



VIGILADA MINEDUCACIÓN Res. 12220 de 2016

**LA INFLUENCIA JUDICIAL EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS CARCELARIAS CON
ENFOQUE DE GÉNERO FEMINISTA**

VALENTINA SUÁREZ RODRÍGUEZ

Autora

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRIA EN DERECHOS HUMANOS Y CULTURA DE PAZ
SANTIAGO DE CALI, 2024

**LA INFLUENCIA JUDICIAL EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS CARCELARIAS CON
ENFOQUE DE GÉNERO FEMINISTA**

VALENTINA SUÁREZ RODRÍGUEZ

Autora

IVAN LEONARDO MARTINEZ

Director

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRIA EN DERECHOS HUMANOS Y CULTURA DE PAZ
SANTIAGO DE CALI, 2024**

ARTICULO 23 de la Resolución No. 13 del 6 de Julio de 1946, del Reglamento de la Pontificia Universidad Javeriana.

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de Tesis. Sólo velará porque no se publique nada contrario al dogma y la moral católica y porque las Tesis no contengan ataques o polémicas puramente personales; antes bien, se vea en ellas el anhelo de buscar la Verdad y la Justicia”.

La influencia judicial en las políticas públicas carcelarias con enfoque de género feminista

Judicial influence on prison public policies with a feminist gender approach

Valentina Suárez Rodríguez

Resumen

Este trabajo tiene como objetivo fundamental el análisis de una posible implementación de la perspectiva de género feminista, a partir de la autora Marcela Lagarde, en la jurisprudencia colombiana, en relación a la creación de políticas públicas carcelarias para la protección de los derechos fundamentales de las mujeres privadas de la libertad. Para ello, se establece como metodología a seguir los supuestos teóricos aportados por el realismo jurídico norteamericano y el positivismo constitucional. Así también, se realiza un acercamiento a la praxis jurisprudencial colombiana en la materia. Los hallazgos de esta monografía son un reflejo de la imperante necesidad que existe de implementar la perspectiva de género feminista en las políticas públicas carcelarias como garantía a sus derechos humanos, y de cómo los jueces y juezas asumen ese compromiso ante la ausencia de acción gubernamental.

Palabras clave: feminismo; género; política gubernamental; derechos humanos; jurisprudencia.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	1
Metodología	11
Capítulo i. Conceptualización de la política pública con perspectiva de género feminista a través de la acción judicial	15
1.1 Perspectiva de género feminista	15
1.2 El rol político de los operadores jurisdiccionales	19
1.3 Los derechos fundamentales y sus garantías	24
Capítulo ii. Aproximación teórica de la política pública con perspectiva de género feminista en materia carcelaria	28
2.1 Estudio de la situación jurídica actual de las mujeres reclusas en el país.....	29
2.2 El enfoque de género en las políticas públicas carcelarias del país.....	39
Capítulo iii. Valoración de la praxis jurisprudencial colombiana en materia de políticas públicas carcelarias con perspectiva de género feminista	44
3.1 Respuesta del sistema judicial a la situación actual de ausencia en políticas públicas carcelarias con enfoque de género	45
Conclusiones	55
Bibliografía	59
Anexos	64

INTRODUCCIÓN

Cuando se escribe sobre mujeres privadas de la libertad en establecimientos carcelarios es preciso comenzar con un acercamiento que nos permita conocer, de modo razonable, el plano factico-causal de la realidad de esta población. No es posible desligar las problemáticas presentes del contexto carcelario de las realidades socioculturales concurrentes en Colombia, pues dichas particularidades suelen condicionar el desarrollo de la vida en sociedad del individuo. Así también, la respuesta normativa o ausencia de la misma ante factores condicionales, de los que se pueden derivar vulneraciones a sus derechos humanos, son criterios relevantes al evaluar cómo se encuentra esta población ante la mirada institucional.

