en el abordaje de este tema (Almeda, 2002; Azaola, 1995; Equipo Baraño, 2001; Yagüe, 2002, entre otros), se han ido completando a lo largo del tiempo, con diferentes trabajos empíricos que muestran la profundidad de estas desigualdades en el caso de las mujeres en prisión, y la interseccionalidad de la discriminación que sufren (Juanatey, 2018, Acale y Gómez, 2015; Mapelli, Herrera y Sordi, 2013. Almeda y Bodelón, 2007; García y Cerezo, 2007; Ribas, y Almeda, 2005; entre otros).

A pesar del aumento del interés investigador en esta materia y los consolidados resultados arrojados por los estudios realizados sobre mujeres en prisión en los últimos años, incluidos los nuestros, es necesario continuar profundizando en

algunas de las variables de análisis delimitadas, proponer otras, y comprobar su operatividad a lo largo del tiempo, sobre todo, si se pretende, como hacemos nosotros, centrar este examen en las mujeres extranjeras en prisión por tráfico de drogas, pues, esta es una actividad del crimen organizado que responde a parámetros específicos, y está sometida a fluctuaciones, en función de las circunstancias concomitantes que afectan este tráfico y no pueden desconocerse. En concreto y anticipadamente, puede suponerse que los siguientes hechos, acaecidos durante los últimos cinco años, pueden tener trascendencia en la materia analizada:

- Fluctuaciones importantes en los movimientos migratorios que alteran el tablero demográfico de España, y presumiblemente, las tasas delictivas asociadas a los extranjeros, en general y, de forma específica, según género, nacionalidad y tipología delictiva.
- Un cambio operativo muy importante en la introducción del cannabis y sus derivados en España, pues, se ha empezado a hacer producción propia, a partir del cultivo interno y su transformación en origen.
- Las sucesivas crisis económicas, que han dado al traste, con los programas de desarrollo económico y social de ciertas zonas, sobre todo del Campo de Gibraltar, frontera Sur de España y Europa, zona donde se concentra gran parte del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes.
- Cifras constantes, en aumento, de la incautación de las drogas en todo el país y en las detenciones por este motivo.
- Las reformas penales operadas, tanto en el año 2010 como en el año 2015, que han aparejado importantes cambios, no solo en relación con la tipificación delictiva, sino también con la aplicación de la pena privativa de libertad y en la de expulsión.

Las transformaciones sociales y culturales producidas por el tráfico de drogas ilícitas, no han sido objeto de análisis específicos en España, quizás, porque a diferencia de otros países, los resultados del fenómeno, en términos antropológicos, no son tan visibles -salvo en ciertas zonas, como el Campo de Gibraltar-. Tal vez por ello, nos hemos acostumbrado a dar por ciertas algunas premisas relacionadas con el narcotráfico: España, es un país especialmente de tránsito de la droga hacia otros países de la Unión Europea; que mueve grandes cantidades de dinero, casi siempre, ejecutado por grandes redes criminales, mayoritariamente dirigidas y compuestas por hombres extranjeros, en cuyas estructuras las mujeres ocupan un lugar subordinado y meramente auxiliar, básicamente, como correos<sup>1</sup>.

---

1 Giménez-Salinas, Requena, y De la Corte (2011), llegan a conclusiones muy interesantes, que divergen de estas características, con base en el análisis de 1.156 miembros de grupos de criminalidad organizada identificados en

Estas premisas han determinado las políticas públicas en la materia, centradas en la agravación de los tipos penales, la punición de cualquier ayuda a la organización, el encarcelamiento masivo, la expulsión de extranjeros y la cooperación internacional en materia de seguridad, dejando por fuera otro tipo de medidas tendentes a enfrentar un fenómeno más estructural, pues no se considera como tal. Además, alienta unas prácticas policiales discriminatorias, de selección penal en las fronteras, puertos y aeropuertos, basadas en el perfil étnico o nacional, que entraña un peligro real de trato vejatorio para todos los viajeros, especialmente, para las mujeres, con base en meras sospechas; y también, justifica la identificación aleatoria por parte de las policías, por estos mismos motivos, en las ciudades, nuevamente, con base en perfiles étnicos (García, Arenas y Miller, 2016).

## 2. Antecedentes

El grupo de investigación PAI2000-SEJ-378, "Sistema penal, Criminalidad y Seguridad", y el Instituto andaluz Interuniversitario de criminología, sección Cádiz, han realizado en la última década diferentes proyectos de investigación, cuyo objeto ha sido, precisamente, el estudio de la extranjería y/o el género, en prisiones. En concreto, pueden reseñarse, el proyecto A/023116/09, de la AECID: "Estudio sobre la vinculación de presos extranjeros con el crimen organizado en marruecos y España como instrumento para la prevención de la criminalidad" (Ruiz, 2013), cuyo objeto de investigación fueron los presos condenados por crimen organizado en cárceles españolas; y especialmente, el proyecto DER2010-19781, "Igualdad y Derecho Penal: el género y la nacionalidad como factores primarios de discriminación" (Acale y Gómez, 2015), cuyo objeto fue el análisis de la criminalidad de las mujeres en prisión y los factores que determinan su discriminación por género, tanto en las cifras de internamiento, como en su situación penitenciaria. Nuestra participación en ambos proyectos, se circunscribió, en el primero caso, al análisis de los extranjeros en prisión por criminalidad organizada, específicamente, por tráfico de drogas, incluyendo el estudio de las mujeres extranjeras (González, 2013), y nos hemos ocupado de este colectivo, exclusivamente, en el segundo caso (González, 2015).

En ambos proyectos se hizo un análisis de la estadística criminal y penitenciaria de este colectivo y su evolución histórica, y un trabajo empírico desarrollado en las prisiones de Puerto III y Botafuegos (en el segundo proyecto,

---

65 operaciones policiales llevadas a cabo entre 1990 y 2010. Entre ellas, que son los españoles quienes participan en mayor medida en estas actividades y están presentes en la mayoría de las actividades ilícitas, ocupan puestos relevantes en las organizaciones, son poseedores de importantes contactos y proporcionan a los extranjeros sus propios recursos para desarrollar la actividad criminal.

se sumó la cárcel de Alcalá de Guadaira), sobre su situación penitenciaria. La muestra no estaba conformada por los mismos sujetos, pues, en el primero de ellos, se entrevistó a los extranjeros condenados por crimen organizado en estas prisiones (hombres y mujeres), esto es, a quienes se le hubiere imputado el agravante de pertenencia a organización delictiva, pudiendo comprobarse una muy baja representatividad -en las cárceles analizadas-, de mujeres extranjeras condenadas por tráfico de drogas con esta agravante. Este resultado lo atribuimos, al sesgo de la investigación, por la cercanía de estas prisiones con Marruecos y el Estrecho de Gibraltar, la ruta de entrada del hachís a España, actividad de tráfico de drogas en esta zona, desarrollada mayoritariamente por hombres (González, 2013, p. 7). En el segundo proyecto, centrado en mujeres en prisión, entre otros grupos, se entrevistó a 48 mujeres extranjeras, 27 de las cuales lo estaban por tráfico de drogas, que constituyó la muestra de nuestro análisis.

La labor desarrollada en ambos proyectos, nos permitió identificar diferentes variables de análisis en el estudio de las mujeres extranjeras en prisión por tráfico de drogas, que requieren ser comprobadas a lo largo del tiempo para trazar su operatividad, pues, aunque ambos proyectos tenían diferentes objetivos de investigación, pueden rastrearse problemas comunes en la respuesta del sistema penal a la criminalidad de los extranjeros por crimen organizado, y específicamente, a las mujeres con origen extranjero, objeto de este estudio.

El primer resultado demostrado, en ambos proyectos, como ya se indicó, fue la comprobación de la sobrerepresentación de los extranjeros en las cifras de la criminalidad por tráfico de drogas y, en general, de las mujeres extranjeras en las cifras oficiales de criminalidad en todas las fases de proceso penal, y especialmente, en las cifras de delitos de tráfico de drogas, que, casi siempre, determinan su ingreso en prisión y sobre las cuales, se planea, permanentemente, la expulsión (Boza, 2019; García, 2016; Larrauri, 2016).

En la investigación previamente desarrollada con mujeres extranjeras, se pudo demostrar que las mujeres extranjeras están sobrerepresentadas en prisiones, no solo respecto a las otras mujeres nacionales, sino también, respecto a los propios hombres extranjeros condenados por el mismo delito de tráfico de drogas. También, estadísticamente, se comprobó una tendencia constante a la baja, en la tasa general de mujeres en prisión, que tenía su correspondencia en la de mujeres extranjeras, lo que se explicaba, sobre todo, por los cambios legislativos, introducidos por la reforma penal del año 2010. Debe tenerse en cuenta que los delitos por los que las mujeres están en prisión en España, son, mayoritariamente, los delitos contra el patrimonio (robos-hurtos) y los delitos contra la salud pública (tráfico de drogas), modificados por esta reforma. No obstante, ya advertímos de la discriminación persistente a pesar de estas cifras a la baja para aquellas mujeres trabajadoras, cuya función era meramente el transporte de drogas ("mulas" o "burreras"), pues terminan siendo sancionadas más gravemente, normalmente,

por pertenencia a la organización delictiva, y/o por trasportar cantidades de droga de “notoria importancia”, lo que implica un castigo más severo y determina, siempre, su ingreso en prisión.

Además, a pesar de los programas y acciones de igualdad puestos en marcha por el sistema penitenciario, y la diferencia de los períodos investigados (2010/2011 y 2011/2014), se constató, en ambos proyectos, la limitación de oportunidades para las mujeres en los programas formativos y laborales y un mayor desamparo jurídico de las mujeres extranjeras, con peores defensas judiciales, y menores oportunidades para obtener los beneficios penitenciarios.

## 2.1. Perfil de la mujer encarcelada por tráfico de drogas

En suma, a través de una metodología cualitativa, pudimos determinar el siguiente perfil de las mujeres extranjeras encarceladas por tráfico de drogas, que mantiene y ahonda en el estereotipo forjado hasta la fecha. Muestra a una mujer, pobre y trabajadora; madre, en su mayoría, sin pareja estable; con un nivel medio de estudios; en un alto porcentaje (30 %) con antecedentes de malos tratos en el ámbito familiar; sin responsabilidades en la organización criminal; sin toxicomanías y con buen comportamiento penitenciario. Esto es, a pesar de moverse en un mundo eminentemente masculino, mantienen su rol de género y la maternidad es parte esencial de sus vidas (81 %), en muchos de los casos, es la razón tras su acción delictiva, estando casi siempre, alejada de las decisiones y/o las estructuras de las organizaciones delictivas. No ha de olvidarse que, casi siempre, son ellas la cabeza de familia y de quienes depende la subsistencia familiar. En el 67 % de los casos tienen más de dos hijos, que están con sus familiares, mientras ellas están en prisión. En la mayoría de los casos, no tienen pareja estable, y en otros casos, son estos quienes le inducen a la actividad delictiva. La mayoría de ellas expresaron como motivación para realizar el delito ayudar a su familia, ya sea, para proveerla, ya sea, asumiendo la responsabilidad penal por su pareja o hijos, y tienen gran interés en la formación, con la idea de permanencia en España para asegurar un mejor futuro para ellas y su familia<sup>2</sup>.

No tienen quejas excesivas por el trato recibido en prisión, salvo, por el acceso al trabajo remunerado que consideran escaso y discriminatorio respecto a los hombres. La mayor objeción, no obstante, la tienen en relación con los beneficios y permisos penitenciarios respecto a las mujeres nacionales en la misma situación, y el trato recibido por el juez al momento de imponer su condena, que entienden fruto de la discriminación, por su condición de extranjeras o su origen étnico, quejas, sobre todo, de quienes tienen regularizada su situación y deberían poder acceder a los beneficios

2 Grupo de discusión Centro penitenciario Puerto III. Mujeres extranjeras. Proyecto DER2010-19781 (Acale y Gómez, 2015, p. 22).

penitenciarios en igualdad de condiciones. Es importante considerar, además, el alto número de mujeres que no reciben ninguna asistencia jurídica, o esta no es adecuada, por las graves consecuencias que de ello pueden derivarse (González, 2015, p. 323).

La novedad principal de nuestra investigación consistió en mostrar, a través del estudio cualitativo, que el perfil de estas mujeres, incluía, en una gran parte, a las mujeres residentes en España, ya nacionalizadas y/o con permiso de residencia y/o trabajo, es decir, con vínculos estables en este país -tendencia ya observada en otros países, con una más larga tradición de inmigración -, y que quieren continuar residiendo en él (arraigo), por lo que la ley y el trabajo preventivo y resocializador debería tener en cuenta esta realidad. La nacionalidad las excluye de la estadística de mujeres extranjeras en prisión, pero no, de las condiciones adversas de la ejecución penitenciaria, precisamente, por su origen extranjero, planteando así, una nueva vía de análisis que debe ser seguida, para comprobar a lo largo del tiempo, los efectos en esta materia, de las migraciones directas y, pronto, en las de sus descendientes (las mal llamadas, segundas generaciones), en los países europeos. No obstante, este resultado no puede ser ratificado en este trabajo, circunscrito al análisis de las cifras de la criminalidad, pues, amerita un análisis cualitativo mucho más amplio (que incluya las prisiones de Madrid y Barcelona).

Finalmente, también pudimos comprobar, que muchas de las mujeres entrevistadas tenían abiertos expedientes administrativos de expulsión, lo que implica, para ellas, y para el sistema penitenciario, desaparecer de la estadística sin que el sistema penal haya respondido a su problemática específica, por el contrario, terminando, en muchos casos, con los procesos de arraigo ya iniciados en el país de acogida. Muy llamativa resultó ser la falta de conciencia de las internas, sobre las consecuencias de su condena, si se tienen en cuenta la posibilidad de la expulsión -actual o futura-, y que, la no renovación de los permisos de residencia y trabajo por los antecedentes penales derivados de esta condena, las abocaría necesariamente a la irregularidad y a la exclusión social, potenciando el círculo delictivo.

Con posterioridad a los períodos de investigación empírica de estos proyectos -incluso, durante alguno de ellos-, se han producido algunos cambios sociales y jurídicos importantes, como ya indicábamos, cuyos resultados dilatados en el tiempo, previsiblemente, deberían impactar en la materia tratada y aconsejan una revisión sobre las premisas y las conclusiones de dichos estudios, tarea a la que nos avocamos en este estudio.

## **2.2. El tandem extranjería-drogas en la política criminal española. El caso específico de las mujeres migrantes**

La política criminal en España en materia de drogas ha sido siempre prohibicionista y seguidora de las pautas internacionales en la materia, que se decantan por

la persecución de cualquier actividad que implique favorecimiento -de cualquier forma- al tráfico de las drogas ilegales, ya sea, relacionada con el cultivo, producción, tráfico, distribución, promoción e incluso el consumo (excluido de la punición en España), y respecto de cualquier sustancia prohibida. "La guerra contra las drogas" ha funcionado como un "tranquilizante social", fungiendo como una idea integradora, especialmente, como control de las clases peligrosas (Christie, 1993; del Olmo, 1998; Baratta, 2006, Zaffaroni, 2006, Zaffaroni, y Paladines, 2015).

Adicionalmente, la política de "guerra contra las drogas", ha desempeñado una importantísima función en la construcción del "enemigo" (Christie, 1994, Garland, 2006; Terradillos, 2020, Zaffaroni, 2006), representado por el extranjero y su intrínseca "peligrosidad", especialmente, cuando actúa a través de redes organizadas, que se han convertido así, en compendio de todos los problemas sociales, por ende, legitimador de una respuesta urgente, diferenciada y eficaz del sistema frente a los riesgos que implica para la seguridad. Se puede afirmar que la gestión de la inmigración se basa en "políticas de sospecha" (Brandariz, 2011; Sabater, 2004), sobre todo, cuando se hace una gestión política conjunta de una problemática, que se hace común a través de estrategias mediáticas y políticas de visibilización del problema, como un todo, que demonizan al "otro" y posibilitan el consenso frente al aumento del punitivismo para ciertos sectores y/o grupos. Stumpf (2006), denomina a esta relación entre políticas de migración y Derecho penal, "*Crimmigration*" (p. 396).

Wacquant, (2004, p. 122), refleja muy bien esta situación a partir de su análisis de las contradicciones del Estado Social resquebrajado y las políticas penales abiertamente orientadas hacia la defensa social, que hacen recaer en el sistema penal el control de las poblaciones desestabilizadas y excluidas del sistema laboral, mostrando claramente cómo los extranjeros, una de las categorías más vulnerables tanto en el mercado laboral como frente al sector asistencial del Estado, debido a su reclutamiento de clase más bajo y a las múltiples discriminaciones que se les infligen, están masivamente sobrerepresentados dentro de la población carcelaria, además de sufrir directamente los efectos sociales del encarcelamiento y los cambios estratégicos en la intervención policial y penitenciaria, reduciéndose abiertamente el objetivo de reinserción<sup>3</sup>.

El movimiento feminista, por su parte, ha evidenciado que las mujeres no son una abstracción, ni tampoco pueden ser etiquetadas bajo una única identidad. Estos análisis -incluida la criminología feminista- y los movimientos sociales de base, han mostrado, además, la necesidad de una mirada específica, desde el punto de vista de las mujeres y sus propias experiencias, sobre las políticas de control penal que

3 Wacquant (1999) citando a Pedro Tournier señala que, en Francia, según el delito, la probabilidad de ser condenado a prisión es 1,8 a 2,4 veces más elevada para un extranjero que para uno francés (sin distinción de reos, cualquiera que sea sus antecedentes) (p. 65).

inciden en los diferentes colectivos de mujeres y las instituciones que las sustentan (Chesney-lind & Pasko, 2013; Larrauri, 1994; Pitch, 2001). Esta afirmación tiene plena vigencia cuando se posa la mirada desde esta perspectiva, sobre las superpuestas discriminaciones de la mujer condenada y encarcelada en España (Puente, 2012), especialmente, si son extranjeras y si lo son por tráfico de drogas .

La selección y discriminación penal por motivos de nacionalidad y género es, especialmente evidente en materia penitenciaria, pues, los datos son persistentes al mostrar tasas de encarcelamiento superiores para los extranjeros por los delitos de tráfico de drogas, sobre todo, de las mujeres extranjeras, a pesar de que, mayoritariamente, siguen ocupando posiciones residuales y fungibles en la organización. Además, no hay ningún programa específico que atienda a las necesidades de resocialización de estas personas tanto dentro como fuera de la prisión -salvo los de deshabituación-. Por el contrario, la única respuesta parece ser la expulsión, desconociendo el cambio de perfil de los sujetos, que, como mostramos en las investigaciones anteriores, incluye cada vez, con mayor frecuencia, a los nacionales y a las personas extranjeras nacionalizados o residentes, situando a los marroquíes (hombres), y a las colombianas (mujeres), como las nacionalidades más frecuentemente representadas en las condenas por estos delitos.

Si se analiza la situación penitenciaria y la vida de las mujeres extranjeras en prisión, la realidad es aún más grave, pues, el propio sistema de prisiones está estructurado en función de un recluso varón, por tanto, muchas de las dificultades para las mujeres -en general-, tradicionalmente, asociadas al régimen carcelario, resultan ser cuestiones de discriminación, por género, por ejemplo, al tener peores condiciones físicas sus lugares de confinamiento; al no existir una mínima clasificación o separación en atención a sus características personales, penales o penitenciarias; la traslación del régimen penitenciario y los mecanismos de control y seguridad propios del mundo masculino a una población en la que predomina su escasa sofisticación criminal y peligrosidad; grandes obstáculos para acceder en plano de igualdad con los hombres a la formación o al escaso mercado laboral penitenciario, etc. (Acale y Gómez, 2015; Asociación Pro-Derechos Humanos de Andalucía [APDHA], 2020; Gallardo, 2015; Juanatey, 2018; Mapelli *et al.*, 2013; Yagüe y Cabello, 2005, Ribas, y Almeda, 2005). En estos casos no hay voluntad alguna de hacer una diferencia que garantice la igualdad de derechos (Ruiz, 2015, p. 250).

### 3. Las mujeres trabajadoras en el tráfico de drogas

*Irracionales, chismosas, de poco fiar, y por ello, incapaces de someterse a la regla del silencio. Su tarea debe circunscribirse a "traer hijos al mundo y a ocuparse de la casa" (entrevista a Antonio N., Módena, 5 de mayo del 2004)*

(Ingrascì, 2008, p. 25).

A pesar de alguna variación, producida en los últimos tiempos en relación con el papel de la mujer en este ámbito, como consecuencia de las transformaciones sociales, económicos y de la representación social, que, aunque, lentamente, también llegan a este medio -reaccionario y refractario a cualquier cambio-, sigue siendo válido el análisis que asigna una función subordinada y desecharable a la mujer, al menos, para la gran mayoría de quienes se vinculan con este universo. El universo del narcotráfico es esencialmente tradicional y machista (Fiandaca 2007), y en este sentido señalan Ovalle y Giacomello, 2008, p. 35):

Donde se reproduce en forma caricaturesca el “orden” social instaurado artificialmente sobre la base del supuesto de la superioridad masculina. Por lo tanto, es común que en el mundo del narcotráfico se construyan las relaciones de género a partir de un conjunto de actitudes y comportamientos que discriminan y marginan a la mujer por su sexo. (p.35).

Así, al lado de papeles esencialmente tradicionales de esposas, compañeras y madres incondicionales, se ha producido un cambio de roles y una mayor participación de las mujeres en funciones laborales de más prestigio y responsabilidad al interior de sus organizaciones, dando cabida a una mejor utilización de la potencialidad de la mujer, según su especialización, e incluso, excepcionalmente, ocupando posiciones de liderazgo (por ejemplo, Griselda Blanco, La reina de la cocaína colombiana; María Licciardi, jefa de la mafia de Nápoles; Sandra Ávila Beltrán, la reina del Pacífico, Ana María Carmona, reina de la coca de Madrid).

No obstante, puede observarse que el común denominador para las mujeres que ingresan en las filas laborales del tráfico de drogas, sigue siendo, que ocupan las últimas posiciones en la cadena de la división del trabajo<sup>4</sup>, y las más riesgosas, incluso, quienes alcanzan posiciones de más influencia, suelen hacerlo como consecuencia de la herencia familiar o afectiva, al ser sus parejas o familiares encarcelados o asesinados -y aún, en estos casos, debe demostrar, paso a paso, su valía en un mundo de hombres-, y su liderazgo, está siempre en entredicho.