Aproximación a la realidad social

En Colombia la población carcelaria femenina ha sido fluctuante durante los últimos 30 años, una causa que se puede asociar a este fenómeno puede ser adjudicada a la implementación de programas gubernamentales que oscilan entre procesos de desjudicialización y procesos de criminalización ligados a la imposición de nuevas penas privativas de la libertad. (Arenas & Cerezo, 2016) El más reciente informe presentado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Colombia, INPEC, en diciembre de 2022, informa que la población femenina reclusa intramural en Colombia fue de 6.503 mujeres, lo cual supone un decrecimiento frente al año 2019 en donde la población carcelaria correspondía a 8.850 mujeres, representando el 7,1% del total de la población carcelaria.¹

¹ Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. (2022). Informe estadístico No. 12 <https://www.inpec.gov.co/web/guest/estadistica/estadisticas>

Aunque de los anteriores datos demuestran que la comprensión de que las mujeres reclusas, en cifras, configuran un porcentaje mínimo en el total de la población carcelaria, en comparación con la población masculina, muchas de las problemáticas del contexto carcelario persisten tanto en el escenario masculino como en el femenino. Las condiciones deshumanizantes relacionadas con el hacinamiento carcelario, la insalubridad, ausencia de infraestructura adecuada, entre otras condiciones indignas son circunstancias que replican y aumentan los ciclos de violencia. Estadísticas emitidas por el INPEC señalan que los índices de hacinamiento en los establecimientos carcelarios femeninos constituyen un porcentaje del 7,12% del total de la capacidad, lo cual excede la capacidad total nacional en 443 cupos (INPEC, junio, 2023) Ahora bien, en el plano amplio del escenario carcelario -observando tanto a población masculina como femenina- son problemáticas compartidas, sin embargo, las mujeres reclusas enfrentan otros desafíos asociados al género.

El sistema carcelario afecta en mayor medida a grupos que han sido históricamente violentados y marginados, un reflejo de ello se evidencia en la población carcelaria femenina. Es decir, al tratarse de una población con especial protección constitucional², como lo son las mujeres privadas de la libertad en un contexto carcelario, se infiere que están expuestas a situaciones de mayor vulnerabilidad como consecuencia de esas particularidades condicionantes propias de la experiencia femenina. De acuerdo con estudios realizados sobre la situación del país³, para el 2020 alrededor del 60% de la población carcelaria femenina contaba con algún grado de escolaridad básica, mientras que una mayoría del 94% eran madres, siendo el 75% de ellas las principales proveedoras en sus hogares, es decir, madres cabeza de hogar. (CIDH, 2022)

² Sentencia T-267 de 2018. Sala Primera de Revisión. MP. Carlos Bernal Pulido

³ Ministerio de Justicia de Colombia. (2020) Situación demográfica penitenciaria y carcelaria de las mujeres privadas de la libertad. págs. 27 y 35. Recuperado de: <https://www.minjusticia.gov.co/Sala-deprensa/PublicacionesMinJusticia/CAPSULA%20MUJERES%20PRIVADAS%20DE%20LA%20LIBERTAD.pdf>

Algunos parámetros a tener en cuenta, dado que responden a las necesidades específicas de esta población, y además evidencian el contexto de vulnerabilidad en el que se encuentran las mujeres reclusas, se hallan plasmadas en evaluaciones realizadas por la principal entidad encargada, el INPEC. Tan solo 4 Reclusorios acogen exclusivamente a la población carcelaria femenina, mientras que en 30 Establecimientos Penitenciarios masculinos se han anexado a las mujeres reclusas (INPEC, 2020) lo que refleja una seria problemática respecto a la estructura organizativa, debido a que son establecimientos que no cuentan con las adaptaciones pertinentes para suplir las necesidades derivadas de la vivencia femenina, como se expondrá más adelante. En ese sentido, pueden replicarse condiciones insalubres, inadecuadas e indignas para el ejercicio de la maternidad, la crianza de hijos menores de edad, recuperaciones post-parto y lactancia, así como el desenvolvimiento del ciclo menstrual.

Como consecuencia, estas condiciones deplorables deterioran la dignidad de vida de las mujeres privadas de la libertad, pues si bien hay avances normativos en la temática, de no lograr captar las necesidades reales, y no las instaladas, escasamente se instaurara un escenario favorable para el desarrollo de la reintegración a la vida en sociedad de las mujeres reclusas. Lo antes mencionado puede hallar respuesta en que el sistema penitenciario fue creado y organizado desde una perspectiva exclusivamente androcéntrica⁴, lo que implica que su estructura y constitución de vida dentro de los centros carcelarios responde únicamente a las necesidades masculinas. El sesgo masculino puede tener como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres en los espacios carcelarios, en tanto que se excluye de regulación asuntos relativos a las

⁴ Término introducido por primera vez al debate sociológico por la intelectual estadounidense Charlotte Perkins Gilman en su obra “Nuestra Cultura androcéntrica: o El mundo hecho por el hombre” en 1911. El concepto aborda la perspectiva bajo la cual se sitúa al hombre y la mirada masculina como el centro único y universal de todo. Para Marcela Lagarde (2012) el androcentrismo y la misoginia o dominación patriarcal son conceptos que se entretajan entre sí.

necesidades particulares de la mujer, entre los que se puede comprender, mujeres en estado de embarazo, en periodo de lactancia, adultas mayores y mujeres cabeza de hogar.