Zhang, Chin & Miller (2007), sostienen la idea de «mercados de género» en el ámbito de la criminalidad organizada, y argumentan que la participación de la mujer en la empresa criminal depende del contexto y las demandas del mercado. Sustentan que determinados mercados bloquean las oportunidades de acceso para la entrada de las mujeres, en cambio, otros, tales como el de tráfico de personas, que se basan más en las relaciones personales y en la necesidad del cuidado de

4 Giménez-Salinas et al., (2011), sostienen que este dato no es corroborado por su estudio, pues, muchas de las actividades realizadas por estas son claves para la organización: labores de encubrimiento, custodia de mercancías, compra de vehículos, servir de pantalla, etc. (p. 27).

los destinatarios potenciales que en la violencia, ofrecen más oportunidades a las mujeres, y ello explica su mayor presencia en estos mercados que, por ejemplo, en el mercado de las drogas, dónde la defensa del territorio y/o el uso de la violencia directa están más presentes<sup>5</sup>. Esta hipótesis es parcialmente verificada por Giménez-Salinas *et al.* (2011), quienes, en su trabajo sobre grupos organizados, han comprobado que la presencia de mujeres es especialmente relevante en el mercado de tráfico de inmigrantes, la falsificación de documentación y la trata con fines de explotación sexual y también en los dedicados al hurto que no requieren especial violencia (p. 17).

Desde un punto de vista organizativo, Ovalle y Giacomello (2008), resumen los diferentes papeles y niveles de participación de la mujer en el mundo del narcotráfico, según los diversos escenarios de acción en los que pueden desenvolverse, evidenciando la dificultad de un tratamiento unificado de la mujer en las redes de comercialización de drogas ilegales. Esposas, madres e hijas -muchas veces, señaladas y estigmatizadas-, mujeres trofeo, y mujeres trabajadoras, son parte de una misma realidad antropológica, pero no necesariamente desempeñan el mismo papel dentro del universo criminal.

Es importante clarificar las distintas situaciones existenciales y puntos de partida en la participación de la mujer en el narcotráfico, pues, ello debería obligar a una lectura compresiva, y traducirse adecuadamente, en la valoración jurídico-penal de su conducta (González, 2015, p. 308 y ss.). No solo el sistema penal omite una mirada de género, sino también, y ya ubicados en los sistemas jurídicos europeos, el sistema es incapaz de comprender los códigos culturales que motivan u obligan -sin que pueda demostrarse la fuerza coactiva directa- a la acción delictiva en determinados casos. No es esta una afirmación condescendiente con las mujeres que participan en el narcotráfico, no hay diferencias ónticas entre sexos que impidan a las mujeres una acción decidida, voluntaria, y exitosa, dirigida a buscar el máximo provecho económico a través de la acción delictiva del narcotráfico, siendo las motivaciones de diferentes tipos. Así, aunque pocas, cuantitativamente, pueden encontrarse mujeres como jefas de clanes, redes o familias mafiosas, o mujeres altamente cualificadas, por sus conocimientos (abogadas, jueces, políticas), que los ponen al servicio de la organización.

A pesar de ello, se constata que la realidad fenomenológica y cultural de las mujeres en el narcotráfico es muy diversa, y si bien, la base antropológica de algunos de los clichés, con la que suele leerse, perdura, no es la única, y en la

5 En contra, Kleemans, Kruisbergen & Kouwenberg (2014), quienes sostienen que no es una cuestión de accesos bloqueados, sino de capacidades individuales y de acceso individual que unas tienen y otras no, especialmente, por las relaciones que por diferentes circunstancias algunas mujeres pueden tener como relaciones transnacionales - matrimonio, lenguaje y mediación, migración y situación jurídica: situación de regularidad en Europa, etc.-, que les puede proporcionar importantes vínculos, que incluso les permite trasvasar de un mercado a otro.

actualidad, la realidad no puede ser encorsetada bajo el prisma de los estereotipos. Aunque no podemos profundizar en esta materia, es un argumento central para comprender, por qué desde la misma tipificación penal de estos delitos se está discriminando por género, pues, se define y aplica la ley penal, en abstracto, de forma igualitaria, a situaciones que, de hecho, no son iguales; por ejemplo, cuando se castiga, como autoras o cómplices, a las madres, esposas, hijas, parejas, y en general, a todas aquellas mujeres que dependen económica y/o afectivamente de los autores y responsables de la organización, muchas de ellas, incluso, víctimas de violencia de género o de trata en sus relaciones personales con estos y, en cualquier caso, con poca o ninguna capacidad decisoria. También, cuando se agrava la respuesta penal de las mujeres, trabajadoras o víctimas de trata (normalmente, no investigada, victimizándolas de nuevo), que transportan droga en sus cuerpos, anatómicamente, con capacidad para acoger mayor cantidad de droga; cantidad o calidad de la misma, sobre la que la mujer trabajadora o víctima, no tiene ninguna posibilidad de decidir, de forma que, la imposición de las agravantes por este motivo, resultan ser, aplicación por responsabilidad objetiva de la ley penal; o se castiga el microtráfico con penas de cárcel.

A diferencia de la idea preconcebida trasmisida por los medios de comunicación y las autoridades, que asocia narcotráfico con organizaciones y estructuras sofisticadas y complejas (cárteles, triadas, mafia), la realidad cotidiana muestra, frecuentemente, alianzas transitorias que duran el tiempo necesario para culminar un negocio o un envío. “En este escenario laboral, mucho más amplio, dinámico y flexible que lo que nos relata los medios de comunicación y los discursos oficiales, es en el que miles de mujeres tratan de encontrar una opción laboral” (Ovalle y Giacomello, 2008, p. 39). Estas redes, valiéndose de las pocas oportunidades de trabajo que tienen las mujeres en muchas zonas o épocas, y aprovechándose de la especial vulnerabilidad de estas, casi siempre, cabeza de familia, las utilizan como uno de los últimos eslabones en sus cadenas laborales, asignándoles las actividades más riesgosas y mal remuneradas de la organización -casualmente las actividades que entrañan más peligro, son las peores retribuidas-.

Dentro de la categoría de mujeres trabajadoras, el abanico es muy amplio (Sansó-Rubert, 2010, p. 14). La mayoría de las actividades de trabajo desarrolladas por ellas, suelen ser de bajo de bajo perfil, aunque, algunas son mejor remuneradas que otras. La implicación de la mujer suele ser ocasional, derivada de su precaria situación personal (económica, familiar o por drogodependencia), o porque se consigue a través de engaño, la amenaza o la violencia directa. En otros casos, la lealtad no es hacia la organización, sino con su familia, y especialmente, con su pareja, de quienes dependen económica y/o afectivamente, por quienes están dispuestas a asumir el riesgo de la actividad criminal e, incluso, su responsabilidad penal, o son manipuladas para hacerlo. En todo caso, transportar la droga (“mulas” o “burreras”), sobre todo, en el caso de las mujeres, no supone mayor poder

dentro de la organización, de hecho, en el caso del narcotráfico internacional, por el contrario, en muchas ocasiones, son quienes fungen como peones intercambiables por información distorsionada a las autoridades, que permite el éxito de la operación delictiva real, a través de otras vías, a costa de su aprehensión (Giacomello, C. (2013).

Lógicamente, la mujer puede desempeñar otras funciones de más compromiso y especialización en la organización, desde funciones de administradora de una red, hasta actuar como pantalla de la organización y en el blanqueo del dinero, o favoreciendo la organización -policías, jueces, fiscales, notarias, políticas-, e incluso, excepcionalmente, la dirección (Sansó-Rubert, 2010, p. 16). La cuestión por destacar es que las diferentes posiciones y oficios desarrollados por las mujeres dentro de las organizaciones dedicadas al narcotráfico, evidencia que la participación de estas en la actividad delictiva tipificada y perseguida por los Estados no es uniforme, por tanto, el tratamiento jurídico-penal debería ser más específico, si se quiere individualizar la respuesta punitiva en función del bien jurídico que se pretende proteger.

#### 4. Revisión de datos y de nuevas situaciones

Siguiendo la relación de nuevas circunstancias sobrevenidas en los últimos cinco años, que ya se mencionaron en la introducción, intentaremos comprobar si algunas de las conclusiones de nuestros estudios previos, relacionadas con los datos de mujeres extranjeras en prisión, se mantienen con el paso del tiempo o es necesario revisarlas, total o parcialmente<sup>6</sup>.

##### 4.1. Cambios importantes en los movimientos migratorios

Estos movimientos, han alterado el tablero demográfico de España, y presumiblemente, las tasas delictivas asociadas a los extranjeros, en general y, de forma específica, según género, nacionalidad y tipología delictiva. Así, y, en primer lugar, se produjo un regreso en masa a sus países de origen, de miles de inmigrantes, especialmente, latinoamericanos, como consecuencia de las crisis económicas del año 2008 y 2012. Con posterioridad y, a partir de 2014, se dio una nueva e importante oleada de inmigración latinoamericana, especialmente, colombiana, producto de las mejoras de las condiciones económicas en España, a la par que se presentaba la exacerbación de las dificultades políticas y económicas en algunos

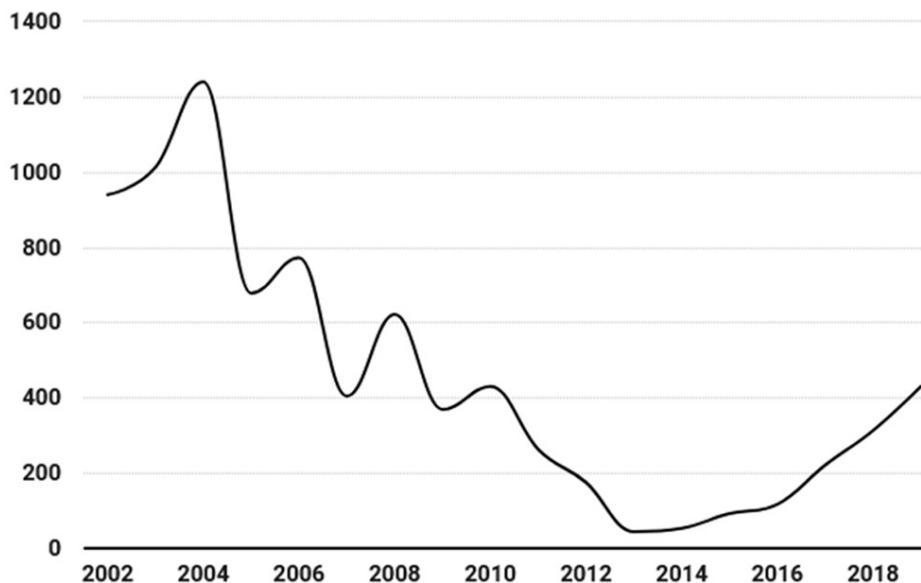
---

6 Aclaramos que, en esta ocasión, debido a las circunstancias generadas por el COVID-19 y el cambio de la normativa interna de instituciones penitenciarias para la autorización del acceso de investigadores a prisión, solo estudiaremos estas circunstancias, en la evolución de las cifras de la criminalidad, dejando para un momento posterior, el estudio cualitativo.

países del continente latinoamericano. A estas últimas circunstancias se aunó la eliminación del visado para los colombianos.

La asociación inmigración y delincuencia es una constante en el imaginario colectivo, alentada por los medios de comunicación, los partidos conservadores y de derechas y las tendencias actuales en política criminal que responden a la delincuencia, siguiendo este patrón ideológico (Cozar y Rodríguez, 2019, p. 51; Terradillos, 2020, p. 85). La construcción del Otro, del diferente, como el enemigo a abatir, relaja los controles democráticos sobre las políticas adoptadas y sobre las actuaciones de las autoridades, y sirve para lograr el consenso, en torno a políticas públicas tendentes a su inocuización, bien, a través de la prisión, bien, a través de la expulsión. Los cambios demográficos no parecen afectar a la percepción social del fenómeno, pues, responde a ideas preconcebidas, por esto, es necesario comprobar si los movimientos en los flujos migratorios han tenido consecuencias directas en las cifras generales de la criminalidad y, específicamente, en la materia analizada.

El reciente estudio presentado por la Fundación PorCausa y la Universidad Carlos III (Fanjul y Gálvez, 2020), realizado con base en el análisis cruzado de permisos de residencia, padrón municipal, encuesta de población activa y tarjetas sanitarias, concluye -contrariamente a la idea general que asocia el perfil de la inmigración, al africano que llega por "patera" (embarcación pequeña a la que se une un motor fuera de borda)-, que el perfil de la inmigración irregular en España, es el de una mujer de unos 30 años procedente de Colombia, Venezuela u Honduras, que entró en el país con un billete de avión y se quedan a vivir, sobre todo, colombianos que desde el 2015 no necesitan visado. Los datos de este estudio señalan que, en 2019, había entre 390.000 y 470.000 personas en situación irregular, esto es, entre 6 y 20 veces más que en 2014 (en función de la metodología comparativa que se use, puede ser mucho más), fecha en la cual terminó el fuerte descenso que se dio a partir de la crisis de 2008. La horquilla supone entre el 11 % y el 13 % del total de inmigrantes extracomunitarios y alrededor del 0,8 % de la población total que reside en España. Cuatro de cada cinco (77 %) proceden de América Central y del Sur y especialmente de tres países, que representan el 60 % del total: Colombia, Venezuela y Honduras. Se trata de comunidades de inmigrantes en las que la tasa de irregularidad -número de "irregulares" sobre el total- se sitúa ya entre el 30 % y el 50 %. Del continente africano, son aproximadamente 43.000 personas (9,2 %), de las cuales más de la mitad proceden de Marruecos. Cuatro de cada cinco inmigrantes sin papeles tienen menos de 40 años. Siete de cada diez inmigrantes irregulares varones está por debajo de los 30 años y las mujeres son mayoritarias en la población inmigrante irregular en España.

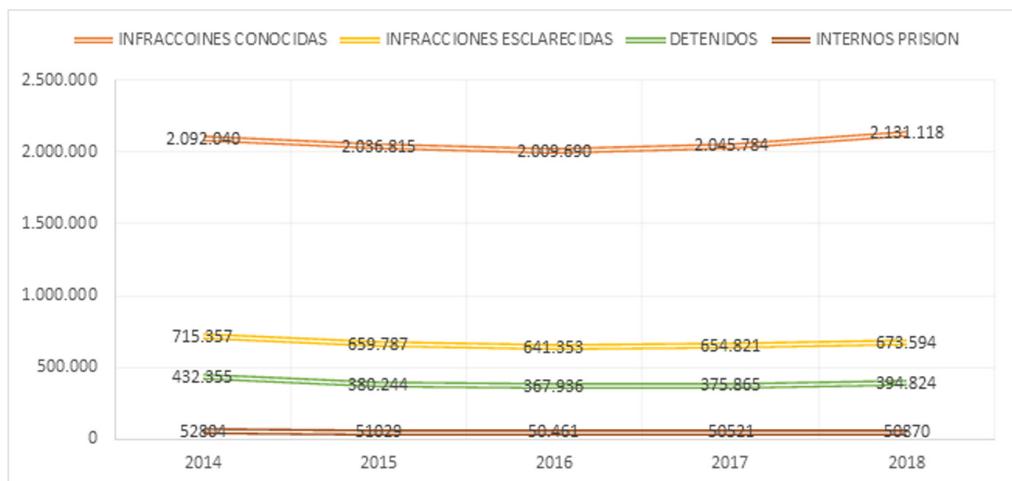
**Figura 1.** Evolución de la inmigración irregular en España (2002-2019, en miles).

**Fuente:** por Causa y Univ. Carlos III.

Paralelamente, si se analiza la evolución de las tarjetas oficiales de residencia, esto es, la inmigración regular, para los extranjeros extracomunitarios, se observa una evolución más o menos constante en las cifras, salvo para los procedentes de América Central y Suramérica, cuyas cifras muestran un descenso importante en los años 2014 a 2016, que empieza a remontar a partir de 2017. Por regiones, el descenso es más acusado en los países de América Central y Suramérica, pasando de las 1.170.981 en 2010 a las 827.424 en 2016, fecha en la que empieza nuevamente a incrementarse, siendo Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, los países que han reducido drásticamente su número, más o menos a la mitad de las que había en 2010. Las tarjetas de residencia de personas procedentes de África han permanecido más o menos constantes, y están en permanente ascenso de las personas procedentes de Asia.

Desde el punto de vista criminológico, pueden hacerse diversas lecturas, sobre todo, si conectamos los anteriores datos con las cifras de la criminalidad

**Figura 2.** Resumen de la criminalidad conocida, esclarecida, detenidos y población penitenciaria.



**Fuente:** Elaboración propia con base en datos del Anuario estadístico Ministerio del Interior.

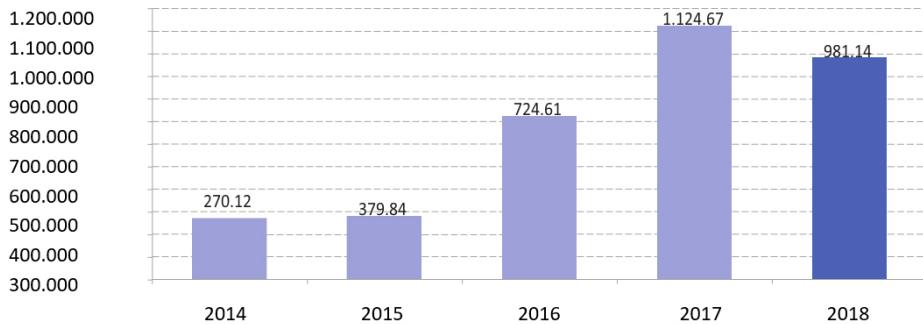
Siguiendo la estela ya analizada por diferentes estudios criminológicos, se comprueba, que en España al igual que en muchos otros países del entorno, se ha ido dando una reducción en las tasas de la criminalidad y de detenciones. A pesar de ello, puede observarse que las variaciones en los flujos migratorios, en términos globales de los datos de la criminalidad, no han influido directamente en este resultado, pues el descenso es continuado y constante, independientemente de las fluctuaciones demográficas en todas las dimensiones (con un ligero aumento en el 2019 para las infracciones conocidas). Si bien, no puede establecerse una relación causal, pues la criminalidad no es un fenómeno unívoco que pueda ser explicado por una sola causa y la inmigración es solo una de las variables que pueden ser examinadas (García, 2019, p. 199 ss.).

#### 4.2 Transformaciones operativas en la introducción del cannabis y sus derivados en España

Se ha empezado a hacer producción propia, a partir del cultivo interno de la planta de cannabis y su transformación en origen. España, según el Anuario estadístico del Ministerio del Interior (2018), ha experimentado un incremento de las incautaciones de plantas de cannabis en los últimos cinco años de un 263 %, a pesar del descenso del 13 % en 2018 respecto a 2017. Se han realizado 3.012 detenciones por tráfico y cultivo de plantas de cannabis, siendo las nacionalidades mayoritarias española, china y marroquí.

Desde 2013 -cuando comenzaron a contabilizarse- a 2018, las incautaciones de plantas de marihuana se han incrementado año tras año, acumulando un aumento de casi un 600 % (de 175.000 a casi un millón), según datos del Ministerio del Interior. Por kilos, han pasado de intervenirse 15.174 en 2014 a 37.220 en 2018, más del doble en cuatro años, según los datos del Centro de Inteligencia Contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO). Según este organismo, España se ha convertido en el tercer productor y exportador de marihuana de Europa, en tan solo cuatro años, por detrás de Albania e Italia (Ortega Dolz y Arroyo, 2020)<sup>7</sup>.

Figura 3. Cantidad incautada de plantas de cannabis (uds.)



**Fuente:** Informe estadístico del Ministerio del Interior (2018).

El mapa general, muestra la extensión de este nuevo negocio en todo el territorio con pequeñas plantaciones, en diferentes nichos (naves, casas, invernaderos, apartamentos, terrazas, garajes, buhardillas etc.), sobre todo, en Cádiz, Granada, Valencia y Cataluña. Esta es una nueva forma de operar de las grandes organizaciones criminales, que lo planifican, gestionan y son quienes obtienen los grandes beneficios, pagando al cuidador una mísera suma, que, para sus empobrecidas economías significa la supervivencia, pero en el marco de la organización, representan solo la última ficha de un gran engranaje, donde los operarios no tienen ninguna capacidad operativa real.

Estos trabajadores, víctimas de las crisis, empresarios en quiebra, jóvenes sin empleo, mujeres de su casa, que no llegan a fin de mes, son atraídos al gran negocio en el que la organización lo provee todo completamente:

Las organizaciones criminales "han visto un gran nicho de oportunidad y de invisibilidad en los hogares de familias humildes: llegan y se lo montan todo (plantas, cableado eléctrico, luces...), les dejan el manual de instrucciones donde detallan lo que tienen que hacer

<sup>7</sup> Ortega Dolz, P. y Arroyo, J. (10 de febrero de 2020). El multimillonario negocio de la marihuana invisible. El País. Recuperado de [https://elpais.com/politica/2020/02/08/actualidad/1581153782\\_240665.html](https://elpais.com/politica/2020/02/08/actualidad/1581153782_240665.html)

para cuidar las plantas, paso a paso, como si fuera para tontos, y luego vienen a por la cosecha (de entre cinco y 20 kilos, con tres o cuatro producciones al año), les pagan lo acordado (unos 5.000 euros por cosecha), y funcionan casi como una gran cooperativa de pequeños productores, recolectan y mandan la mercancía para Europa: Alemania, Inglaterra, Francia, Polonia, Estonia, Letonia...”, según un responsable de la unidad central de estupefacientes de la Guardia Civil, entrevistado. (Ortega Dolz y Arroyo, 2020, párr. 5)

Dos cuestiones merecen ser destacadas a nuestros fines: la mayoría de detenidos en las operaciones policiales desarrolladas son españoles y, normalmente, los propietarios de los terrenos y/o cuidadores no ingresan en prisión si no tienen antecedentes penales (de uno a tres años de cárcel si no superan los 10 kilos), salvo, cuando se incauta una cantidad de notoria importancia. Además, la primera aproximación al negocio, que puede ser por necesidad, se va convirtiendo, paulatinamente, en un medio de vida superior a cualquier otro, por su rendimiento económico -sobre todo en épocas de crisis -, por lo que es previsible, hacia el futuro, un aumento de ingresos en prisión por este motivo (reiteración criminal), también de mujeres, aunque por ahora las cifras no son representativas en este segmento.

Se ha venido detectando por las operaciones policiales desplegadas, la entrada de las mafias chinas en el negocio, todos ellos hombres, que ha incrementado el *boom* del negocio, y se han quedado con la mayoría de este, controlando toda la cadena. Adicionalmente, también se ha revelado un nuevo negocio, concurrente con el del cultivo y tráfico de la droga, que consiste en la trata de personas, ciudadanos vietnamitas, luego empleados en condiciones de esclavitud -sin poder salir durante meses-, para vigilar y cuidar plantaciones de marihuana *indoor* (Ortega Dolz y Arroyo, 2020). Aunque a primera vista, pudiera parecer que son colaboradores o cooperadores, en realidad son víctimas de trata. Ya en las cifras de internos en prisión se ha detectado un aumento notable de ciudadanos chinos.

Finalmente, debe destacarse que este aumento exponencial del cultivo de marihuana tiene su reflejo en las numerosas operaciones policiales con grandes kilos de drogas incautadas y muchos detenidos, especialmente a través operativo pionero en Europa denominado *Operación Verde*, contra el cultivo y el tráfico internacional de marihuana, que ha contado con el apoyo de Interpol y Europol. No obstante, esta presión policial no ha alterado el tablero general del tráfico del resto de drogas en España, que sigue su curso, tanto en cantidades de drogas incautadas como en detenciones y lo más destacado, en términos absolutos, un aumento constante en el tiempo de detenidos extranjeros y de mujeres (españolas y extranjeras, los datos no están desglosados), lo que permite concluir, que el descenso de las cifras totales de la criminalidad, no tiene su correspondencia en este delito (Ministerio del Interior, 2018).

#### 4.3. Las sucesivas crisis económicas

Las crisis, han dado al traste con los programas de desarrollo económico y social de ciertas zonas deprimidas y en conflicto, sobre todo, el Campo de Gibraltar, frontera sur de España y Europa, zona donde se concentra gran parte del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes

La situación geopolítica privilegiada del campo de Gibraltar, frontera sur de España y Europa, con altos índices de desempleo y que sufre duramente las consecuencias de las sucesivas crisis económicas, han convertido históricamente, a esta zona en caldo de cultivo y objetivo de las grandes organizaciones delictivas dedicadas a los tráficos ilícitos de todo tipo, y especialmente de drogas, siendo el área donde más droga se mueve de España (Ministerio del Interior, 2019). A su vez, se ha ido consolidando un fenómeno social de apoyo e implicación, cada vez mayor, de amplios sectores sociales al tráfico de drogas, generando, a su vez, una respuesta policial contundente y conjunta de la Policía Nacional y la Guardia Civil, a través del Plan de Seguridad para el Campo de Gibraltar, (ampliado hasta 2021)<sup>8</sup>, con múltiples operaciones antidrogas exitosas e incautación de grandes cantidades de droga y de sus autores.

No obstante, el propio Ministerio del Interior, reconoce el desplazamiento del delito a las zonas costeras de la provincia de Huelva y Málaga, y a la utilización de otros *modus operandi* en la introducción de la droga (Ministerio del Interior, 2019, p. 43), por lo que las cifras de esta criminalidad, a pesar de este esfuerzo policial y de las continuas aprehensiones, no baja, por el contrario, se incrementan en tanto no se atiende al problema estructural, por lo que es previsible, que la problemática en la zona seguirá aumentando, como ha sucedido en otros países con similares circunstancias, incrementando, además, otro tipo de criminalidad asociada, y mucha violencia, aparejando consecuentemente, problemas de gobernanza como se ha visto en otros países.

#### 4.4. Las reformas penales, operadas tanto en el año 2010 como en el año 2015

Estas reformas han generado importantes cambios, no solo, en relación con la tipificación delictiva, sino también con la aplicación de la pena privativa de libertad y la expulsión. La reforma producida en el Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio en esta materia, introdujo una profunda modificación en los delitos que contemplan el tráfico de drogas en España, previstos en los artículos 368 a 378 CP. La otra gran reforma penal, sobrevenida con posterioridad, en el año 2015, no alteró la tipicidad allí prevista, pero indirectamente, por la modificación del artículo 89 CP, modificado por la LO 1/2015, tiene una gran influencia en la materia analizada al incidir en la expulsión.

8 Véase: Ministerio del Interior de España. (30 de diciembre de 2019). El Plan de Seguridad para el Campo de Gibraltar logra la incautación de más de 216 toneladas de droga desde su puesta en marcha en agosto de 2018. [interior.gob.es](http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/11327200) [http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset\\_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/11327200](http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/11327200).

La reforma de 2010, moderó tímidamente, la excesiva dureza de la represión penal, que desde siempre ha caracterizado la regulación de este delito, reduciendo el marco punitivo de 3 a 6 años, disminuyendo el límite máximo de la pena de prisión prevista para el tipo básico cuando se trata de drogas que causen grave daño a la salud (cocaína, heroína, LSD) -antes era de nueve años de duración-, y hasta los tres años, en los otros casos (cannabis y sus derivados), además, crea una nueva figura atenuada en el segundo párrafo del artículo 368 CP, atendiendo a la escasa entidad del hecho y a las características personales del culpable. No obstante, la severidad de las penas sigue estando presente, pues, lo cierto es, que se continúa contemplando la posibilidad de aumentar en uno o dos grados las penas previstas en el tipo básico, según la sustancia, lo que puede situar la pena en trece años y medio de prisión, como consecuencia de la concurrencia de determinadas circunstancias agravantes -que también se modificaron-.

En el artículo 368, se contempla un catálogo amplio de agravantes (pena superior en grado), en función de los sujetos activos, los sujetos pasivos, o el volumen de las cantidades traficadas (arts. 369, 369 bis y 370 CP) (Ruiz y Acale, 2016, p. 77 y ss.). Destacamos, para nuestros fines investigadores, la agravante de *notoria importancia*, de las cantidades fijadas por Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, de fecha 19 de octubre de 2001, la Sala de lo penal, y avalado por la STS de 6 de noviembre de 2001, que explica las razones, y contempla una cifra de quinientas dosis de consumo diario, aplicable, según el tipo de droga. Debe considerarse que, en el caso de algunas sustancias, que causan grave daño a la salud, ese límite puede ser transportado y superado, por una persona, fácilmente, por lo que es factible, que en su caso, se le aplique la agravante.

El artículo 369 bis CP prevé una agravación específica para el supuesto en el que el tráfico de drogas se haya realizado, por quienes pertenecieren a una organización delictiva, estableciéndose un marco punitivo que va:

De nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga, si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos.

Pudiendo alcanzarse en estos casos, penas de dieciocho años de prisión, para quienes dirigen tales organizaciones, o la cantidad incautada excediera la notoria importancia, o se hubiesen utilizado buques, embarcaciones o aeronaves, o se trate de redes internacionales, artículo 370 CP.

La reforma del 2015 del Código Penal, modificó el artículo 89 CP, -que ya contemplaba la expulsión-, de todo extranjero no comunitario (UE), independientemente de su situación administrativa, condenado a penas de prisión superiores a un año, como una forma de sustitución de la pena privativa de libertad (también de las medidas de seguridad, artículo 108 CP), y bien, por esta vía, o indirectamente, por la del artículo

57.2 LOEX, que prevé como causa de causa de expulsión administrativa, el haber sido condenado a más de un año a pena privativa de libertad, sigue pendiendo sobre este colectivo la posibilidad de terminar su proceso migratorio, por expulsión, por causa penal. A pesar de la mejora en la redacción de esta figura y de algunos de sus más perversos efectos, sobre todo, al posibilitar que el arraigo social pueda servir al juez para modular su decisión, contribuyendo así, a las posibilidades de reinserción de los extranjeros en España, en algunos supuestos de hecho, lo cierto es, que en otros casos, mantiene la situación anterior, como señala García (2016, p. 25), atendiendo a la combinación de los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación y su relación con la causa de expulsión del artículo 57.2 LOEX (Larrauri, 2016, p. 19).

La aplicación de la expulsión por causa penal es relativamente baja, aunque ha sido constante y ascendente desde su introducción en el año 1995, hasta el año 2015, en el que empiezan a descender, curiosamente, como consecuencia de la reforma operada en el artículo 89 CP, por la reforma de 2015, aunque su intencionalidad era la contraria, como puede observarse en los datos del Ministerio del Interior disponibles, los años 2017 y 2018 (Boza, 2019, p. 314). Debe destacarse que, las cifras tampoco son claras, pues, en el registro de penados, base a partir de la cual presentan los datos el Ministerio del Interior y el INE, solo figuran las condenas impuestas por el juez en sentencia, normalmente, por la aplicación del artículo 89.1 CP (pena de prisión superior a un año), y no todas las sustituidas por aplicación del artículo 89.2, CP. Si se considera que, en aquellos casos de penas superiores a cinco años, se exige para la sustitución de la pena, que hubiese cumplido la parte de la condena que se hubiese establecido en sentencia; hubiere accedido al tercer grado o se le conceda la libertad condicional, puede concluirse, que en el caso de sentencias de larga duración, como lo son las correspondientes a los delitos de tráfico de drogas, aún no están contabilizados en los últimos datos conocidos (2018), ya que las sentencias aún se estaban ejecutando (datos de 2018).

Lo dicho puede confirmarse, observando los datos de 2018, que revelan una tasa de 0,58, (% por mil), condenas de expulsión en los delitos contra el patrimonio y, sin embargo, una tasa de 0,22 por mil, en los delitos contra la seguridad colectiva, que incluye a los delitos contra la salud pública. Habrá que estar atentos a su evolución en los próximos años, cuando, efectivamente, se pueda expulsar a quienes tienen penas superiores a cinco años, aunque la posibilidad de argumentar el arraigo, los recursos judiciales y los costes económicos de la expulsión no aseguran, necesariamente, su incremento (Boza, 2019). No obstante, como ya se ha indicado, en cualquier caso, los antecedentes penales, impedirán o dificultarán la renovación de la autorización de residencia, sometiendo a los residentes legales y a aquellos que no son expulsados finalmente (por cualquier causa) a la situación de irregularidad, si desea permanecer en España, y sobre todo, a la incertidumbre de la "deportabilidad" (Brandariz y Fernández, 2017), lo cual incrementará su vulnerabilidad social, por tanto, el mayor riesgo de reincidencia en el delito. Larrauri (2016, p. 19),

analiza a quién se le está aplicando la expulsión penal y penitenciaria y las dificultades para diferenciar entre internos extranjeros con documentación y sin ella, porque la situación de irregularidad es siempre dinámica, puede cambiar en cualquier momento.

#### **4.5. Cifras constantes en aumento de las infracciones por tráfico de drogas en todo el país y en la detención por este motivo**

La estadística oficial muestra un gran salto cuantitativo entre los sujetos detenidos por delitos contra la salud pública, los sujetos condenados y los encarcelados por el mismo motivo, siendo destacable, los factores nacionalidad y género en el análisis de las cifras. Puede mostrarse, a través de los datos, la aplicación selectiva de la ley en relación con los sujetos extranjeros, específicamente, cuando son mujeres y están relacionados con el tráfico de drogas, confirmando estudios precedentes en este sentido, que muestran la íntima relación entre características sociales (nacionalidad, etnia, clase social y género) y la condena, la duración de esta y sus condiciones (Brandariz, 2011; Rivera, 2004). Como pone de manifiesto las cifras oficiales sobre la delincuencia detectada en España en el año 2018 (último Anuario publicado hasta la fecha), y aun constatándose un descenso en los últimos años, en general, los delitos de mayor ocurrencia siguen siendo los delitos contra el patrimonio económico, 78,15 %, seguidos de los delitos contra las personas, 14,6 %, sobre todo, delitos de malos tratos familiares, 4,1 %, y los delitos contra la seguridad colectiva, 3,5%, que engloba los delitos de tráfico de drogas y contra la seguridad vial, siendo los primeros solo una pequeña parte de estos.

Según datos del Anuario estadístico del Ministerio del Interior, en 2018 (p. 229), se contabilizaron 21.664 detenciones por tráfico de drogas, cantidad ligeramente superior al 2017, más de la mitad de ellas por tráfico de cannabis, seguidos de cocaínicos, pues, España sigue siendo el país europeo que mayor cantidad de resina de hachís aprehende (72 % del total). La mayor parte de los detenidos fueron de nacionalidad española, si bien, los extranjeros ocuparon un alto porcentaje, el 36 %. La nacionalidad extranjera que predomina, como en años anteriores, es la marroquí seguida de la colombiana. Las mujeres representan el 14 % del total de detenciones. Se han realizado 6.802 detenciones por tráfico de hachís, siendo las nacionalidades mayoritarias de los detenidos: española, marroquí y francesa. Las principales nacionalidades de los detenidos por tráfico de cocaína son la española, colombiana y marroquí y son las provincias de Cádiz, Las Palmas y Málaga las que destacan como las de mayor cantidad aprehendida de esta droga, principalmente, debido a las incautaciones que se producen en los puertos.

En efecto, la vía principal de introducción de la cocaína sigue siendo el contenedor marítimo, oculta entre mercancías o mediante la técnica del *rip off*

o “gancho perdido”, consistente en introducir de forma clandestina la droga en contenedores con mercancías lícitas, para ser extraída posteriormente en los puertos de destino por los denominados “rescatadores”. Continúa el uso de la técnica *drop-off*, con buques de línea regular que arrojan droga cerca de la costa para ser recogida por embarcaciones menores y se ha visto reactivado el uso de veleros en la ruta atlántica (Ministerio del Interior, 2019, p. 42).

Este dato nos indica que las grandes operaciones de entrada de drogas en España, se realiza a través de los puertos, requiere mucha planificación, organización y distribución de funciones y, los datos de aprehensiones, indican que, las mujeres no tienen casi ninguna representación. Sin embargo, son ellas las que siguen engrosando los datos de internos en prisión, básicamente, por transportar o distribuir la droga (“mulas” o “burreras”), pues, se les aplica la agravante de pertenencia a organización delictiva, o la de notoria importancia, o se introdujo la droga por aviones o barcos.

Si se toman como referencia los datos del Anuario de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (SGIP), la primera lectura permite deducir, que la evolución de la población penitenciaria, en términos globales, ha seguido una escala descendente y constante, tanto en los datos globales de población penitenciaria como, especialmente, para el grupo de internos extranjeros. Este colectivo presenta, incluso, un descenso absoluto de un 8,8 %, en conjunto (hombres-mujeres) de la población penitenciaria total entre 2010 y 2018.

**Figura 4.** Evolución población penitenciaria en España por sexo.

AÑO	HOMBRES	% HOMBRES	MUJERES	% MUJERES	TOTAL
2010	58.362	92	5.041	8	63.403
2011	55.425	92,40	4.550	7,6	59.975
2012	53.994	92,20	4.562	7,8	58.556
2013	52.529	92,20	4.439	7,8	56.968
2014	51.383	92,20	4.343	7,8	55.726
2015	48.691	92,20	4.113	7,8	52.804
2016	47.173	92,40	3.856	7,6	51.029
2017	46.669	92,50	3.792	7,5	50.461
2018	46.675	92,40	3.846	7,6	50.521
2019	46.978	92,30	3.892	7,7	50.870

**Fuente:** Elaboración propia con base en datos de los Anuarios SGIP.

**Figura 5.** Evolución población penitenciaria extranjera en España, por sexo.  
(Porcentajes del total de la población penitenciaria, por sexo y total)

AÑO	HOMBRES	% HOMBRES	MUJERES	% MUJERES	TOTAL	% TOTAL
2010	19.662	33,70%	2.001	39,70%	21.663	34,2
2011	18.073	32,60%	1.617	35,50%	19.690	32,8
2012	16.816	31,10%	1.530	33,50%	18.346	31,3
2013	15.382	29,30%	1.396	31,40%	16.778	29,5
2014	14.333	27,90%	1.292	29,70%	15.625	28
2015	12.916	26,50%	1.126	27,40%	14.042	26,6
2016	12.338	26,20%	1.046	27,10%	13.384	26,2
2017	11.925	25,60%	1.010	26,60%	12.935	25,6
2018	11.789	25,30%	1.022	26,60%	12.811	25,4

**Fuente:** Elaboración propia con base en datos de los Anuarios SGIP.

La primera aproximación a los datos globales de población penitenciaria (penados y preventivos) en cárceles españolas, que, efectivamente, permite deducir un descenso constante en los números de internos e internas, pueden llevar a error, si no se consideran otras variables. Ciertamente, la estadística penitenciaria oficial no permite discernir fehacientemente, cómo se ha distribuido este descenso en la población penitenciaria, pues, por ejemplo, para el objeto de nuestro interés, no contempla como variable específica la relación entre nacionalidad, sexo, tipo de delito y situación penitenciaria.

Según los datos del Anuario estadístico del Ministerio del Interior, las nacionalidades extracomunitarias más representadas en el año 2018, en prisión son, en orden descendente, Marruecos (3.914), Rumanía (1.788) y Colombia (1.594), destacándose respecto a 2010, el cambio del tercer al segundo puesto de Rumanía, y un descenso de casi a la mitad de internos de Ecuador (659). A los efectos de nuestro interés investigador, debe resaltarse que solo a partir del Anuario del año 2012, se disagregan estos porcentajes por sexo, ofreciendo datos muy llamativos, que aparecen ocultos cuando se analizan los datos absolutos de población penitenciaria en prisión y, específicamente, de población extranjera, que evidencian un descenso generalizado.

Puede observarse que existe una sobrerrepresentación en prisiones de los hombres marroquíes, que permanece estable a lo largo del tiempo (35,19 %, en 2010 y 32,44 %, en 2018) y de las mujeres colombianas, con un importante descenso (22,22 % en 2010 y 17,12 % en 2018), y siguiendo la inferencia lógica de los datos accesibles, del cruce de estos datos de población detenida, población condenada y población en prisión, puede deducirse, que, en ambos casos, sería por

**Figura 7.** Regresión simple Hombres Sal. Pca. vs. Total Hombres  
Coeficientes

Mínimo cuadrados		Estándar	Estadístico	
Parámetro	Estimado	Error	T	ValorP
Intercepto	-17523,5	2027,31	-8,64375	0,0001
Pendiente	0,57807	0,0394684	14,6464	0,0000

Análisis de varianza

Fuente	Suma de cuadrados	Gl	Cuadrado de medio	Razon-F	Valor-P
Modelo	4,75407E7	1	4,75407E7	214,52	0,0000
Residuo	1,55132E6	7	221617		
Total (corr.)	4,9092E7	8			

**Figura 8.** Regresión simple Mujeres Del. Salud Pública vs. Total Mujeres.

Minimos cuadrados		Estándar	Estadistico	
Parámetro	Estimado	Error	T	Valor-P
Intercepto	<b>-3027,89</b>	355.523	-8,51671	0,0001
Pendiente	<b>1,12832</b>	0,0826702	13,6492	0

**Fuente:** Creación propia

Coeficientes

Análisis de varianza

Fuente	Suma de cuadrados	Gr	Cuadrado de medio	Razon-F	Valor-P
Modelo	1,77605E6	1	1.77605E6	186,30	
Residuo	66733,0	7	9533,29		
Total (Corr.)	1,4278E6	8			

**Fuente:** Creación propia

delitos de tráfico de drogas. También es muy llamativo el aumento de las mujeres nigerianas en prisión (4,90 % en 2010 y 11,55 % en 2018), que, normalmente, lo están por trata de personas.

En el supuesto específico de las mujeres extranjeras en prisión por tráfico de drogas, seguimos encontrando el mismo problema que en los anteriores estudios, pues, no es posible cruzar las variables nacionalidad, sexo y delito cometido. En términos globales (hombres y mujeres), podemos deducir que, del total de hombres en prisión, en el año 2010, casi 1/3 de ellos estaban por delitos contra la salud pública, mientras que, esta cifra en las mujeres, se incrementaba al punto que, más de la mitad del total de mujeres en prisión lo estaban por este delito.

Para el año 2018, asumido ya, el cambio jurídico operado por la reforma de 2010, se han reducido estas proporciones de manera que ya, 1 de cada 4 hombres en prisión, lo está por delitos contra la salud pública y, sin embargo, el descenso no tiene igual correspondencia en las cifras de mujeres, a pesar de que también se ha reducido la cifra (1 de cada 3). La reducción no es simétrica, en tanto, en ambos casos se ha dado una reducción de casi a la mitad, entre el 2010 y el 2018, de las cifras de estos delitos.

**Figura 6.** Población reclusa total, por delitos contra la salud pública, y por sexo.

AÑO	TOTAL INTERNOS	Total Sal Pca	%	Total Hom	Hom. Salud Pca	%2	Total Muj	Muj Sal Pca	%3
2010	63.403	18.369	28,97	58.362	15.826	27,12	5.041	2.543	50,45
2011	59.975	16.511	27,53	55.425	14.346	25,88	4.550	2.165	47,58
2012	58.556	16.811	28,71	53.994	14.536	26,92	4.562	2.275	49,87
2013	56.968	14.657	25,73	52.529	12.661	24,1	4.439	1.996	44,97
2014	55.726	14.002	25,13	51.383	12.176	23,7	4.343	1.826	42,04
2015	52.804	12.617	23,89	48.691	11.001	22,59	4.113	1.616	39,29
2016	51.029	11.404	22,35	47.173	10.008	21,22	3.856	1.396	36,2
2017	50.461	10.582	20,97	46.669	9.339	20,01	3.792	1.243	32,78
2018	50.521	10.007	19,81	46.675	8.828	18,91	3.846	1.179	30,66

**Fuente:** Elaboración propia con base en datos de los Anuarios SGIP.

El estadístico R-Cuadrada indica que el modelo ajustado explica 96,3787 % de la variabilidad en “Mujeres Delitos contra la Salud Pública”. El coeficiente de correlación es igual a 0,981726, indicando una relación relativamente fuerte entre las variables. La relación estadística señala que las variables “número de mujeres en prisión” y el “número de ellas por delitos contra la salud”, están muy relacionadas y en sentido directo, esto es, a más mujeres en prisión más lo serán por delitos contra la salud, e igual sucede en la relación inversa, es una relación muy estrecha o fuerte.

Los datos de internos en prisiones totales (hombre-mujeres), por delitos contra la salud pública, para el año 2018, reflejan un total de 10.007 internos, que se corresponden con 8.828 hombres y 1.179 mujeres, esto es, el 18,9 % del total de los internos en prisión, y, sin embargo, en las mujeres representa el 30,66 % del total de mujeres en prisión, un tercio más, cuando las mujeres son solo el 7,6 % de la población penitenciaria total. Cuál debe ser la conclusión obvia, ¿Acaso ha habido una revolución en el crimen organizado y las mujeres han pasado a liderar las organizaciones dedicadas al tráfico de drogas?, o simplemente, son ellas

las que, mayoritariamente, engrosan las filas de las mismas por una aplicación selectiva de la ley penal.

#### *4.5.1. Mujeres extranjeras condenadas a más de cinco años de prisión.*

Quizás el dato más llamativo de todos los analizados hasta el momento, y el que muestra con mayor claridad la aplicación selectiva de la ley penal y la discriminación por género sufrida por las mujeres extranjeras en el marco del sistema penal, es el dato de condenas de más de cinco años, según sexo y nacionalidad.

Como se ha venido evidenciando a lo largo de este trabajo, las mujeres extranjeras están sobrerepresentadas en las distintas etapas de sistema penal, por delitos de tráfico de drogas, sobre todo, en los datos de internos en prisión por este delito, pues, a pesar del constante descenso general de las cifras de la criminalidad conocida y de población penitenciaria, la cifra de mujeres en prisión por tráfico de drogas, permanece, y muestra su peor cara, en las condenas de más de cinco años, que siempre conllevan el internamiento, cifras, a las que habría que añadir la de mujeres en prisión preventiva (porque muchas terminan con este tipo de condenas).

Si analizamos los datos del año 2018, de los condenados a penas superiores a cinco años, encontramos que el 38,6 % de condenas de esta duración, lo son por delitos contra la seguridad colectiva (casi en su totalidad, tráfico de drogas), seguidos a distancia por los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (21,9 %) y del homicidio y sus formas (18,6 %). Si continuamos el análisis por sexo, comprobaremos que, de las 1.564 condenas a más de cinco años, que representan el 1,1 %, de condenas en 2018, el 57,5 % de ellas fueron para españoles, el 9,6 % para africanos y el 22 % para americanos, siendo el 87,8 % de ellas para hombres. Ahora bien, si diseccionamos estos porcentajes por sexo, en el caso de los hombres, encontramos que el 52,8 % del total de condenas de esta duración es para hombres españoles, un 8,2 % para hombres africanos y un 16,8 % de hombres americanos.

Lo más llamativo, sin embargo, es el porcentaje de mujeres extranjeras con condenas superiores a cinco años. El total de mujeres condenadas a penas de más de cinco años de prisión representa el 12,2 % del total de condenas de esta duración, y de ellas, las mujeres españolas son el 37,7 %, 11 % son africanas, y 42,9 % son sur o centroamericanas, o sea, muy superiores al de las mujeres españolas.

Estas cifras impactan, por sí mismas, y más aún, cuando se ponen en relación con las cifras totales de mujeres en el sistema penal, una vez se ha comprobado que la selección empieza desde la propia detención, pasa por la respuesta de la jurisdicción y se materializa en las prisiones. Las condenas de esta larga duración, implican la estancia en prisión, de forma que, si comparamos estos datos con las mujeres en prisión también en el año 2018, encontramos un panorama desolador,

de las 3.083 mujeres condenadas y en prisión, 2.044 lo estaban por penas superiores a tres años, o sea, el 66,2 %. Si el 66,6 % de las internas en prisión -incluyendo preventivas- según datos del Ministerio del Interior, lo están por delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (35,8 %), y contra la salud pública (30,8 %), de ello, se puede colegir, que la mayoría lo están por tráfico de drogas, pues, los delitos contra el patrimonio no suelen alcanzar penas tan altas, en la mayoría de los casos -excepto el robo, y la recepción y el blanqueo agravado, cuando es, precisamente, por bienes procedentes del tráfico de drogas-.

Así pues, lógicamente, podemos deducir, que la mayoría de mujeres extranjeras en prisión lo están por tráfico de drogas (o blanqueo) y condenadas a penas superiores a cinco años (en cualquier caso, superiores a tres años), destacándose dentro del colectivo de mujeres condenadas a estas penas de larga duración, las mujeres de origen americano, que sobresalen con un porcentaje, escandaloso, 42,9 %.

Si se atiende a estas cifras, podría concluirse, que España se ha ocupado de condenar y encarcelar a las responsables de las grandes redes de narcotráfico que operan en la península, dirigidas, según esto, por mujeres, sobre todo, aquellas que por su peligrosidad constituyen un mayor riesgo para la seguridad del país, las mujeres suramericanas. Nada más lejos de la realidad, como lo demuestra el seguimiento periodístico de las operaciones policiales contra el narcotráfico, los estudios sobre crimen organizado en España y el análisis de la jurisprudencia, que señalan un porcentaje casi secundario de las mujeres en estas redes, aunque, paradójicamente, las detenidas, sí pasan a engrosar, automáticamente, los índices de mujeres en prisión, bien, como preventivas, bien, como condenadas, no solo por la aplicación selectiva de la ley penal, sino también, por las dificultades de acceder a la libertad condicional, y al tercer grado, en suma, porque los beneficios penitenciarios no se les aplican, por su condición de extranjeras y/o de irregularidad.

## 5. Conclusión.

### **Mujer inmigrante en prisión por tráfico de drogas: la criminalización de la pobreza**

La situación geográfica de España, estratégica, en las rutas del narcotráfico mundial, permiten prever, hacia el futuro, nuevas formas de expansión y fortalecimiento del negocio, sin que, hasta el momento, los abundantes recursos dispuestos para su erradicación y las estrategias policiales desplegadas, produzcan los resultados deseados y publicitados, más allá de las constantes detenciones y aprehensiones de drogas, que no se traducen en disminución de este tráfico, por el contrario, va en constante aumento.

Este hecho, por sí solo, debería hacer reflexionar sobre la política criminal en esta materia y sus efectos, como se viene advirtiendo desde hace décadas por parte de la doctrina especializada. A los objetivos de este estudio, nos hemos interesado por las consecuencias de la misma en un colectivo específico, esto es, la respuesta del sistema penal a las mujeres con origen extranjero y en el marco de esta criminalidad, considerando en los presupuestos, los resultados de estudios previos, que ya habíamos realizado en esta materia, y las nuevas variables de análisis aparecidas en los últimos cinco años, que, se supone, deberían influir en las cifras oficiales.

Los datos actuales siguen impactando, por su gravedad, y muestran una clara propensión del sistema penal español a la selección penal con base en las variables género y extranjería, a pesar de lo abultado del descenso de las cifras de la criminalidad general, que deberían tener un reflejo claro, también, en este colectivo y para estos delitos, que no se evidencia, sobre todo, si se considera que, en los años analizados, se produjo un descenso notable de la inmigración proveniente de los países latinoamericanos, zona de mayor procedencia de las mujeres extranjeras en prisión, y se rebajaron las penas para los tipos básicos del tráfico de drogas.

La gran transformación de la producción y obtención del cannabis y sus subproductos, tampoco, ha tenido una incidencia clara en las cifras oficiales analizadas, en tanto, no es la droga por cuyo tráfico, normalmente, se encuentran las mujeres extranjeras en prisión. La introducción del cannabis ha sido una actividad preferente de los grupos organizados asentados en el estrecho de Gibraltar, cuyos componentes y dirigentes son mayoritariamente españoles y marroquíes, casi todos, hombres. No obstante, este es un cambio sociológico de gran trascendencia en la sociedad española de los últimos años, azulado por las sucesivas crisis económicas, que golpean con mayor intensidad a ciertas zonas con altos índices de desempleo: casas, calles, y hasta barrios y/o poblaciones, se han dedicado al cultivo de esta planta (por cuenta de las mafias organizadas), y en esta difícil situación, es una opción para cualquier persona con dificultades para su supervivencia, incluidas, aquellas mujeres con origen extranjero -con su situación administrativa regularizada, o no-, que están en situación precaria. Comprobar la real incidencia de esta nueva forma de comisión en estos delitos, específicamente, en el colectivo analizado, requiere un trabajo cualitativo con mujeres en prisión, pues, las cifras oficiales no lo reflejan.

Los cambios legislativos producidos por las reformas de 2010 y 2015, que afectan la penalidad de estos delitos o el régimen de su cumplimiento, sobre todo, por la disminución de las penas para algunos de ellos y la reforma de la expulsión, no encuentra reflejo en las cifras, por el contrario, es sorprendente el dato de mujeres extranjeras en prisión (aquí no se incluye a las nacionalizadas), condenadas a penas superiores a tres y a cinco años. Por ejemplo, del total de mujeres condenadas a penas superiores a cinco años, el 42,9 %, son del Sur o de Centroamérica, lo que significa, no solo, que sufren las penas más graves, sino también, que las condiciones de su cumplimiento son más tortuosas, a lo que se

añade la posibilidad de la expulsión, como han mostrado ya los estudios previos sobre extranjeros en prisión. Estos efectos son, incluso, mayores y más graves en el caso de las mujeres, destacándose que actualmente se mantienen, pues, no ha variado ni la legislación ni el régimen de cumplimiento penitenciario, y, por tanto, esas condiciones no han cambiado: defensa defectuosa, menor posibilidad de acceder a permisos penitenciarios y a la libertad condicional, menor posibilidad de visitas, probabilidad de expulsión, entre otras (González, 2015, p. 219).

Aunque la estadística oficial no lo disecciona, si se toma como referente las altas condenas y la tipicidad prevista para esta criminalidad, es viable suponer que, en muchos casos, a las mujeres extranjeras se les ha condenado por tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, con alguna de las agravantes, siendo las más comunes, pertenencia a organizaciones delictivas o traficar con cantidades de notoria importancia. Sin embargo, fenomenológicamente, las grandes redes internacionales de narcotráfico, no tienen entre sus jefes y en la estructura de las organizaciones a muchas mujeres, y si bien, el rol tradicional de la mujer ya no es suficiente para explicar, en la actualidad, toda la participación de la mujer en uno de los negocios más rentables en la economía globalizada, el narcotráfico, la realidad es que este sigue siendo un universo, esencialmente, machista y refractario al cambio, que continúa utilizando a la mujer, como objeto, ya sea, en el interés personal de los responsables, y/o para los intereses del negocio. En la mayoría de los casos, las mujeres ocupan los últimos lugares de la organización y se utilizan como peones fungibles, sin ninguna capacidad de decisión, ni sobre las operaciones de tráfico ni sobre la cantidad o calidad de la droga, aunque, paradójicamente, son quienes siguen engrosando las filas de mujeres inmigrantes en prisión, y muchas veces, condenadas con agravantes.

Así pues, conviven en la criminalidad femenina y, específicamente, en aquella por tráfico de drogas, distintas maneras de asumir y participar en la actividad criminal, y si se quiere ser coherente y eficaz en la respuesta penal, se deberían tener en cuenta los diferentes perfiles, sobre todo, los mayoritarios, que muestran a una mujer inmigrante pobre, necesitada y sin ninguna capacidad operativa y/o decisoria. La realidad es que, sobre todo aquí, los estereotipos siguen funcionando como justificación de una respuesta social y jurídica uniforme al problema subyacente: el tratamiento diferenciado y discriminatorio del sistema penal hacia la mujer delincuente. Esto se hace aún más evidente en el caso de la mujer extranjera condenada por tráfico de drogas, pues, reúne en un solo perfil algunos de los más importantes miedos y fantasmas de la sociedad globalizada del siglo XXI: la inmigración, las drogas, el crimen organizado, todo ello, agravado por la imagen de una mujer que rompe el rol asignado a su género para situarse, “voluntariamente”, contra la sociedad. Si se atiende al papel desempeñado, normalmente, por las mujeres con origen extranjero en las redes del narcotráfico, especialmente, las cifras de mujeres condenadas a más de cinco años, se constata, claramente, la función selectiva y discriminatoria del sistema penal, en este caso, por género y origen étnico.

El proceso de selección por el sistema penal no es aleatorio, responde a parámetros políticos muy claros (Garland, 2005; Simon, 2012), que confluyen en las nuevas coordenadas de la política económica y criminal del Estado neoliberal: "Borramiento del Estado económico, debilitamiento del Estado social, fortalecimiento y glorificación del Estado penal" (Wacquant, 2004, p. 22), y conduce, indefectiblemente, a un solo camino: "*criminalizar la miseria*", e incide sobre los sectores más precarizados. Según Wacquant, (2004), todas las investigaciones disponibles sobre las sanciones judiciales según las características sociales de los acusados en los países europeos coinciden en señalar que el desempleo y la precariedad profesional son severamente juzgados por los tribunales en el nivel individual. De donde, señala el autor, "en igualdad de crimen o delito se produce, una "*sobrecondena*" firme de cárcel para los individuos marginados del mercado laboral". La expansión penitenciaria es consecuencia de la "dualización" de la actividad penal y el alargamiento de las penas que afectan particularmente a los inmigrantes y los jóvenes de las clases populares, aunque, también, las prácticas judiciales, en apariencia más neutras y rutinarias, tienden sistemáticamente a desfavorecer a las personas de origen extranjero o percibidas como tales.

Melossi (2013), sostiene, analizando la situación en diferentes sistemas (EE. UU., China, Europa), que realmente la sobrerepresentación en las cárceles obedece a la necesidades del modelo económico imperante a nivel global, que demanda un contingente fácilmente trasladable de mano de obra barata, generando una situación de explotación y marginación de ciertos sectores de la población, variable, en cada país, según sus propias circunstancias, y que puede obedecer a la racialización -EE. UU. -, el *Hukou* (permiso para vivir en la ciudad) -China- o el origen étnico -Europa-, que son quienes, como demuestra Wacquant, ocupan mayoritariamente las cárceles.

Adicionalmente, el análisis de género permite visibilizar un trato diferenciado y discriminatorio a lo largo de todo el proceso de responsabilización penal, desde la investigación e imputación, pasando por el proceso, propiamente dicho, y la condena, hasta la ejecución penal, y es en esta última, donde aflora en mayor medida, si cabe, por las condiciones de cumplimiento en igualdad de circunstancias respecto a los hombres, sin atender a la especificidad de la mujer (APDHA, 2020; Serrano, 2010). Así pues, el proceso de selección penal funciona no solo asignando roles, y distribuyendo penalidad y beneficios, sino también, creando imagen y representación.

A esta circunstancia, debe sumársele que, las cifras oficiales, muestran datos de nacionales/extranjeros, pero no discrimina por su situación de regular o irregular, o por nacionalidad adquirida, mientras que los estudios cualitativos, como el nuestro -al menos en relación con el tipo de criminalidad analizada en su momento-, mostraron que, una buena parte de las mujeres con otro origen étnico diferente al español, en prisión por tráfico de drogas, son nacionales, de origen o

naturalizadas, esto es, viven normalmente, en España y tienen arraigo (colectivo, al que, puede añadirse, las extranjeras en situación de regularidad administrativa).

Este hallazgo es de gran relevancia, y debe corroborarse en el futuro con más estudios cualitativos, pues, aproxima la situación española a los países del entorno, con una más larga tradición de inmigración, como Inglaterra, Francia o los Países Bajos, en los que no se dan tasas tan altas de sobrerepresentación de extranjeros, pero, cuando se analizan las cifras penitenciarias, se descubre que gran parte de los internos en las cárceles, son nacionalizados o nacionales son orígenes étnicos diversos, incluso, remontándose a varias generaciones. Brandariz y Fernández (2017), aluden directamente a la discriminación racial como base de estos números (p. 310), y Terradillos (2020), a su condición de pobres (p. 80), que aglutina las diferentes discriminaciones subyacentes. Ello debe obligar a reevaluar las estrategias de respuesta frente al delito, no solo respecto a la investigación policial de esta criminalidad, sino, especialmente, respecto a la necesidad de un cambio estructural en la política criminal de la materia, hasta ahora, centrada en el instrumento de respuesta por excelencia frente a la criminalidad de extranjeros, la expulsión, requiriéndose una reflexión más profunda, que pueda ofrecer unas medidas más acordes con la realidad, y sean respetuosas con los derechos de los implicados, en todos los niveles de intervención penal.

## Referencias bibliográficas

- Acale, M y Gómez, R. (2015). *Derecho penal, Género y nacionalidad*. Granada: Comares.
- Almeda, E. (2002). *Corregir y castigar: El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*. Barcelona: Ediciones Bellaterra.
- Almeda, E. y Bodelón, E. (2007). *Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género*. Madrid: Ed. Dykinson.
- Asociación Pro-Derechos Humanos de Andalucía (APDHA). (2020). *Informe sobre la situación de las mujeres presas en Andalucía*. Recuperado de <https://www.apdha.org/informe-mujeres-presas/>
- Azaola, E. (1995). Prisiones para mujeres. Un enfoque de género. *Revista de estudios de género: La ventana*, (2), 35-52.
- Baratta, A., (2006). Introducción a la Criminología de la Droga, trad. de Mauricio Martínez, en Criminología y Sistema penal. Montevideo/Buenos Aires: IBdeF.
- Boza, D. (2019). Expulsiones. Cifras y su interpretación. En *Crítica penal y poder. Una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, n.º 18. Recuperado de <https://www.raco.cat/index.php/CPyP/article/view/363801>
- Brandariz, J. (2011). *Sistema Penal y control de los migrantes*. Granada: Comares.

- Brandariz, J. y Fernández, C. (2017). "Perfiles" de deportabilidad el sesgo del sistema de control migratorio desde la perspectiva de la nacionalidad. *Estudios penales y criminológicos*, 37. DOI: <https://doi.org/10.15304/epc.37.3850>
- Cerezo, A. y García, E. (Coords.). (2007). *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*. Granada: Comares.
- Chesney-Lind, M. & Pasko, L. (Eds.). (2013). *Girls, Women and Crime. Selected readings*. London: Sage.
- Christie, N. (1993). El control de las drogas como un avance hacia condiciones totalitarias. *Criminología crítica y control Social* 1. Rosario: Juris.
- Christie, N. (1994). *Crime Control as Industry: Toward Gulags, Western Style*. London: Routledge.
- Cozar, B y Rodríguez, L. (2019). *Desmontando el falso mito del problema migratorio. Estudios de progreso n.º 97*. Fundación Alternativas.
- del Olmo, R. (1998). *La cara oculta de la droga*. Santafé de Bogotá: Temis.
- Equipo Baraño. (2001). *Mujeres gitanas y sistema penal*, Madrid: Ediciones Meytel.
- Fanjul, G. y Gálvez, I. (2020). *Extranjeros, sin papeles e imprescindibles: Una fotografía de la inmigración irregular en España*. Fundación porCausa y Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <https://porcausa.org/wp-content/uploads/2020/07/Retrato delairregularidadporCausa.pdf>
- Fiandaca, G. (Ed.). (2007). *Women and the mafia Female roles in Organized Crime Structure, Studies of Organized Crime* ( 5). New York: Springer.
- Gallardo, R. (2015). Tratamiento penitenciario: la necesaria orientación de género. En M. Acale y R. Gómez (coords.), *Derecho Penal, Género y Nacionalidad*, 201-223, Granada: Comares.
- García, E. (2016). La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código penal de 2015: ¿De la discriminación a la reinserción?. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (18), 1-31.
- García, E. (2019). Más inmigración, menos delincuencia. *Crítica penal y poder*, (18), 194-205.
- García, E. , Arenas, L. y Miller, J. (2016). *Identificaciones policiales y discriminación racial en España: evaluación de un programa para su reducción*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García, E. , Becerra, J. y Aguiar, A. (2012). Población presa en Europa: especial referencia a la realidad penitenciaria española. *Revista de criminología*, 54(2), 77-100.
- Garland, D. (2005). *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa.
- Garland, D. (2006). Las contradicciones de la "sociedad punitiva" El caso británico. *Delito y Sociedad*, 1(22), 95-111. DOI:10.14409/dys.v1i22.5346
- Giacomello, C. (2013). *Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América latina*. IDPC, Recuperado de <https://www.unodc.org/documents/congress/>

background-information/NGO/IDPC/IDPC-Briefing-Paper\_Women-in-Latin-America\_SPANISH.pdf

Giménez-Salinas, A., Requena, L. y de la Corte, L. (2011). ¿Existe un perfil de Delincuente Organizado? Exploración a partir de una muestra española. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13(3), 1-32.

González, G. (2013). El paraíso perdido. Extranjeros condenados por crimen organizado en cárceles de España. *Nuevo Foro Penal*. 7(77).

González, G. (2013). "Intervención penitenciaria con internos extranjeros condenados por crimen organizado", en *Crimen organizado y extranjería en España y Marruecos*, Ruiz-Rodríguez, Luis Ramón (coord.). Valencia: Tirant, Lo Blanch.

González, G. (2015). La mujer inmigrante en prisión por tráfico de drogas. En M. Acale y R. Gómez (coords.), *Derecho Penal, Género y Nacionalidad*, 307-327. Granada: Comares.

Mapelli, B., Herrera, M. y Sordi, B. (2013). La exclusión de las excluidas. ¿Atiende el sistema penitenciario a las necesidades de género? Una visión andaluza. *Estudios penales y criminológicos*, 33.

Ministerio del Interior. (2019). *Informe Anual de seguridad Nacional, 2019*. Recuperado de <https://www.dsn.gob.es/es/documento/informe-anual-seguridad-nacional-2019>.

Ministerio del Interior. *Anuarios estadísticos* (2018, 2017, 2016, 2015, 2014, 2013, 2012, 2011, 2010). Recuperado de <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/anuarios-y-estadisticas>

Ingrascì, O. (2008). *Mujeres de honor*. Madrid: 451 Editores.

Juanatey, C. (2018). Delincuencia y población penitenciaria femeninas: situación actual de las mujeres en prisión en España. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (20-10).

Kleemans, E.R., Kruisbergen, E.W. & Kouwenberg, R. (2014). Women, brokerage and trans-national organized crime. Empirical results from the Dutch Organized Crime Monitor. *Trends in Organized Crime*, 17(1-2), 16-30. DOI: 10.1007/s12117-013-9203-7

Larrauri, E. (1994). *Mujeres, derecho penal y criminología*. Madrid: Siglo XXI.

Larrauri, E. (2016). Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 1-29.

Melossi, D. (2013). En la intersección del Derecho, las migraciones y la economía comparando los EUA y Europa. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (3).

Ortega Dolz, P. y Arroyo, J. (10 de febrero de 2020). El multimillonario negocio de la marihuana invisible. *El País*. Recuperado de [https://elpais.com/politica/2020/02/08/actualidad/1581153782\\_240665.html](https://elpais.com/politica/2020/02/08/actualidad/1581153782_240665.html)

Ovalle, P. y Giacomello, C. (2008). La mujer y el narcomundo: imágenes tradicionales y alternativas. *Revista Arenas*, (17).

Pitch, T. (2001). *Diritto e rovescio. Studi sulle donne e il controllo sociale*. Nápoles: Edizioni scientifiche italiane.

- Puente, L. M. (2012). Perspectivas de género en las condenas por tráfico de drogas. *Oñati Socio-legal Series*, 2(6).
- Ribas, N. y Almeda, E. (2005). *Rastreando lo invisible: mujeres extranjeras en las cárceles*. Barcelona: Anthropos.
- Ruiz, L. (2013). *Crimen organizado y extranjería en España y Marruecos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ruiz, L. (2015). La aplicación del régimen disciplinario penitenciario a las mujeres. Igualdad legal y discriminación. En M. Acale y R. Gómez (coords.), *Derecho Penal, Género y Nacionalidad*, 249-259. Granada: Comares.
- Ruiz, L. y Acale, M. (2016). Los delitos contra la seguridad colectiva. En J. Terradillos (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, Vol. 3, Tomo II. Madrid: Iustel.
- Rivera, I. (Coord.). (2004). *Mitologías y discursos sobre el castigo*. Barcelona: Anthropos.
- Sabater, J. (2004). *Políticas de la sospecha. Migraciones internacionales y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sansó-Rubert, D. (2010). Criminalidad organizada y género. Hacia una redefinición del papel de la mujer en el seno de las organizaciones criminales. *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV*, (3), 3-21.
- Serrano, M. (2010). La consideración del género en la ejecución de las penas privativas de libertad. *Revista Estudios penales y criminológicos*, 30, 481-544.
- Simon, J. (2012). *Gobernar a través del crimen*. Barcelona: Gedisa.
- Stump, J. (2006). The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *American University Law Review*, 56.
- Terradillos, J. (2020). *Aporofobia y Plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Barcelona: Bosch.
- Wacquant, L. (1999). Des « ennemis commodes ». Étrangers et immigrés dans les prisons d'Europe. *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 129, 63-67.
- Wacquant, L. (2004). *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial.
- Yagüe, C. (2002). Mujer: Delito y Prisión, un enfoque diferente sobre la delincuencia femenina. *Revista de estudios penitenciarios*, (249), 135-170.
- Yagüe, C. y Cabello, M. (2005). Mujeres jóvenes en prisión. *Revista de Estudios de Juventud*, (69), 30-49.
- Zaffaroni, E. (2006). *El enemigo en el Derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. y Paladines, J. (2015). La guerra contra las drogas y los signos de destrucción del derecho penal en la salud pública. *Revista de derecho Penal y Criminología*, (9).
- Zhang, SH., Chin K.L. & Miller, J. (2007). Women's participation in chinese transnational human smuggling: a gendered market perspective. *Criminology*, 45(3), 2007. DOI: 10.1111/j.1745-9125.2007.00085.x



*Serie Silvaticus. Fotografía digital- Collage digital. Silvia Alejandra Cifuentes Manrique*

**Estudios  
de Derecho**  
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD  
DE ANTIOQUIA**

# El estado patológico del sistema de salud penitenciario en Chile\*

Jörg Stippel\*\* Luis Vergara\*\*\* Paula Medina\*\*\*\*

## Resumen

El artículo analiza el tema de la salud penitenciaria desde una perspectiva del "rule of law". Indaga si la realidad del sistema de salud penitenciario permite afirmar que las normas no son relevantes para la atención que el Estado brinda a las personas privadas de libertad y si ha surgido un sistema de salud penitenciario caracterizado por una distribución de cargas y beneficios al margen del sistema formalmente válido. El estudio es relevante en cuanto muestra cómo el Ministerio de Salud ha dejado de cumplir con su función de diseñar una política pública en materia penitenciaria. A su vez, revela la falta de una fiscalización real de la salud penitenciaria. La investigación realizada es de tipo mixto, jurídica normativa y empírica, cuantitativa y cualitativa, llevada a cabo a partir de fuentes primarias y secundarias. Los resultados indican que el Estado, amparado en la ideología de la subsidiariedad, es indiferente ante los estándares normativos internacionales que regulan el derecho a la salud de las personas privadas de libertad y permite que exista un sistema alterno, diferente al que acceden los ciudadanos en general, carente de orientaciones legales, y que resulta insuficiente para garantizar el derecho a la salud.

**Palabras claves:** salud penitenciaria; fiscalización sanitaria; estándares de protección en salud

## The pathological state of Chile's prison health system

## Abstract

The article analyzes the issue of prison health from a "rule of law" perspective. It problematizes whether the reality of the prison health system allows us to state that the rules are not relevant to the care provided by the State to persons deprived of liberty and whether a prison health system that is characterized by a distribution of burdens and benefits at the margin of the formally valid system has emerged. The study is relevant as it shows how the Ministry of Health has failed to fulfill its function of designing public policy on prison matters. At the same time, it reveals the lack of real control over prison health. The research is of a mixed type, legal, normative and empirical, quantitative and qualitative, based on primary and secondary sources. The results indicate that the State, protected by the ideology of subsidiarity, is indifferent to the international normative standards that regulate the right to health of persons deprived of their liberty, and allows for the existence of an alternative system, different from the one accessible to citizens in general, lacking legal guidance, and insufficient to guarantee the right to health.

**Key words:** prison health, health inspection, standards of care.

## O estado patológico do sistema de saúde penitenciário no Chile

## Resumo

O artigo analisa o tema da saúde penitenciária desde uma perspectiva do "rule of law" e questiona: A realidade do sistema de saúde penitenciário permite afirmar que as normas não são relevantes para a atenção que o Estado oferece aos detentos e se existe um sistema de saúde penitenciário caracterizado por uma distribuição de cargas e benefícios à margem do sistema formalmente válido? O estudo é relevante já que evidencia como o Ministério de Saúde tem deixado de cumprir com sua função de desenhar uma política pública em matéria penitenciária. Além disso, revela a falta de uma fiscalização real da saúde penitenciária. A pesquisa realizada é de tipo misto, jurídica normativa e empírica, quantitativa e qualitativa, partindo de fontes primárias e secundárias. Os resultados indicam que o Estado, amparado na ideologia da subsidiariedade, é indiferente diante dos padrões normativos internacionais que regulam o direito à saúde aos detentos, e permite que exista um sistema alternativo, diferente ao que tem acesso os cidadãos em geral, carente de orientações legais e que é insuficiente para garantir o direito à saúde.

**Palavras-chave:** saúde penitenciária; fiscalização sanitária; padrões de proteção em saúde.

\* Artículo de investigación. Proyecto: "La eficacia de las garantías constitucionales en el ámbito carcelario y el impacto de la Reforma procesal Penal". Fondo Interno de Investigación n.º CIP16018; 3) Línea de investigación: sistema penitenciario y garantías constitucionales. Universidad Central de Chile. Chile. Fecha de término: diciembre 2020.

\*\* Investigador Universidad Autónoma de Chile, Chile; Doctor en Derecho, Universidad de Bremen; Línea de investigación: sistema penitenciario, reforma y modernización del estado; Correo electrónico: jorg.stippel@uautonoma.cl

\*\*\* Doctorando en Derecho, Universidad Autónoma de Chile, Chile; Magíster en Derecho, Universidad de Chile; Línea de investigación: sistema penitenciario, garantías constitucionales; 4) Correo electrónico luis.vergara.c@cloud.uautonoma.cl

\*\*\*\* Investigadora Universidad Central de Chile, Chile; Magíster en Criminología, Universidad Central de Chile; Magíster en Métodos para la Investigación Social, Universidad Diego Portales; Línea de investigación: sistema penitenciario, grupos vulnerables y acceso a la justicia; Correo electrónico: pmedinag@ucentral.cl

Cómo citar este artículo: Stippel, J., Vergara, L. y Medina, P. (2021). El estado patológico del sistema de salud penitenciario en Chile. *Estudios de Derecho*, 78 (171), 388-416

Doi:10.17533/udea.esde.v78n171a15

Fecha de recepción 24/07/2020 Fecha de aceptación 20/10/2020



# El estado patológico del sistema de salud penitenciario en Chile

## Introducción

El hecho que las cárceles sean lugares sucios, malolientes y en general insalubres no es algo reciente. Es una realidad que se ha tematizado desde que estas existen. Un médico inglés decía en un texto publicado en 1720 que:

Nada se aproxima tanto a la primera fuente de contagio como el aire encerrado, cargado de humedad, corrompido por la suciedad proveniente de cuerpos animales. Nuestras prisiones comunes proporcionan un ejemplo de lo anterior, del cual muy pocas están libres de la llamada fiebre carcelaria, cuya peligrosidad siempre corresponde al grado de encerramiento y pestilencia de las habitaciones. Sería muy digno de aplaudir que el gobierno, en su sabiduría, tomara en cuenta la salud de la población, así como se compadeciera de los presos, y por ello cuidara que todos los establecimientos penitenciarios se hallen tan bien ventilados y limpios como el fin al que se les destina.

(Howard, 1789, p. 173)

John Howard cita esta frase en su famosa obra sobre *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*. Con base en ella constata que “cualquier persona libre de prejuicios reconoce la absoluta necesidad de aire puro y limpieza para conservar y mejorar la salud” (Howard, 1789, p. 201).

La reciente pandemia ha dejado en evidencia que en muchos países aún no se puede aplaudir a los gobiernos<sup>1</sup>. Todavía no han tenido la aludida sabiduría de garantizar que todos los establecimientos penitenciarios estén bien ventilados y limpios. Pareciera más bien que prevalecen los prejuicios en contra de las personas privadas de libertad que impiden que puedan conservar y mejorar su salud. Más abajo, vamos a mostrar cómo la realidad en varias cárceles chilenas todavía refleja situaciones de insalubridad.

1 Véase Zaffaroni, E. R. (2020). *Morir de cárcel. Paradigmas jughumanistas desde el virus de nuestro tiempo*. Buenos Aires: Ediar. Texto compilado a raíz de la reciente pandemia.

En nuestro estudio queremos analizar el tema de la salud penitenciaria desde la perspectiva del “*rule of law*”<sup>2</sup>. Partimos -junto con Garzón Valdés- de una concepción minimalista de la expresión “*rule of law*”. Entendemos que se refiere “al dominio de disposiciones generales (leyes) que aseguran la previsibilidad de las consecuencias del comportamiento humano al establecer el carácter deóntrico de los actos del hombre en la sociedad” (Garzón Valdés, 2000, p. 72). Así mismo afirma que:

En muchos países de América Latina, el ordenamiento constitucional ha resultado ser irrelevante para la legitimación de los actos de quienes detentan el poder (...) en donde poder suele ser equiparado a impunidad<sup>3</sup>, la dosis de poder de que goza no sólo la autoridad sino una parte de la ciudadanía se mide precisamente por el grado de impunidad. Surgen, de esta manera, subsistemas de distribución de cargas y beneficios al margen del sistema formalmente válido: una especie de régimen alternativo que pone de manifiesto el estado patológico del ordenamiento jurídico nacional. (Garzón Valdés, 2001, p. 47)

A partir de allí, el mismo autor sostiene que “no es necesario ser filósofo del derecho o de la política para saber que en todo Estado de derecho el principio básico es el del control legal y judicial del poder, justamente para evitar la impunidad” (Garzón Valdés, 2001, p. 47).

En nuestra investigación ampliamos la mirada hacia otras normativas de rango inferior al derecho constitucional, con el objetivo de examinar la regulación y el funcionamiento del sistema de salud penitenciario chileno<sup>4</sup>. Queremos ver si la realidad del sistema de salud penitenciario permite afirmar que las normas no son relevantes para la atención que el Estado brinda a las personas privadas de libertad. En ese contexto, buscamos verificar también si ha surgido un sistema de salud penitenciario caracterizado por una distribución de cargas y beneficios al margen del sistema formalmente válido.

Nuestra hipótesis es que en materia de salud penitenciaria existe una especie de régimen alternativo -diferente al que acceden los ciudadanos en general- que pone de manifiesto el *estado patológico*, tanto del ordenamiento jurídico que regula la protección del derecho a la salud al interior de las cárceles como el de la

2 Garzón Valdés (2000) explica que la “*rule of law*” es garantía de seguridad colectiva y de igualdad de tratamiento de la clase de actos y personas a las que, por su carácter general, se refiere. Es, además, expresión de la superación de la vigencia de opiniones individuales contrapuestas. La ley pone fin a las divergencias y fija el rumbo del comportamiento individual y colectivo (p. 72).

3 Garzón Valdés (2001) aclara que “La impunidad es, desde luego, la manifestación judicial de un fenómeno más amplio: la corrupción” (p. 48 y ss.).

4 Según la OMS, un sistema de salud “consiste en el conjunto de las organizaciones, personas y acciones cuya finalidad principal es promover, restablecer o mantener la salud” (Savigny y Taghreed, 2009, p. 112).

organización, funcionamiento y fiscalización del sistema de salud penitenciario en su conjunto. Asumimos además que el principio de subsidiariedad (García Pino, Contreras Vásquez y Martínez Placencia, 2016) que inspira la Constitución chilena, fomenta esa tendencia.

Para responder a las interrogantes, nuestra investigación asume un enfoque desde el derecho penitenciario y la sociología jurídica. Nos interesa conocer no solo la norma, sino también la realidad del derecho. Por ello, utilizamos una metodología de tipo mixta, que combina un análisis jurídico normativo con uno de tipo empírico (cuantitativo y cualitativo) a partir de fuentes primarias y secundarias. A nivel normativo, se realiza una revisión del alcance de protección del derecho a la salud en el ámbito carcelario, desde la normativa internacional y regional, para examinar en un segundo paso, la normativa chilena a la luz de los estándares internacionales. A nivel empírico, se aplica una entrevista semiestructurada a una informante clave del sistema de salud penitenciario chileno y se analizan cuantitativamente y cualitativamente dos tipos de fuentes secundarias: las actas de visita carcelaria semestral realizadas por delegaciones del Poder Judicial y las fiscalizaciones que realiza el Ministerio de Obras Públicas a los recintos penales concesionados.

El presente artículo se estructura en tres partes. En la primera, se explica en detalle la metodología utilizada. En la segunda, se da paso a los hallazgos del estudio. Estos se dividen a su vez en tres apartados: resultados sobre los aspectos normativos del sistema de salud penitenciario, resultados sobre los aspectos organizacionales y presupuestarios; y resultados sobre los aspectos de fiscalización. Finalmente, en las conclusiones, volvemos sobre nuestras preguntas de investigación e hipótesis, para responderlas y discutir con los autores de referencia.

## 1. Metodología

Se realizó una investigación de tipo mixto, jurídica normativa y empírica, cuantitativa y cualitativa. Las técnicas de investigación consistieron en: 1) revisión y análisis de legislación internacional, regional y nacional, pertinente al ámbito de la salud penitenciaria; 2) entrevista semiestructurada (Patton, 1990) a la jefa del Departamento de Salud de Gendarmería de Chile, Beatriz De Gregorio<sup>5</sup>. La entrevista fue transcrita y sometida a un análisis de contenido; 3) revisión y análisis cuantitativo y cualitativo de 90 actas de visita judicial semestral<sup>6</sup> de dos años: 2010 y 2016, de

5 Ella expresó su consentimiento informado para garantizar las implicancias éticas de la investigación, autorizando explícitamente la aparición de su nombre en publicaciones científicas.

6 Las actas de visita judicial fueron obtenidas a partir de una petición formal al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Se anónimizaron todas las referencias que permitieran individualizar a las personas privadas de libertad que aparecían en las actas.

una muestra de 32 penales del país<sup>7</sup>. Se analizaron tanto los aspectos sustantivos que estas actas recogen sobre la existencia y funcionamiento de prestaciones de salud penitenciaria como la eficacia de la visita judicial en cuanto mecanismo de control jurisdiccional del derecho a la salud de las personas privadas de libertad; y 4) revisión y análisis cuantitativo y cualitativo del total de multas acumuladas y gestionadas por la inspección fiscal (Ministerio de Obras Públicas) a las concesionarias de infraestructura penitenciaria, entre los años 2007 y 2016<sup>8</sup>. Se analizaron en particular los montos y motivos de las multas asociadas a aspectos vinculados con la salud penitenciaria<sup>9</sup>.

La información proveniente de las diversas técnicas de investigación fue sometida a un proceso de triangulación, que buscó la convergencia, corroboración o correspondencia de resultados procedentes de distintos métodos con el fin de incrementar la validez de estos (Denzin y Lincoln, 2011).

## 2. Resultados del Estudio

### 2.1. Aspectos normativos del sistema de salud penitenciario chileno

A nivel normativo, el derecho a la salud de las personas privadas de libertad es abordado en diferentes instrumentos internacionales<sup>10</sup> y nacionales. Legalmente, las personas privadas de libertad deberían gozar de una atención y protección equivalente a aquella que se brinda a las personas libres (Meier, 2009, p. 76)<sup>11</sup>.

- 
- 7 Estos fueron seleccionados en virtud de cinco criterios claves que buscaron dar cuenta de la diversidad de realidades carcelarias existentes: concesionados y no concesionados; género población penal (masculinos y femeninos); ubicación (región); **índice de uso de capacidad (sobre el 100 % y bajo el 100 %)** y tamaño de población penal. En conjunto, los 32 establecimientos poseen una población penal total de 30.975 personas, correspondiente al 72 % del total nacional de población recluida a la fecha, 43.309 personas, al 30 de noviembre de 2016 (Gendarmería de Chile, 2016).
- 8 El sistema de concesiones carcelarias en Chile, cuenta con tres grupos empresariales que tienen a su cargo los 8 penales concesionados (Grupo 1: Cárcel de Alto Hospicio, Cárcel de La Serena y Cárcel de Rancagua; Grupo 2: Cárcel de Antofagasta y Cárcel de Concepción; y Grupo 3: Cárcel Santiago 1, Cárcel de Valdivia y Cárcel de Puerto Montt).
- 9 La información sobre multas y fiscalizaciones fue obtenida mediante la solicitud por Ley de Transparencia n.º 80568 del 18.05.2017 al Ministerio de Obras Públicas.
- 10 Como en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.
- 11 A fin de garantizar esta equivalencia, varios países han comenzado a traspasar la responsabilidad para la salud penitenciaria de los Ministerios a cargo de la administración penitenciaria a aquellos responsables de garantizar la salud pública. En Noruega, por ejemplo, el proceso de atribuir a las autoridades sanitarias locales la responsabilidad de prestar servicios de atención de la salud en las cárceles se completó en el decenio de 1980. En Francia, en 1994 se introdujo una legislación por la que la salud en las cárceles se asignaba a la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de Salud. Desde enero 2016, Finlandia también está transitando por ese proceso (WHO, Prisons and Health). Véase: p. 7. Recuperado de <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/128603/PrisonandHealth.pdf;jsessionid=F3A93CEACB32121B545BCA8620F7DC2C?sequence=1>

Esa garantía conlleva como consecuencia práctica, que debe existir, por un lado, acceso general a los servicios de salud y, por otro, que los servicios deben ser equivalentes a los que reciben las personas libres<sup>12</sup>.

Antes de analizar la normativa específica del sistema de salud penitenciario en Chile, vamos a abordar sucintamente temas relevantes de la normativa internacional y constitucional chilena que generan un marco para nuestro análisis<sup>13</sup>.

### **a. Normativa internacional**

La normativa internacional ubica el tema de la salud penitenciaria, como una materia que deriva del derecho a la salud. La Declaración Universal de Derechos Humanos garantiza a toda persona, incluidos las personas privadas de libertad, “el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure... la salud y el bienestar... y en especial... la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”<sup>14</sup>. También el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental<sup>15</sup>. Para entender el alcance de su protección, podemos referirnos a la interpretación que ofrece el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), (2000) en la respectiva Observación general n.º 14 . Allí interpreta el derecho a la salud como

Un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. (CESCR, 2000, punto 11)

Entiende que los Estados deben respetar el derecho a la salud, “en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos”. Eso implica que deben “abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado” (CESCR, 2000, punto 34). Entre las

12 Los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas establecen que “los reclusos tendrán acceso a los servicios de salud de que disponga el país, sin discriminación por su condición jurídica”. Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, adoptados y proclamados por la Asamblea General en su Resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/BasicPrinciples-TreatmentOfPrisoners.aspx>

13 Existen otros trabajos que abordan la temática en detalle, como el del INDH (2013) pp. 99 a 102; Centro de Derechos Humanos UDP (2019), pp. 454 a 458.

14 El párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

15 Párrafo 1 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Véase también: p. 67. Recuperado de <https://www.ohchr.org/documents/publications/training11sp.pdf>

obligaciones de proteger, ubican el deber “de los Estados de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros” (CESCR, 2000, punto 35).

Un manual de capacitación de las Naciones Unidas explica la importancia de estas reglas indicando que la inmensa mayoría de las personas privadas de libertad van a salir de la cárcel antes o después. Que a su vez el personal penitenciario transita entre diferentes cárceles y el mundo libre, al igual que los visitantes. Por consiguiente, los problemas de salud en las prisiones pueden pasar a ser problemas de salud en la comunidad y mantener la salud en las prisiones interesa a todos<sup>16</sup>.

La reciente pandemia ha dejado en evidencia como los problemas de salud en las cárceles pueden convertirse en problemas de salud en el exterior y viceversa<sup>17</sup>. A su vez, y eso es especialmente importante para el ámbito carcelario, la protección del derecho a la salud abarca también los factores determinantes de la salud. Así se reconoce que, entre otros, el acceso a agua limpia y condiciones dignas de reclusión son factores determinantes de la salud de las personas privadas de libertad<sup>18</sup>.

En consonancia con esa orientación, las Reglas Mandela y las Reglas de Bangkok dedican varias disposiciones al resguardo de los factores determinantes de la salud<sup>19</sup> y otras al respeto y la protección de ese derecho. Las Reglas Mandela contemplan además la necesidad de que exista un control del cumplimiento de las obligaciones de salud. Regulan que se deberían realizar inspecciones periódicas por “el médico o el organismo de salud pública competente” para asesorar al director de cada establecimiento carcelario, entre otros, en cuanto a “la higiene y el aseo de las instalaciones y de los reclusos”. El mismo rol les compete en cuanto a las “condiciones de saneamiento, climatización, iluminación y ventilación”. En conocimiento de ese informe, el respectivo director debe adoptar “inmediatamente

16 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). (2004). *Manual de capacitación en derechos humanos para funcionarios de prisiones, Serie de capacitación profesional n.º 11.* p. 67. Recuperado de <https://www.ohchr.org/documents/publications/training11sp.pdf>

17 En el mismo sentido argumenta la CIDH, cuando afirma que “La falta de provisión de servicios médicos adecuados y de la atención médica necesaria que requieren las enfermedades contagiosas en los centros de privación de libertad, constituye una situación particularmente grave que puede llegar a convertirse en un problema de salud pública” (CIDH, 2011), punto 533, p. 203.

Muestra de ello son también las reacciones públicas de algunas asociaciones de funcionarios penitenciarios. En Chile una asociación (Anfup) reclamaba la falta diligencia por parte de las autoridades para prevenir los brotes tanto en trabajadores como en la población penal. Resaltaban además que ““ha habido (sic) traslados de internos hacia las distintas regiones, este último fue a la unidad de Rancagua, donde se trasladaron 100 internos sin su PCR y de esos 100 internos 80 iban contagios y obviamente en el traslado quien custodia a estos internos son los gendarmes, y todos esos gendarmes dieron positivo”. Recuperado de <https://radio.uchile.cl/2020/07/01/gendarmes-reiteran-preocupacion-por-covid-19-en-carceles-tiene-que-haber-una-inyeccion-economica/>

18 Véase para el caso de Chile, Stippel (2020).

19 Véase reglas 13 a 18 de las Reglas Mandela y reglas 1 a de las Reglas de Bangkok. A nivel europeo véase las Reglas Europeas de Prisiones, reglas 19.1 a 19.7.

las medidas necesarias para que se sigan los consejos y recomendaciones que consten en los informes". Para nuestro estudio es relevante notar, además, que las Reglas Mandela consideran que el director de la cárcel posiblemente no tenga las competencias necesarias para evaluar ese tipo de informes. En su caso, debe transmitir "inmediatamente a una autoridad superior su propio informe y los consejos o recomendaciones del médico o del organismo de salud pública competente"<sup>20</sup>.

Vemos, por un lado, que la normativa internacional consagra la necesidad de una fiscalización periódica de los factores determinantes de la salud. Por otro, propone no dejar las inspecciones respectivas y la implementación de sus recomendaciones a criterio de la autoridad de la cárcel visitada, sino que involucrar a las instancias superiores y de salud pública.

### **b. Normativa regional**

A nivel regional, la Organización de Estados Americanos (OEA) y sus organismos también han perfilado el significado del derecho a la salud en el contexto carcelario.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) entiende que el deber de proveer la atención médica adecuada a las personas privadas de libertad es una obligación que se deriva directamente del deber del Estado de garantizar la integridad personal de estas<sup>21</sup>.

En ese contexto, los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas (OEA, 2008) contemplan varios estándares. Consagran que los servicios de salud en las cárceles deben funcionar "en estrecha coordinación con el sistema de salud pública, de manera que las políticas y prácticas de salud pública sean incorporadas en los lugares de privación de libertad" (OEA, 2008, Principio X). La normativa abarca en detalle diferentes factores determinantes de la salud (OEA, 2008, Principio XII) y establece reglas específicas para poblaciones diferenciadas por su vulnerabilidad ante el sistema, como es el caso de las mujeres y niñas en prisión (OEA, 2008, Principio X).

El alcance del derecho a la salud de personas privadas de libertad, también ha sido desarrollado en varias resoluciones y sentencias de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2011, p. 198 y ss.). En el caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala, la Corte sentenció que:

El derecho a la vida de las personas privadas de libertad también implica la obligación del Estado de garantizar su salud física y mental,

20 Regla 35. 1 y 2 de las Reglas Mandela.

21 Contenido en los artículos 1.1 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y I de la Declaración Americana. CIDH (2011) punto 519, p. 199. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/ppl2011esp.pdf>

específicamente mediante la provisión de revisión médica regular y, cuando así se requiera, de un tratamiento médico adecuado, oportuno y, en su caso, especializado. (CIDH, 2016)

En el caso Ximenes Lopes vs. Brasil la Corte Interamericana se refirió también al tema del estándar de prestación de salud en caso de entregar la custodia de una persona, en ese caso de un paciente psiquiátrico, a una empresa privada. Determinó que:

(L)la Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado. (CIDH, 2016)<sup>22</sup>

Vemos que desde la perspectiva interamericana un sistema de salud penitenciaria no necesariamente tiene que formar parte del sistema de salud pública, pero debería funcionar en estrecha coordinación con él. La finalidad de esa coordinación consistiría, entre otras, en brindar un tratamiento médico adecuado y oportuno. Además, el Estado no puede desligarse de su responsabilidad delegando su responsabilidad a un proveedor particular.

### c. Normativa chilena

En Chile, la Constitución Política de la República contempla una particular configuración del tema de la salud<sup>23</sup>. De hecho, como afirma García Pino *et al.* (2016) se pasa de un “derecho a la salud” a la “protección de la salud” (p. 302). Allard Soto, Hennig Leal y Galdámez Zelada (2016) ven esa regulación como reflejo de la ideología del Estado subsidiario. Esta visión propia de la Constitución de 1980, no garantiza el contenido sustantivo del derecho a la salud, sino los contenidos asociados a la libertad. En consecuencia, lo que se protege por medio del recurso constitucional correspondiente “es la libertad de elegir el subsistema de salud al que se quiere optar” (Allard Soto *et al.*, 2016, p. 101). García Pino *et al* (2016) explican en el mismo sentido que se trata de un sistema “donde el Estado tiene un rol de supervigilancia y solo marginalmente de prestación” (p. 302). Allard Soto *et al.* (2016) ven todavía importantes carencias en el ámbito de la protección del

22 CIDH. (4 de julio de 2006). Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C n.º 149, párr. 89.

23 Artículo 19 n.º 9 de la Constitución Política de la República de Chile, asegura a todas las personas: “9º.- El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que deseé acogerse, sea éste estatal o privado”.

derecho a la salud. Afirman que eso se debe, por un lado, a la ausencia de desarrollo normativo, y por el otro, “a la falta de mecanismos institucionales para su garantía o su falta de protección” (p. 102).

El rol marginal de prestación, al que aluden García Pino *et al.* (2016), tiene su reflejo en la legislación penitenciaria<sup>24</sup>. Aquí se consagra que los establecimientos penitenciarios están obligados a prestar “atención sanitaria gratuita a las personas detenidas o privadas de libertad sometidas a la guarda de Gendarmería”. Existe una salvedad para las personas que tengan derecho a la atención “en virtud de su afiliación previsional”. Sin embargo, tanto ellos como el personal penitenciario, pueden recibir atención en los Centros Médicos de Gendarmería de Chile (Ministerio de Justicia, 1979. Decreto Ley n.º 2.859, , art. 20).

En la práctica y por la aplicación de una norma reglamentaria, esa salvedad no se respeta. Las personas que cuentan con un seguro de salud, son atendidas generalmente en los establecimientos penitenciarios. Esto se debe al hecho de que el correspondiente reglamento indica taxativamente, que los tratamientos y la hospitalización serán atendidos en las unidades médicas del establecimiento carcelario y solo excepcionalmente -previa autorización del Director Regional<sup>25</sup> o del juez para los detenidos y presos preventivos- las internaciones se llevarán a cabo en recintos hospitalarios externos. La norma reglamentaria obliga a que las salidas por causa médica al exterior se realicen en casos graves que requieran atención de urgencia o por atenciones de salud que no pueden ser prestadas en el establecimiento<sup>26</sup>.

La jefa del Departamento de Salud de Gendarmería de Chile explica que, en la práctica,

sea por aplicación estricta del reglamento, por criterios de seguridad administrativos, peligro de fuga o la insuficiencia de personal penitenciario, siempre las prestaciones de salud se van a realizar al interior del recinto penal y solo excepcionalmente en la red de salud pública o privada según corresponda<sup>27</sup>.

Ese hecho sorprende, si consideramos que una parte importante de las personas privadas de libertad estaban afiliados a un seguro médico antes de entrar al

24 En Chile aún no existe una Ley de Ejecución de Penas o un Código Penitenciario. Las normas correspondientes se encuentran en un reglamento: el Decreto 518 sobre Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (1998). Además, existen varias normas que regulan básicamente la estructura y organización de la institución penitenciaria (Gendarmería de Chile).

25 En la estructura orgánica del Gendarmería de Chile, existe un Director Nacional, que es la autoridad máxima de la institución, y Directores Regionales, que son las autoridades superiores a nivel de cada región. Chile se divide en 16 regiones.

26 Artículo 34 y siguientes del Decreto 518 sobre Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

27 De Gregorio, B. (15 de julio de 2020). Testimonio (J. Stippel; L. Vergara; P. Medina, Entrevistadores) Santiago de Chile.

sistema penitenciario. Un estudio de una fundación chilena (2016) encontró que un 78,7 % de las mujeres y un 57 % de los hombres privados de libertad declararon haber estado afiliados a un seguro médico (Fonasa) antes de ser detenidos. A su vez un 6,6 % contaba con un seguro privado (Isapre). Sin embargo, el estudio hace notar que el 31,6 % de la población penal no tiene ninguna previsión de salud en comparación con el 3,4 % de la población general<sup>28</sup>.

Vemos que, en el tema de la salud penitenciaria, el Estado subsidiario no garantiza la libertad individual de elegir el subsistema de salud al que se quiere optar. Aunque una persona privada de libertad tenga un seguro médico que le permitiría ser atendido en una clínica privada, está obligada a hacerse atender por las enfermerías de los respectivos establecimientos penitenciarios. Contrario a la normativa internacional existen limitaciones que impiden el igualitario acceso de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos a la salud.

## 2.2. Aspectos organizacionales y presupuestarios del sistema de salud penitenciario chileno

La OMS ha descrito algunos elementos básicos que, de forma interrelacionada, conforman un sistema de salud. Entre otros, señala la gobernanza, los recursos humanos, la prestación de servicios y la financiación (De Savigny y Taghreed, 2009; Centers of Disease Control and Prevention, 2020). Revisaremos a continuación estos aspectos en relación con el sistema de salud penitenciario chileno.

### a. De los centros médicos intracarcelarios

El servicio penitenciario en Chile cuenta con un Hospital Penitenciario (Decreto n.º 1600, 07, abril de 1991), que funciona en el Centro de Detención Preventiva de Santiago Sur (ex Penitenciaría) y 83 enfermerías<sup>29</sup> repartidas a lo largo del país. De ellas, según lo afirmado por la jefa del Departamento de Salud, aproximadamente el 60 % cuenta con autorización del Servicio de Salud respectivo<sup>30</sup>. Eso implica que al menos un 40 % de las enfermerías funcionan sin autorización sanitaria. Es decir, desde un punto de vista jurídico, funcionan de manera ilegal.

28 Véase Fundación Paz Ciudadana. (2016), p. 92 y siguientes. Recuperado de [https://www.researchgate.net/publication/336441135\\_Morales\\_Hurtado\\_Figueroa\\_Ortiz\\_Polanco\\_Munoz\\_2015\\_Exclusion\\_social\\_en\\_carceles\\_Fundacion\\_Paz\\_Ciudadana](https://www.researchgate.net/publication/336441135_Morales_Hurtado_Figueroa_Ortiz_Polanco_Munoz_2015_Exclusion_social_en_carceles_Fundacion_Paz_Ciudadana)

29 Sin perjuicio que la jefa del Departamento de Salud señala este número, el Ministerio de Justicia (2017) explica que Gendarmería de Chile cuenta con “un total de 75 enfermerías repartidas en los 82 establecimientos penitenciarios del país y tres hospitales penales ubicados en las Regiones de Valparaíso, Biobío y Metropolitana”. Sin embargo, no se ha podido corroborar la existencia legal de los otros dos hospitales penales que menciona el Ministerio.

30 Entre ellas, las 8 enfermerías de los recintos penitenciarios concesionados. La autorización sanitaria es una de las obligaciones que debe cumplir el concesionario dispuestas en el Contrato de Concesión y que se detallan tanto en el Reglamento del Servicio de la Obra como en las bases de licitación.

Podemos graficar el funcionamiento de las enfermerías con base en lo relatado en un acta de visita carcelaria judicial. En la visita al Complejo Penitenciario de Rancagua, la Comisión trata a la Unidad Central de Salud como “Hospital del Centro de Cumplimiento” y constata que:

En el recinto hay 7 internos: los que se encuentran internados por distintas patologías. Consultados expresan que se encuentran bien atendidos. Presentes en la visita dos enfermeras, que corresponden a turnos distintos y un médico XX. Se informa además que dos veces a la semana concurre la médica Psiquiatra Sra. XX. Se aprecia un recinto limpio, con un personal comprometido con el servicio que prestan a los internos. En cuanto a los reclamos, la Comisión indica que a juicio del Ministro XX son graves: (...) que se suprimió desde el mes de julio de este año, la presencia del médico durante las 24 horas, además de los médicos por especialidades. Señalan que esto provoca un grave problema para la salud de los internos que sufren alguna emergencia médica, durante el horario de 5 de la tarde hasta 8 de la mañana, ya que deberían ser trasladados hasta el Hospital Regional de Rancagua, si se requiere de una atención mayor o especializada. Un segundo reclamo es lo referido a la farmacia del recinto de salud. El personal presente al momento de la visita expone a la Comisión que la farmacia carece de una serie de medicamentos básicos, tales como paracetamol, dolospan, respiridona, carbomezapina y en general sictotrópicos, todos esenciales en el tratamiento de los internos, sobre todo en el caso de aquellos con tratamientos con sictotrópicos. Hacen presente que los pedidos que hace la farmacia del recinto siempre llegan incompletos. (Acta visita semestral, 21 de septiembre de 2016)

En caso de cualquier emergencia, parece preocupante que el personal médico no pueda atender durante las 24 horas. Podemos señalar, que según el acta, eso ocurre desde el mes de julio (la visita se realizó en septiembre del mismo año). De igual forma, resulta relevante el reclamo respecto de las carencias de medicamentos, sobre todo, porque indica que se están cortando los tratamientos. Encontramos entonces que algunas enfermerías funcionan de forma ilegal, otras de manera irregular.

Como se señaló, según el Ministerio de Justicia y DD.HH., no se provee de atención de salud en 7 establecimientos penitenciarios a nivel nacional. En conformidad con ello, el Informe de condiciones carcelarias publicado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos en el 2018, da cuenta que en algunos establecimientos penitenciarios (CDP de Combarbalá y CP de Isla de Pascua) no existe ninguna dependencia de salud y se carece incluso de atención primaria (INDH, 2018).

El Hospital Penitenciario es calificado de baja complejidad con 54 camas donde se generan prestaciones de salud ejecutadas directamente por Gendarmería. Está

dotado de pabellón para cirugías menores<sup>31</sup>. La jefa del Departamento de Salud, indica que aquí trabajan médicos cirujanos y anestesistas, pero contratados por horas. Agrega que la contratación de profesionales médicos está sujeta a una normativa<sup>32</sup> que en el Servicio de Salud Pública ya no se utiliza, por lo que el pago es menor. La remuneración constituye entonces un factor pecuniario poco atractivo con el añadido que deben ingresar a centros penales.

Además, existe un Policlínico Institucional y varios de carácter regional creados mediante resoluciones internas del Servicio. Según la norma, la función del Policlínico Institucional es “la atención de las personas detenidas o privadas de libertad sometidas a la guarda de Gendarmería y del personal de la Institución” (Ministerio de Justicia, 1992. Decreto n.º 1600, 07 de abril de 1992). En los hechos, los policlínicos otorgan salud complementaria al personal penitenciario, en aquellas prestaciones que no logran obtener del sistema previsional de Carabineros de Chile al que están adscritos. Sin embargo, contrario a la normativa, generalmente no atienden a personas privadas de libertad.

### **b. De las prestaciones de salud**

Según la jefa del Departamento de Salud, los centros de atención médica al interior de los recintos penales dan una atención de tipo primaria, “como las que dan los CESFAM”<sup>33</sup>. Sin embargo, ya vimos que al menos un 40 % de las enfermerías funcionan sin autorización sanitaria, situación que no es común en los CESFAM externos. Todas las demás atenciones que no sean primarias, sino de especialidad se derivan al sistema público. Existe un Convenio Marco (2004) entre el Ministerio de Salud, Ministerio de Justicia y DD.HH. y Gendarmería de Chile, a través del cual se ha posibilitado que la población penal acceda a la malla farmacológica, de controles y exámenes del programa de prevención del VIH; a las prestaciones del programa de tuberculosis; y al programa del hospital digital. Pero, según lo que afirma la jefa del Departamento de Salud, la modalidad de “convenios” no es suficiente, pues debería existir “una congruencia a nivel de Estado sobre el modelo de salud que debe existir al interior de las cárceles” (De Gregorio, entrevista personal, 15 de julio de 2020).

La falta de congruencia y coordinación con la red pública, también encuentra su reflejo en las actas de visita carcelaria. En visita al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Alto Hospicio (Iquique) la Comisión indica que:

31 Complementa esta normativa el Manual de funcionamiento y procedimientos de las Enfermerías de los Establecimientos Penitenciarios. Resolución Exenta n.º 5.248, de 28 de diciembre de 2007, de la Dirección Nacional de Gendarmería de Chile.

32 La ley n.º 15.076. El Decreto con Fuerza de Ley n.º 1 de 2017 del Ministerio de Salud fija el texto refundido coordinado y sistematizado de la Ley n.º 15.076.

33 CESFAM se refiere a los Centros de Salud Familiar que existen en las diversas comunas del país.

Nuevamente se hace mención a la coordinación y surge la necesidad de tener una adecuada coordinación con la red de salud pública. La Comisión además indica que conoció la inquietud de un interno quien señaló que uno de sus compañeros, atendido su estado de enajenación mental, podría ser sometido a una medida de seguridad. (Acta de visita semestral, 24 de octubre de 2016).

Vemos que la falta de coordinación puede afectar hasta a personas pertenecientes a grupos vulnerables, como son las personas con problemas de salud mental.

Así también, la falta de un modelo claro y específico impide determinar cómo se llevan a cabo las prestaciones mínimas de salud previstas en la normativa nacional<sup>34</sup>. No obstante, la declaración del Ministerio de Justicia y DD.HH. (2017), que sostiene que se siguen todas las normativas del MinSal, no existen mecanismos de control que así lo certifiquen. Se desconoce, por ejemplo, quién debería realizar el examen de medicina preventiva, “constituido por un plan periódico de monitoreo y evaluación de la salud a lo largo del ciclo vital con el propósito de reducir la morbimortalidad o sufrimiento” (Ley n.º 18469, art. 8.a). Ese examen constituye un derecho de todos los beneficiarios del sistema de salud pública. Legalmente parece difícil realizar estos exámenes en las enfermerías de los distintos establecimientos penitenciarios, ya que la normativa de salud dispone que las respectivas prestaciones solo se entregan “a través de los Establecimientos de Salud correspondientes a la Red Asistencial de cada Servicio de Salud” (Ley n.º 18469, art. 11).

En la actualidad solo el Hospital Penal, las enfermerías de los 8 Establecimientos Penitenciarios Concesionados y algunas de las cárceles públicas gozan de reconocimiento del Servicio de Salud respectivo<sup>35</sup>. Con ello, podríamos suponer que pertenecerían a la red asistencial. Sin embargo, las enfermerías restantes no forman parte de esta red. Lo que nos lleva a dudar si cuentan con los estándares sanitarios mínimos para su funcionamiento<sup>36</sup>.

---

34 Véase el Título II de la Ley n.º 18.469 que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud.

35 La información acerca de las cárceles públicas es de Stripper Gregorio, B. (15 de julio de 2020). Testimonio. (J. Stippel; L. Vergara; P. Medina, Entrevistadores) Santiago de Chile.

36 El Código Sanitario establece que “Los establecimientos asistenciales que realicen acciones de salud a las personas requerirán de autorización expresa de la Secretaría Regional Ministerial del territorio en que se encuentren situados y estarán sujetos a los requisitos de instalación, funcionamiento y dirección técnica que determine el reglamento que los regule en particular, en su condición de establecimientos de atención cerrada, generales o especializados. Dicho reglamento determinará, asimismo, los requisitos profesionales que deberá cumplir quien tenga su dirección técnica” (art. 122 del Código Sanitario). De acuerdo a ello, debería existir una autorización y un reglamento de funcionamiento de cada enfermería. Este no es el caso. Hasta si quisieramos entender las enfermerías como “establecimientos de atención abierto o ambulatoria” deberían contar con una autorización sanitaria (art. 123 del Código Sanitario).

Otra acta de visita carcelaria grafica la necesidad de una mayor coordinación con la red de salud pública. En visita al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Huachalalume (La Serena), la Comisión consigna que:

Las internas se quejan del prolongado tiempo que toma poder concretar una atención en los Hospitales, tanto de La Serena como Coquimbo. Una interna refiere padecer de dolores y molestias en uno de sus senos, indica que no le han podido dar un diagnóstico por falta de una hora de atención en Hospital de La Serena. Otra padece de dolor e hinchazón en el brazo, aún sin solución pues hace ya dos meses de la última vez que se atendió en un Hospital. Otra sufre de cáncer de mamas y colon, diagnosticado hace tres meses y recién esta semana le realizaron mamografía, pero no le han dado ningún medicamento para el dolor. Otra se cayó hace una semana, pero sólo le dieron diclofenaco e ibuprofeno, pero aún persiste el dolor. Otra presenta un problema con su marcapasos desde el 10 de septiembre pasado, y aún no la han atendido en Hospital Comunal. En el Hospital del Recinto penal había una persona siendo atendida de urgencia por el corte en uno de sus dedos de la mano izquierda y tres pacientes hospitalizados, uno con una tuberculosis pulmonar, el que se encuentra aislado, otro con patología hepática en estudio y el último por heridas producidas en riña. Sólo se proporciona atención primaria y dental. (Acta visita semestral, 18, octubre, 2016)

Esta cita muestra cómo la falta de coordinación adecuada con la red pública genera una precaria atención de las personas privadas de libertad. Realidad que impide que se puedan diagnosticar enfermedades o hasta aliviar dolores de pacientes con cáncer. Vemos que existe además un trato desigual entre el servicio de salud que se ofrece en las cárceles concesionadas y aquel disponible en los establecimientos públicos. Enseguida vamos a ver, que esta diferencia no se debe a regulaciones contempladas a nivel de “normativa pública” y así válidas para todos, sino a las bases contractuales del sistema de concesiones.

Las bases de licitación<sup>37</sup> y, en consecuencia, los contratos firmados con las empresas concesionarias<sup>38</sup>, contemplan disposiciones detallando las prestaciones de salud esperadas. Se regula, entre otros, que la Sociedad Concesionaria debe “proporcionar a los internos que lo requieran una atención médica integral, con capacidad de resolución en los tres niveles de salud: primario, secundario, con

---

37 Bases de licitación. Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria. Recuperado de <http://www.concesiones.cl/proyectos/Documents/BasesdeLicitacion.pdf>

38 Arriagada (2012) analiza los contratos de concesión bajo una perspectiva comparada. Indica que se trata de un “sistema de tipo BOT (Built, Operate and Transfer), bajo el cual el sector privado, contando al parecer con la capacidad técnica, humana y tecnológica para ello, construye y opera una obra pública para luego transferirla al Estado” (p. 23).

acceso a todas las especialidades, y terciario, incluidos los minusválidos". Dentro de las cárceles concesionadas "deberá existir una unidad de salud, con un nivel de resolución primaria y atención continua". A las empresas concesionarias les corresponde llevar la "ficha de salud y controlar programadamente a la población penal y a los internos portadores de enfermedades crónicas e infecto-contagiosas". Además, deben "supervisar y controlar el cumplimiento de las normas de higiene en la manipulación de alimentos". El mismo deber contractual les corresponde en relación con "las condiciones higiénicas y de saneamiento ambiental de todas las dependencias del Establecimiento y el correcto manejo de la disposición de residuos sólidos". Finalmente se obliga a la Sociedad Concesionaria a "acreditar el servicio de salud de cada Establecimiento Penitenciario ante el Ministerio de Salud"<sup>39</sup>.

De esta manera, apreciamos que las bases de licitación evidencian que el Estado es consciente de las necesidades de atención a la salud en contextos de encierro. Sin embargo, decidió no establecer los mismos estándares de atención para todos y todas, sino establecer un estándar para cárceles concesionadas y otro para las cárceles públicas. Podríamos entender ese trato desigual como otra expresión de la ideología del Estado subsidiario. Lo contradictorio sería que las carencias de regulación se dieran en el ámbito de las cárceles públicas. El Estado regula en mayor medida la protección de la salud en el sistema "privado" que en el público. Sin embargo, la salud penitenciaria en la lógica de las cárceles concesionadas es parte de la "explotación de la obra". Es decir, se explota algo atractivo para el sector privado. Para poder generar certeza en la inversión, se requiere de seguridad sobre las obligaciones contractuales. Eso explica la regulación detallada.

### c. De la dirección del sistema de salud penitenciario

En cuanto a la dirección de los centros médicos carcelarios en Chile se puede establecer conforme la normativa que, los directores del Hospital Penitenciario y del Policlínico, son médicos designados por el Director Nacional de Gendarmería de Chile<sup>40</sup>. El nombramiento no depende de un concurso de la Alta Dirección Pública<sup>41</sup> o de una convocatoria pública del Ministerio de Salud o de sus dependencias territoriales respectivas (Secretarías Regionales Ministeriales [SEREMIS]) como en los hospitales públicos<sup>42</sup>. Del Director Nacional de Gendarmería también depende el nombramiento del(a) jefe(a) del departamento de salud y los coordinadores

39 Bases de licitación. Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria (Punto 2.8.2.4.4 Servicio Penitenciario 4: Salud), pp. 168 a 170.

40 Artículo 1 y 3 del Decreto n.º 1600, publicado el 07 de abril de 1992.

41 Como por ejemplo el cargo del Director del Hospital de San José en Santiago (concurso ADP-4160). Véase los requisitos en <https://antares.serviciocivil.cl/concursos-spl/opencms/convocatoria/ADP-4160> La Ley 19.882, promulgada y publicada en junio del 2003, crea la Alta Dirección Pública.

42 Véase por ejemplo la convocatoria para el cargo del Director del hospital de Molina en [https://www.ssmaule.cl/postulaciones/base\\_concursos/Pautas%20Director%20Hospital%20Molina%20VB%20Jefaturas.pdf](https://www.ssmaule.cl/postulaciones/base_concursos/Pautas%20Director%20Hospital%20Molina%20VB%20Jefaturas.pdf)

regionales de salud. Institucionalmente, el Departamento de Salud depende de la Subdirección de Administración y Finanzas de Gendarmería de Chile<sup>43</sup>. En el nivel local, conforme la normativa orgánica del Servicio, el nombramiento de los encargados de las enfermerías en cada recinto carcelario, depende administrativamente del jefe de establecimiento y del Director Regional respectivo, con la anuencia del Departamento de Salud institucional. Se configura entonces una estructura y organización independiente del sistema de salud público, surgida en la administración del servicio penitenciario, ante la inacción estatal para generar un sistema de prestaciones específicas que se ocupe de las personas privadas de libertad. Según la jefa del Departamento de Salud Penitenciaria “La salud [penitenciaria] surgió hace muchos años como una necesidad de no sacar a la población penal al exterior” considerando los riesgos asociados a esa actividad, agregando que “con los años la salud al interior de los recintos penales ha adquirido una importancia vital” (De Gregorio, entrevista personal, 15 de julio de 2020).

Sin embargo, es un sistema que funciona sin una lógica de competencia profesional en el sector de salud. La dirección y el nombramiento del personal, dependen de decisiones de funcionarios penitenciarios. Esta dependencia estructural de un órgano cuyo objetivo central es la operatoria del sistema de ejecución penal, hace entender los amplios vacíos de regulación en materia de salud penitenciaria.

#### **d. Del financiamiento**

En lo que concierne al financiamiento de las prestaciones de salud penitenciaria, este no proviene ni del sistema público de salud (FONASA<sup>44</sup>) ni del privado (ISAPRE<sup>45</sup>). Conforme la Ley de Presupuesto se financian con cargo al presupuesto institucional<sup>46</sup>. El total del presupuesto asignado para el año 2020 a salud es de M\$1.485.748.383 (aprox. 1.188.598.706.400 millones de \$US). Este presupuesto ha sufrido una disminución en un 11 % (\$162.888.617) en comparación al año 2019.

Se desprende de lo anterior que el sistema de financiamiento no es diferenciado y ha adquirido cierta especificidad vía las prácticas institucionales y la costumbre. El responsable de elaborar la propuesta y ejecutar el presupuesto institucional es el Director Nacional del Servicio a través de la Subdirección de

43 Así lo determina la Resolución Exenta n.º 4478 del 08 de mayo de 2012. Conforme su artículo 35, esa Subdirección tiene entre sus funciones “Coordinar con el Departamento de Reinserción Social en el Sistema Cerrado dependiente de la Subdirección Técnica, las acciones y programas de fomento, recuperación y rehabilitación de la salud de las personas privadas de libertad, así como, aquellas destinadas a prevenir los riesgos para su salud física y mental.” También el Ministerio de Justicia, Recuperado de <http://www.reinsercionsocial.gob.cl/media/2015/11/documento-reinserc-baja.pdf>

44 Fondo Nacional de Salud.

45 Instituciones de Salud Previsional.

46 Específicamente al Programa 01 en los ítems y asignaciones de los subtítulos 21 sobre Gasto Personal; 22 sobre Bienes y Servicios de consumo; y 29 sobre Adquisiciones de activos no financieros. Ley de Presupuesto. Recuperado de <http://www.dipres.gob.cl/597/w3-multipropertyvalues-14482-25190.html>

Administración y Finanzas (Decreto Ley n.º 2.859, arts. 5º y 6º). Sorprende que el financiamiento no provenga del sistema de público de salud. Sin embargo, eso puede explicar, en parte, la escasez de recursos. En vez de equiparar la atención, se genera una diferencia debido al modo de financiamiento de las prestaciones.

## 2.3. Aspectos de fiscalización del sistema de salud penitenciario chileno

Analizando la fiscalización de la salud penitenciaria, encontramos otras diferencias entre los recintos concesionados y los públicos. En el sistema de cárceles concesionadas, el cumplimiento de los estándares de salud penitenciaria constituye un deber contractual de la respectiva empresa concesionaria. En ese contexto un inspector fiscal, nombrado por el Ministerio de Obras Públicas, queda a cargo de fiscalizar “el desarrollo del contrato” y con ello también de las prestaciones de salud penitenciaria<sup>47</sup>. El control legal del respeto al derecho a la salud, se convierte en un control del cumplimiento de deberes contractuales. Falta señalar que los inspectores fiscales no tienen la calidad de funcionarios públicos. Cuando incumplen sus deberes de fiscalización, su responsabilidad es persegurable desde el punto de vista civil (Cámara de Diputados, 2008, p. 101).

En el caso de las cárceles públicas no existe ese nivel de fiscalización. Legalmente los representantes regionales de salud (Seremis) deberían velar por el cumplimiento de las normas sanitarias sobre enfermedades transmisibles, higiene y seguridad del ambiente y de los lugares de trabajo, productos alimenticios, laboratorios, así como el ejercicio de las profesiones de la salud (González Wiedmaier, Castillo Laborde y Matute Willemse, 2019, pp. 166 a 171). La legislación sanitaria les entrega facultades para inspeccionar y registrar cualquier sitio público o privado; clausurar locales, edificios o establecimientos; hacer sumarios sanitarios, investigar y tomar declaraciones; así como aplicar sanciones<sup>48</sup>. Sin embargo, según la entrevista a la jefa del Departamento de Salud Penitenciaria, si bien se declara que existe una permanente coordinación con las SEREMIS en todas las regiones, estas realizan inspecciones aleatorias, sin una periodicidad conocida y con una amplia discrecionalidad formal. La obligatoriedad de las observaciones que se realizan en estas inspecciones se percibe como relativa, pues se transan las conclusiones. Incluso, se estarían inhibiendo de cerrar aquellas enfermerías que no tienen autorización para funcionar o en las cuales encuentran graves deficiencias (De Gregorio, entrevista personal, 15 de julio de 2020). Tomando en cuenta esas falencias y la deficiente relación del sistema de salud penitenciaria con el de salud pública, la jefa del Departamento de Salud se pregunta “¿Cuál es la capacidad de fiscalización que poseen las SEREMIS si no aportan recursos?”

47 Bases de licitación. Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria (Punto 1.8.1), p. 26.

48 Véase art. 155 a 181 del Código Sanitario. También la tabla de González *et al.* (2019) pp. 166 a 171.

Opina que “estas fiscalizaciones no cumplen con los estándares para un control efectivo de la actividad sanitaria al interior de los centros de salud carcelarios y son más bien actividades protocolares de marcado corte formalista”. Critica que “muchas de las intervenciones de las SEREMIS son propiciadas por Gendarmería, como ha ocurrido en la toma de exámenes para detectar el Coronavirus, en que se ha tenido que presionar para que entren a las unidades penales a tomar exámenes” (De Gregorio, entrevista personal, 15 de julio de 2020). Lo afirmado por la funcionaria, evidencia el distanciamiento de las SEREMIS con los privados de libertad, que legalmente son una de sus poblaciones objetivo.

Así mismo, critica que el control interno de las prestaciones de salud se realice solo “en base a estadísticas administrativas que supervisa el Departamento de Salud.” Eso sería negativo pues “no existe un instrumento diseñado y aplicado de forma externa para medir la calidad de las prestaciones”. Opina que medir calidad supondría un enfoque más integral, pues “no es lo mismo entregar un número que medir si lo hiciste bien”<sup>49</sup>. El propio servicio penitenciario se impone metas concernientes a la mejora en determinados ámbitos, como el examen de ingreso para toda la población penal, la oferta de exámenes de VIH y campañas de vacunación, entre otros. Sin embargo, los datos solo se compilán en un informe de gestión anual, sin que exista una evaluación cualitativa.

Por otra parte, respecto a la higiene de las cárceles, la funcionaria refiere que las SEREMIS supervisan en algunos aspectos a las enfermerías penitenciarias, sin embargo, no se cuenta con información suficiente que nos permita tomar convicción absoluta de la forma en que se realiza y las competencias que tienen al respecto. Los únicos actores que en la práctica realizan una especie de fiscalización periódica de las condiciones de higiene en las cárceles, son los jueces durante sus visitas carcelarias. Su legislación orgánica les obliga a “tomar conocimiento del estado de seguridad, orden e higiene” de las cárceles. También deben informarse sobre el “trato y del alimento que se da a los reclusos” (Código Orgánico de Tribunales, arts. 578 y 582).

A partir de la revisión de las 90 actas de visitas semestrales, realizadas por el Poder Judicial en los años 2010 y 2016, podemos constatar que, respecto a la inspección que los jueces realizan de los hospitales o enfermerías, un 68 % de las actas hicieron alusión a este punto, siendo el tercer tipo de dependencia más mencionado (luego de los espacios para alojamiento y cocina). Observamos que

49 Beatriz De Gregorio, en su tesis de maestría en Salud Pública: *Diseño y construcción de un instrumento de medición de la calidad de atención de salud: Aplicación al Centro de detención Preventiva Santiago Sur Región Metropolitana* (2011), genera un estudio motivado en la necesidad de calificar la calidad de atención de salud que se otorga al interior de los recintos penitenciarios. Medir calidad según su concepto, es verificar si existe un adecuado acceso a las acciones de salud, si ha existido oportunidad y continuidad en los tratamientos, más aún cuando se trata de población vulnerable.

la forma de aludir a estas instalaciones es de modo muy general y solo descriptiva en un 35 % de las actas. Es decir, señalan -por ejemplo- el tipo de mobiliario y la cantidad de personas que se encuentran en el lugar. Las actas que sí consignan algún tipo de evaluación (65 %), aluden principalmente a las condiciones de aseo e higiene, pero no se pronuncian sobre la provisión de insumos médicos, la dotación de personal y si las necesidades de salud de la población penal se encuentran efectivamente cubiertas. Podemos observar que los jueces -en su mayoría- realizan una evaluación superficial de los aspectos vinculados a la salud. Además, utilizan apreciaciones como “adecuado”, “bueno” u “ordenado”, pero sin explicitar el parámetro legal o de otro tipo que utilizan como referencia para la evaluación<sup>50</sup>, dando cuenta de un criterio absolutamente subjetivo.

La visita al Centro de Cumplimiento Penitenciario de La Serena, muestra cómo las respectivas Comisiones judiciales cumplen con ese deber. Constan que:

En el Hospital del recinto había dos personas hospitalizadas por descompensación de patologías psiquiátricas de base. Se consigna que el Hospital otorga atención primaria y dental diaria a los internos. Existen cinco médicos de distintas especialidades en la unidad que concurren por horas para la atención de los internos, si ésta es de urgencia se resuelve en la Unidad, y en caso de presentar un problema más complicado se deriva al sistema de Salud Pública (...). La Médica encargada indica que para una operación, se atiende de inmediato al interno sin recurrir a lista de espera. (...). Se deja constancia que el hospital se encuentra debidamente aseado. A las consultas que se le plantean señala que se entrega tratamiento contra VIH, que es proporcionado por el sistema público (Hospital de La Serena), y que en su mayoría vienen con el diagnóstico desde el medio libre. (Acta Visita Semestral, 12 de abril de 2016)

Vemos cómo la fiscalización se agota en una mera descripción de la situación encontrada. Temas tan importantes como la higiene de un hospital son calificados con vocabulario poco técnico indicando que “se encuentra debidamente aseado”. Por lo tanto, las visitas carcelarias que realizan los miembros del Poder Judicial no constituyen tampoco instancias de control jurisdiccional que permitan paliar en algo la falta de fiscalización que existe por parte del Ministerio de Salud.

Por otra parte, el Ministerio de Obras Públicas también realiza fiscalizaciones a las cárceles concesionadas. Al revisar las multas que el Estado ha cursado por concepto de incumplimiento de contrato, por parte de las empresas concesionarias

50 Por ejemplo, las actas podrían referirse a los estándares que las Naciones Unidas establecen en el tema de higiene, que “deben proporcionarse a todos los presos jabón y toallas limpias, así como acceso a las instalaciones sanitarias” (Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR], 2013).

entre los años 2007 y 2016, encontramos que se cursaron un total de 361 multas, de las cuales, 66 de ellas (18,3 %) fueron por concepto de “salud”<sup>51</sup>. Los motivos de dichas multas fueron: Incumplimiento en la cantidad de salida de internos del establecimiento penitenciario por razones de salud. Incumplimiento en la realización de exámenes de salud y laboratorio a los internos y Prestación de un servicio básico con un estándar inferior al exigido en las bases de licitación (horas médicas de la especialidad de dermatología solo cumplidas en un 50 %, ginecología en un 50 %, odontología en un 96 % y no cumplimiento en la revisión del análisis físico químico y bacteriológico de los estanques de agua). El monto de estas 66 multas (en 10 años), alcanzó un valor de \$270.406.480 (pesos chilenos), que equivalen a unos \$USD 338.008. Si bien estos montos pueden parecer elevados, lo cierto es que la repetición sistemática de las multas a lo largo del tiempo, evidencia que estas no constituyen un desincentivo para los incumplimientos de contrato por parte de las empresas concesionarias. Vemos nuevamente que la fiscalización que realiza el Ministerio de Obras Públicas, tampoco alcanza los niveles de efectividad esperables en un bien altamente valorado como es la protección de la salud.

Hemos mostrado que la salud penitenciaria no forma parte del sistema público de salud, sino que existe un sistema propio en gran medida creado fuera de la normativa nacional<sup>52</sup>. Si bien es reconocible el voluntarismo de años para cubrir la inacción estatal, de generar un sistema fortalecido de atención sanitaria al interior de las cárceles, resaltan las falencias que el actual sistema presenta. Chile cuenta con un sistema de salud intracarcelaria *sui generis*<sup>53</sup>, débil y sin una base normativa sólida y específica que lo sustente.

### 3. Conclusiones

#### 3.1. Existe un sistema de salud penitenciaria al margen del sistema de salud pública

El brote del Coronavirus ha evidenciado la necesidad de contar con una política integral de salud penitenciaria en Chile. Hasta ahora, existen apenas un conjunto

---

51 El 38 % de las multas (el mayor porcentaje) fue por el servicio de alimentación y el 18,8 % fue por infraestructura y mantención. Luego vienen las multas por el servicio de salud.

52 Esta situación es aún más preocupante considerando que en la práctica y principalmente por consideraciones de seguridad, las prestaciones a todas las personas privadas de libertad independiente de su afiliación previsional, se concentran por regla general en las enfermerías penitenciarias y el Hospital Penitenciario.

53 Aunque el Ministerio de Justicia y DD.HH. (2017) se desentierre de la práctica e informa que aplica el artículo 20 de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile en cuanto “los establecimientos hospitalarios de la Red de Salud Pública prestarán atención sanitaria gratuita a las personas de tenidas o privadas de libertad sometidas a la guarda de Gendarmería...” (p. 57).

de respuestas parciales que no han sido suficientes para garantizar la salud de las personas privadas de libertad. Sus orientaciones y estándares no se inscriben en una política pública diseñada estratégicamente por el Estado y sustentada en procedimientos, normas claras y fiscalización de su cumplimiento efectivo. Muchas prestaciones de salud constituyen simplemente una reacción frente a una urgencia, como es la atención en algunas enfermerías, que ni siquiera cuentan con autorización sanitaria para su funcionamiento. Existen otras instalaciones, como el Policlínico Institucional de Gendarmería de Chile y sus réplicas regionales, que buscan instituir un sistema de salud complementaria para funcionarios al margen de la legalidad vigente, ya que en ellos no se atiende a los privados de libertad como lo manda la norma. Todo, dentro de una estructura que depende, en última instancia, del Director Nacional de Gendarmería de Chile, donde el personal médico no tiene relación alguna con el Ministerio de Salud y los recursos financieros para la atención provienen de partidas presupuestarias del servicio penitenciario y no de la red de atención pública.

Las relaciones con la red de atención de salud pública se limitan a las acciones de colaboración y coordinación mutua, a los convenios específicos suscritos entre ambos y no a una política integrada. El Ministerio de Salud desentendiéndose de su función ha dejado incluso la elaboración de una respuesta a la reciente emergencia sanitaria causada por el COVID -19, principalmente, a Gendarmería de Chile<sup>54</sup>, a pesar de que este no es un servicio público dedicado a la salubridad. En los hechos, ha surgido por necesidad un sistema de salud penitenciaria caracterizado por una distribución de cargas y beneficios al margen de la red pública y normativa nacional, que no logra satisfacer los estándares mínimos que el derecho a la salud impone dentro de nuestro Estado de derecho. Las personas privadas de libertad en este escenario, no cuentan con una garantía y protección equivalente a aquella que se brinda a las personas libres.

### **3.2. El Ministerio de Salud no cumple con su función de proveer un modelo salud para las personas encarceladas**

Al Ministerio de Salud le compete la función de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de las personas enfermas<sup>55</sup>. También debería coordinar, controlar

---

54 La última pieza de este puzzle, reflejo del desinterés ministerial, es el instructivo sobre acciones para el traslado de personas privadas de libertad en época de pandemia (Oficio 14.30-00.255/20 del 2 de julio 2020). En él, se alude solo a la existencia de una coordinación con la autoridad sanitaria para agilizar la toma del examen PCR y la obtención de sus resultados. Nada impide que se efectúen, por ejemplo, traslados de personas pertenecientes a grupos de riesgo a establecimientos penitenciarios sin enfermerías.

55 La misión de este Ministerio es construir un modelo de salud sobre la base de una atención primaria fortalecida e integrada, que pone al paciente en el centro, con énfasis en el cuidado de poblaciones durante todo el ciclo de vida, y

y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones (Decreto con fuerza de Ley n.º 1, art. 1). Hemos mostrado que en el caso de las personas privadas de libertad no ha ejercido esa función. Todo lo contrario, ha dejado la organización, el financiamiento y la ejecución de las acciones de salud penitenciaria en manos de Gendarmería de Chile. Al no desarrollar una política que integre la salud penitenciaria a la red de salud pública, el Estado de Chile a través del Ministerio de Salud viola su obligación de proteger la salud de las personas privadas de libertad e incumple con su deber de garantizar un igualitario acceso a la red de salud pública.

En tanto la salud penitenciaria está desligada de la red de salud pública, las inspecciones respectivas y la implementación de posibles recomendaciones de mejora quedan en la mayoría de los casos a criterio de la autoridad carcelaria. Vemos, además, que contrario a las exigencias de la normativa internacional, se carece de un sistema efectivo de fiscalización periódica de los factores determinantes de la salud. Existen fiscalizaciones esporádicas realizadas sin las formalidades ni las competencias requeridas, que dejan un espacio de peligrosa discrecionalidad. En el caso de las cárceles concesionadas, un informe de una Comisión Investigadora del Congreso chileno critica expresamente la “inoperancia de los sistemas o procedimientos de control a través de los Inspectores Fiscales designados por el Ministerio de Obras Públicas” (Cámara de Diputados, 2008, p. 100). Lo mismo es válido para las revisiones que realizan los jueces durante sus visitas. Sus relatos se limitan a meras descripciones, sin entrar a un análisis legal de la normativa sanitaria. Lo propio ocurre con las visitas de las SEREMIS de Salud que en los pocos casos que ocurren, se acercan más a una actividad protocolar que a una visita de fiscalización real.

En materia de salud penitenciaria existe una especie de régimen alternativo a los estándares de la red pública que, al estar tolerado por la autoridad, pone de manifiesto la naturalización acrítica que se hace del estado patológico que presenta el ordenamiento jurídico nacional en materia carcelaria. Al no generar una política de salud penitenciaria que garantice el libre e igualitario acceso a las prestaciones de salud y al no efectuar controles efectivos de ellas en el sistema penitenciario, el Ministerio de salud incumple sus funciones legales.

### **3.3. La ideología del Estado subsidiario irradia hacia la salud penitenciaria**

La situación descrita deja en evidencia **cómo** el sentido ideológico del Estado subsidiario que incorporó la dictadura a la Constitución chilena de 1980, irradia el tratamiento del derecho a la protección de la salud en el sistema carcelario. Sin

---

que además estimule la promoción y prevención en salud, así como el seguimiento, trazabilidad y cobertura financiera. Ministerio de Salud Chile. Véase: <https://www.minsal.cl/mision-y-vision/>

embargo, si ya es cuestionable aplicarlo en la red de salud pública, mucho más reprochable resulta para el sistema de salud penitenciario. Esto por cuanto en los hechos genera distorsiones y provoca una inacción de los órganos del Estado que van en directo perjuicio de las personas privadas de libertad. En el contexto carcelario es imperioso que en materia de salud penitenciaria prime la visión del Estado social, introduciendo políticas y mecanismos que preserven el interés público presente en la tutela de este derecho. Todo con el objeto de cumplir con sus obligaciones básicas, cual es proteger el libre e igualitario acceso, coordinando y controlando a un sistema de prestaciones acordes a su condición.

Es imperioso que el Estado construya verdaderamente una garantía de acceso a las prestaciones de salud para toda persona que se encuentre privada de libertad. Parafraseando a Allard *et al.* (2016), podemos concluir que también en materia de salud penitenciaria, el Estado debería liderar una política de justicia que asegure la protección del interés general y colectivo de toda la población recluida por sobre intereses privados. Por ello, “la provisión en salud debe estar guiada por una mirada de bien público y no de un Estado que asume lo sobrante” (Allard *et al.*, 2016, p. 133). Un sistema de salud penitenciario que no cuente con fiscalizaciones efectivas, seguirá confirmando lo señalado por Garzón Valdés (2001), es decir, que las normas no resultan relevantes para la atención que el Estado brinda a las personas privadas de libertad. Sin embargo, podemos entender el caso chileno como particular. La irrelevancia de las normas de protección deriva no solo de la falta de su implementación, sino de un diseño constitucional particular. Ese supedita la esencia de las garantías a las fuerzas del libre mercado. En ese diseño constitucional, el régimen alternativo de la salud penitenciaria refleja el desinterés del mercado y un Estado que se entiende como subsidiario. Una realidad normativa y fáctica que contraviene las obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Chile.

## Referencias bibliográficas

- Arriagada, I. (2012). De cárceles y concesiones: Privatización carcelaria y penalidad neoliberal. *Revista de derecho* (Valdivia), 25(2), 9-31. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v25n2/art01.pdf>
- Asamblea General de la Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre 1948, 217 A (III)*. Recuperado de <https://www.refworld.org.es/docid/47a080e32.html>
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16*

*de diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999.* Recuperado de <https://www.refworld.org.es/docid/5c92b8584.html>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (8 de enero de 2010). *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela).* Resolución aprobada por la Asamblea General, 8 de enero 2016, A/RES/70/175. Recuperado de <https://www.refworld.org.es/docid/5698a3c64.html>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (6 de octubre de 2010). *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok).* Nota de la Secretaría, 6 octubre 2010, A/C.3/65/L.5. Recuperado de <https://www.refworld.org.es/docid/4dcbb0e92.html>

Allard Soto, R., Hennig Leal, M. C. y Galdámez Zelada, L. (2016). El derecho a la salud y su (des) protección en el estado subsidiario. *Estudios constitucionales*, 14(1), 95-138. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000100004>

Cámara de Diputados. (2008). *Informe Comisión Especial Investigadora sobre el proceso de concesiones carcelarias según mandato oficio N° 7345*, 2008. Santiago de Chile. Recuperado de <https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsg/consulta/verParticipacion.py?idParticipacion=1511453&idPersona=2640&idDocumento=648045&idAkn=entity8FA02DSU>

Centers of Disease Control and Prevention. Public Health System and the 10 Essential Public Health Services. (2020). Recuperado de: <https://www.cdc.gov/publichealthgateway/publichealthservices/essentialhealthservices.html>

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). (2013). *Agua, saneamiento, higiene y hábitat en las cárceles* (Guía complementaria). Recuperado de <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-4083.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (19 de enero de 1995). Caso Neira Alegría y otros vs. Perú. Sentencia de 19 de enero de 1995. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_20\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (13 de marzo de 2008). Resolución 1/08. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Recuperado de <https://www.refworld.org.es/docid/487330b22.html>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (29 de febrero de 2016). Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala. Sentencia de 29 de febrero de 2016, (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_312\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2020). Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, Resolución 1/2020. 2020. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). (11 de agosto del 2000). *Observación general n.º 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible*

*de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 11 de agosto 2000, E/C.12/2000/4. Recuperado de <https://www.refworld.org.es/docid/47ebcc492.html>

Convocatoria para el cargo del Director del hospital de Molina. (sin fecha). Recuperado de [https://www.ssmaule.cl/postulaciones/base\\_concursos/Pautas%20Director%20Hospital%20Molina%20VB%20jefaturas.pdf](https://www.ssmaule.cl/postulaciones/base_concursos/Pautas%20Director%20Hospital%20Molina%20VB%20jefaturas.pdf)

Chile. (Ministerio de Salud Pública). (31 de enero de 1968). Decreto con Fuerza de Ley n.º 725, Código Sanitario. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago de Chile, 31 de enero de 1968.

Chile. (Ministerio de Justicia). (15 de septiembre de 1979). Decreto Ley n.º 2859 (1979). Fija la orgánica de Gendarmería de Chile. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago de Chile, 15 de septiembre de 1979.

Chile. (Ministerio de Justicia). (07 de abril de 1992). Decreto n.º 1600. Dispone creación y estructura de unidades médicas que indica. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago de Chile, 07 de abril de 1992.

Chile. (Ministerio de Justicia). (21 de agosto de 1998). Decreto n.º 518. Aprueba Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago de Chile, 21 de agosto de 1998.

Chile. (Ministerio de Salud). (20 de noviembre de 2001). Decreto con Fuerza de Ley n.º 1 de 2017 del Ministerio de Salud. Fija el texto refundido coordinado y sistematizado de la Ley n.º 15.076. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago de Chile, 20 de noviembre de 2001.

Chile. (Ministerio Secretaría General de la Presidencia). (22 de septiembre de 2005). Decreto n.º 100. Fija el texto refundido coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago de Chile, 22 de septiembre de 2005.

Chile. (Ministerio de Salud). (23 de noviembre de 1985). Ley n.º 18.469. Que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago de Chile, 23 de noviembre 1985.

Chile. (Ministerio de Justicia) (9 de julio de 1943). Ley n.º 7421. Código Orgánico de Tribunales. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago de Chile, 9 de julio 1943.

Chile. (Dirección Nacional de Gendarmería). (28 de diciembre de 2007). Resolución Exenta n.º 5.248. Manual de funcionamiento y procedimientos de las Enfermerías de los Establecimientos Penitenciarios de la Dirección Nacional de Gendarmería, 28 de 28 de diciembre de 2007.

Denzin, N. K., y Lincoln, Y. S. (Eds.). (2011). *The Sage handbook of qualitative research*. sage.

De Gregorio, B. (2011). *Diseño y construcción de un instrumento de medición de la calidad de atención de salud: Aplicación al Centro de detención Preventiva Santiago Sur Región Metropolitana* (tesis de maestría). Universidad de Chile, Santiago,

- Chile. Recuperado de <http://bibliodigital.saludpublica.uchile.cl:8080/dspace/handle/123456789/456>
- Dirección de Presupuesto del Gobierno de Chile. (2020). *Proyecto Ley de Presupuesto para Gendarmería de Chile*. Santiago de Chile. Recuperado de <http://www.dipres.gob.cl/597/w3-multipropertyvalues-14482-25190.html>
- Fundación Paz Ciudadana. (2016). *Estudio sobre los niveles de exclusión social en personas privadas de libertad*. Recuperado de [https://www.researchgate.net/publication/336441135\\_Morales\\_Hurtado\\_Figueroa\\_Oritz\\_Polanco\\_Muñoz\\_2015\\_Exclusion\\_social\\_en\\_carceles\\_Fundacion\\_Paz\\_Ciudadana](https://www.researchgate.net/publication/336441135_Morales_Hurtado_Figueroa_Oritz_Polanco_Muñoz_2015_Exclusion_social_en_carceles_Fundacion_Paz_Ciudadana)
- García Pino, G., Contreras Vásquez, P. y Martínez Placencia, V. (2016). *Diccionario Constitucional Chileno*. Santiago de Chile: Hueders.
- Garzón Valdés, E. (2000). What is Wrong with the Rule of Law? En *Estado de derecho y democracia- un debate acerca del rule of law*. SELA (pp. 61-83). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Garzón Valdés, E. (2001). Derecho y democracia en América Latina. *Isonomía*, (14), 33-63. Recuperado de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182001000100033&lng=es&tlang=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182001000100033&lng=es&tlang=es)
- Gendarmería de Chile. (2016). Compendio Estadístico. Recuperado de: [https://www.gendarmeria.gob.cl/estadisticas\\_compendios\\_2016.html](https://www.gendarmeria.gob.cl/estadisticas_compendios_2016.html)
- Gendarmería de Chile. (23 de marzo de 2020). *“Plan de acción integral por contingencia COVID -19 del 23” de marzo 2020 del Director Nacional de Gendarmería (Of.14.00.00141/2020)*. Recuperado de [https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/141\\_plan\\_accion\\_coronavirus.pdf](https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/141_plan_accion_coronavirus.pdf)
- González Wiedmaier, C., Castillo Laborde, C. y Matute Willemsen, I. (eds.). (2019). *Serie de salud poblacional: Estructura y funcionamiento del sistema de salud chileno*. Santiago, Chile: CEPS.
- Howard, J. (1789). *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). (2013). *Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2011 - 2012: Diagnóstico del Cumplimiento de los Estándares Internacionales de Derechos Humanos*. Recuperado de <https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/639>
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). (2018). *Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2016 - 2017: Diagnóstico del Cumplimiento de los Estándares Internacionales de Derechos Humanos sobre el Derecho a la Integridad Personal*. Recuperado de <https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/1180>
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). (2018). *Informe condiciones carcelarias en Chile 2014 - 2015*.
- Meier. (2009). *Gefängnismedizin. Medizinische Versorgung unter Haftbedingungen*. In K. & H. Stöver (eds.). Stuttgart: Thieme.

- Ministerio de Justicia y DD.HH. División de Reinserción Social. (2017). *La Política de Reinserción Social en Chile - Estado Actual y Proyecciones*.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDC). (2013). *Nota sobre políticas: Prevención, tratamiento y atención del VIH en las cárceles y otros lugares de reclusión: conjunto completo de intervenciones*. Recuperado de [https://www.who.int/hiv/pub/prisons/prison\\_comp\\_sp.pdf](https://www.who.int/hiv/pub/prisons/prison_comp_sp.pdf)
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). (2020). *Position Paper COVID-19 preparedness and responses in prisons*. Recuperado de [https://www.unodc.org/documents/hiv-aids/publications/UNODC\\_position\\_paper\\_COVID-19\\_in\\_prisons\\_-\\_FINAL.pdf](https://www.unodc.org/documents/hiv-aids/publications/UNODC_position_paper_COVID-19_in_prisons_-_FINAL.pdf)
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos „Pacto de San José de Costa Rica”. Recuperado de <https://www.refworld.org.es/docid/57f767ff14.html>
- Organización de los Estados Americanos (OEA) y Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH). (2011). *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. Recuperado de <https://oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>
- Organización de los Estados Americanos (OEA) Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas (2008). Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>
- Patton, M. (1990). *Qualitative evaluation and research methods*. Beverly Hills: Sage.
- Savigny, Donald de, Adam, Taghreed, Alliance for Health Policy and Systems Research & World Health Organization. (2009). Aplicación del pensamiento sistémico al fortalecimiento de los sistemas de salud / editado por Don de Savigny y Taghreed Adam. Ginebra: Organización Mundial de la Salud. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/44222>
- Stippel, J. (19 de mayo de 2020). La peligrosa falta de control judicial sobre las condiciones carcelarias en Chile. *CIPER Chile*. Recuperado de <https://ciperchile.cl/2020/05/19/la-peligrosa-falta-de-control-judicial-sobre-las-condiciones-carcelarias-en-chile/>
- World Health Organization (WHO). (2014). *Prisons and Health*. WHO: Copenhagen. Recuperado de <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/128603/PrisonandHealth.pdf;jsessionid=F3A93CEACB32121B545BCA8620F7DC2C?sequence=1>
- World Health Organization (WHO). (2000). Prevención del suicidio en cárceles y prisiones (No. WHO/MNH/MBD/00.7). Organización Panamericana de la Salud.
- Zaffaroni, E. R. (2020). *Morir de cárcel. Paradigmas jughumanistas desde el virus de nuestro tiempo*. Buenos Aires: Ediar.

# Instrucciones para quienes deseen publicar en la revista Estudios de Derecho

## Convocatoria permanente

La Revista Estudios de Derecho informa que tiene convocatoria permanente para la recepción de artículos que traten de cualquier tema relacionado con el Derecho y la Ciencia Política, desde cualquier perspectiva.

Se dará prioridad a los textos que sean fruto de investigaciones terminadas. Los artículos que pretendan ser publicados en la sección de Investigación, deberán indicar con precisión los datos de la investigación de la cual son fruto. Los artículos de investigación terminada que se recibirán serán solo los que puedan ubicarse en una de las tres siguientes clasificaciones, de acuerdo a lo establecido por Colciencias:

1- *Artículo de investigación científica y tecnológica.* "Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones".

2- *Artículo de reflexión.* "Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales".

3- *Artículo de revisión.* "Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias".

Se recibirán también ensayos, comentarios a sentencias y reseñas bibliográficas. Todos los textos recibidos deben estar escritos en español, inglés, portugués, francés o italiano; no se contempla la publicación en otros idiomas.

A través de un sistema de evaluación anónima de árbitros, solamente se seleccionarán los artículos que se presenten para la sección de investigación. Estos, una vez recibidos por el sitio web de la revista, entrarán en un proceso de revisión (que puede seguirse por el autor a través del sitio web de la revista) compuesto por las siguientes fases: 1) Fase de pre-edición: se analizará, en un periodo de no más de un mes calendario, el cumplimiento a cabalidad de los requisitos formales, así como de la pertinencia temática con la Revista. Cumplido este procedimiento, los autores serán informados acerca de la superación o no de esta etapa. 2) Fase de selección por parte de árbitros: los textos aprobados en pre-

edición serán enviados para su aprobación o no a algún miembro del equipo de árbitros de la revista, con anonimato respecto tanto al autor como al árbitro. Este proceso no tardará, en ningún caso, más de dos meses calendario. 3) Fase de edición e imprenta: los textos aprobados por los árbitros pasarán inmediatamente al proceso final de edición, diagramación e imprenta. Este proceso no tardará más de dos meses. El orden de publicación de los artículos de investigación, estará determinado de acuerdo con el momento en que cada texto supere la fase de pre-edición. Los demás artículos aprobados por los árbitros podrán ser incluidos en números posteriores previa aceptación del autor.

Los artículos deben hacerse llegar en medio magnético, a través del *Open Journal System* con el cual opera la revista. La forma de realizar el envío es el siguiente:

Ingrese al sitio web de la revista [www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho](http://www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho), allí deberá registrarse, seleccionando al final del fichero la opción: "registrarse como autor". Posteriormente, en la página de inicio ingrese en la opción autor, y allí seleccione la opción de comenzar un nuevo envío. Siga los cinco (5) pasos indicados en la página. También podrá hacer seguimiento de su artículo por este medio. Una guía con indicaciones más precisas y ejemplos la puede encontrar en el mismo sitio web.

Todos los textos enviados deberán cumplir con los criterios de estilo indicados por APA (American Psychological Association) en su sexta edición. A continuación se indican las principales instrucciones APA, 6 ed., a tener en cuenta:

#### **Criterios generales:**

El texto debe digitarse en letra tipo "Cambria, tamaño 12, a espacio y medio, hoja tamaño carta, 2.5 cm de margen y con una extensión no mayor a 30 páginas en total, dos espacios después del punto final de una oración, y sangría (*Indent*) a 5 espacios en todos los párrafos. Además de ello, en cuanto a la utilización de tablas, cuadros y gráficos, estos deben "llamarse" previamente a su muestra, los cuales deben contener, según sea el caso, título y pie de imagen.

El texto debe tener en su estructura:

- Título (en español o en el idioma en el cual se presente el texto) con un asterisco al pie donde se indique la calidad del artículo: resultado de investigación (con todas las indicaciones que permitan identificar a la misma: Grupo de investigación, financiación, etc.), análisis de jurisprudencia, ensayo, opinión, etc.
- Nombre(s) y apellidos del autor(a), con un asterisco al pie donde se indiquen datos necesarios para reconocer los créditos, como son: nombre completo, número de teléfono y/o fax, correo electrónico, nombre de la institución en la que labora, cargo que desempeña, e información sobre el grado de escolaridad.
- Resumen, de no más de 200 palabras, y entre tres (3) y cinco (5) palabras clave, así como la traducción de los mismos al idioma inglés (*Abstract y Key Words*).
- Texto, que debe ceñirse a las indicaciones del sumario.

- Referencia bibliográfica: donde se incluyen cada uno de los documentos citados en el texto.

Al momento de citar en el texto, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios:

El apellido del autor y el año de publicación de la obra, así como la página citada, se incluyen en paréntesis dentro de la oración. Ejemplo: “La importancia de citar en revistas indexadas de manera adecuada” (Quiceno, 2011, pág. 3). Si el apellido del autor ya fue indicado en el texto, la cita entre paréntesis solo incluye el año. Ejemplo: Como afirma Quiceno (2011)

Si la obra tiene más de dos autores, la primera cita deberá indicar todos los apellidos, mientras que las citas subsiguientes incluirán solo el primer apellido, seguido de las palabras *et al.* Ejemplo: (Quiceno, Lopera, Restrepo & Rosales, 2011, p. 3), (Quiceno *et al.*, 2011, p. 3).

La citación de documentos electrónicos debe incluir el DOI si éste lo tiene. No debe indicarse la fecha de consulta y debe figurar la URL del documento, sin punto al final.

Cuando aparezca por primera vez en el texto una abreviatura o sigla, deberá especificarse seguidamente, y entre paréntesis, el término completo al cual hace referencia. En lo sucesivo se escribe solo la sigla o abreviatura correspondiente.

En forma general, y con especial cuidado al momento de la citación, debe utilizarse para tales efectos, comillas simples.

Al final del texto se incluirán las referencias bibliográficas, en donde solo, se indicarán las fuentes que se usaron en el texto. Esto se presentará en orden alfabético; las obras de un mismo autor se ordenarán cronológicamente.

A continuación se ofrecen algunos ejemplos del modo de indicar las referencias bibliográficas:

#### **Libro:**

Apellido, A. A. (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

Apellido, A. A. (Año). *Título*. Recuperado de <http://www.xxxxxxx.xxx>

Apellido, A. A. (Año). *Título*. DOI: xx.xxxxxxxx

Apellido, A. A. (Ed.). (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

#### **Capítulo de libro colectivo:**

Apellido, A. A. &Apellido, B. B. (Año). Título del capítulo o la entrada. En Apellidos, A. A. (Ed.), *Título del libro* (pp. xx-xx). Ciudad: Editorial.

### **Artículo De Revista:**

Apellidos, A. A., Apellidos, B. B. & Apellidos, C. C. (año). Título del artículo. *Título de la publicación, volumen* (número), pp. xx-xx. doi: xx.xxxxxxx

### **Documentos institucionales:**

Human Right Watch. *Trabajadores sexuales en riesgo, 2012*. Washington, DC: U.S. Government Printing Office. Recuperado de <http://www.hrw.org/es/reports/2012/07/19/trabajadores-sexuales-en-riesgo>

### **Tesis:**

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. (Tesis inédita de pregrado, maestría o doctorado en ---Derecho --- Sociología ----- Psicología ---etc.----). Nombre de la institución, Localización.

### **Documento electrónico:**

Roxin, C. (2012). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15 (01),1-27. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

### **Jurisprudencia**

(Órgano, Sentencia y año)

(Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-221 de 1994)

### **Para referenciar:**

### **Legislación**

País. Órgano que emite la norma. (Año). Norma. Título. Dónde fue publicada. Lugar. Año. Número.

Colombia. Congreso de la República. (1993). Ley 61. Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para dictar normas sobre armas, municiones y explosivos, y para reglamentar la vigilancia y la seguridad privada. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1993. no. 40.987.

España. Ministerio de Justicia e Interior. (1994). Real Decreto 2364. Por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1994. no. 8, p. 779-815

### **Sentencias nacionales e internacionales**

País. Órgano, Sentencia nº (año)

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-230 (2010)

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 45987 (2011)

Colombia. Consejo de Estado, Radicación 10009987765555 (2010)

0

Nombre vs. Nombre, Dato identificador (Año)

### **Periódico:**

Kalmanovitz, S. (2013, 06 de enero). Lo que quedó de la reforma tributaria. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/columna-395410-quedo-de-reforma-tributaria>

### **Derechos de reproducción:**

Los artículos que se reciben deben ser inéditos y originales, no deben haber sido publicados parcial o totalmente, salvo los textos que solo hayan sido publicados en otros idiomas (en tal caso se deberá hacer referencia a la publicación original).

La revista Estudios de Derecho permite la reproducción total o parcial de los artículos con fines académicos, siempre y cuando se cite la fuente y se haga llegar a la Revista una copia de la publicación.

Ante cualquier inquietud adicional, favor comunicarse con la Revista al siguiente correo electrónico: [revistaestudiosdederecho@udea.edu.co](mailto:revistaestudiosdederecho@udea.edu.co)

Revista Estudios de Derecho

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia

<https://www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho>

<https://twitter.com/RevistaEDerecho>

<https://www.facebook.com/RevistaEDerecho>

Edificio de Extensión, Oficina 404

Teléfono: (57-4) 2195855

Medellín-Colombia