La respuesta reglamentaria al problema descrito

Por su parte, los avances normativos globales y nacionales en la materia están estrechamente ligados. En el ámbito internacional, el país ha ratificado una variedad de marcos normativos relativos a la materia, desde la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1981 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (‘Convención de Belém do Pará’) de 1994, hasta condiciones normativas más específicas como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos o “Reglas Nelson Mandela” de diciembre de 2015. En un mismo sentido, un mayor acercamiento normativo se encuentra en las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, también conocidas como Reglas de Bangkok, de 2011.

De forma paralela, algunos avances normativos nacionales se ven reflejados en la inclusión del enfoque diferencial en materia penitenciaria en la Ley 1709 de 2014 que modifica Ley 65 de 1993, así también, en su artículo 26 determina los lineamientos para las mujeres en estado de embarazo, mujeres lactantes y mujeres que conviven con sus niños o niñas en el establecimiento carcelario. Frente a esta materia en específico se encuentra también el Decreto 2553 de 2014, en donde se busca regular circunstancias derivadas por y para la protección de la maternidad. Esta normativa crea un marco legal de acción para las autoridades e instituciones carcelarias para la atención integral de mujeres reclusas en estado de embarazo, educación para hijos menores de 3 años y adecuación de espacios para mujeres lactantes.

Así también, con el Convenio 002 de 2021 se atribuye una responsabilidad concomitante entre el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en favor de los menores de 3 años cuyas madres se encuentren cumpliendo una pena privativa de la libertad en establecimiento carcelario. Frente a la materia de enfoque diferencial la normativa interna reciente remite a la Resolución 6349 de 2016, mientras que respecto a la regulación en el tema de salud de las personas privadas de la libertad se encuentra la Resolución 5159 de 2015 en donde se incluye el enfoque diferencial como un criterio de alta relevancia.

En la actualidad, se encuentra en proceso de implementación el proyecto de ley 093 de 2019, sancionado por el presidente Gustavo Petro en el mes de marzo del presente año, su principal propósito dicta “adoptar acciones afirmativas para las mujeres cabeza de familia en materia de política criminal y penitenciaria”. Dicho proyecto tiene como objeto brindar la posibilidad a las mujeres privadas de la libertad condenadas por delitos leves, recibir como sanción alternativa al encarcelamiento el ejercicio de actividades a favor de la comunidad. Para acceder, la mujer debe cumplir principalmente con dos criterios: ser madre cabeza de hogar y acreditar que cometió el delito en aras de una necesidad económica para el sostenimiento de su familia. El objetivo de administrar este tipo de penas alternativas a la privación de la libertad es restaurativo, en tanto que busca reparar el vínculo familiar y evitar una mayor desprotección a los miembros más vulnerables, lo que puede acarrear además en la extensión de ciclos de violencia.

Sin embargo, aunque existen avances relevantes en los últimos años, la normativa exclusiva derivada de políticas públicas no es suficiente en acoger todas las variantes que problematizan la vida de las mujeres reclusas e intervienen negativamente en su proceso de resocialización. Las estadísticas (Reyes, 2023) demuestran el perfil de esta población responde mayoritariamente a

mujeres en edades reproductivas, provenientes de altas condiciones de marginalidad económica y que han sufrido de algún tipo de violencia a lo largo de su vida. Otros padecimientos se remontan a cuestiones como el hacinamiento, la falta de programas de integración y preparación para su sustento económico, la ausencia de espacios dignos para la infancia dentro de la prisión y de instalaciones adecuadas para desarrollar la maternidad. Razón por la cual es urgente y obligatorio la implementación de la perspectiva de género en todas las políticas asociadas con el sistema carcelario y penitenciario.

Género y feminismo como horizonte interpretativo

En lo que concierne al enfoque de género, las reinterpretaciones conceptuales sobre las teorías de género, su desarrollo e implementación paulatina han influido de forma considerable en diferentes políticas públicas y decisiones judiciales. En concordancia, las entidades públicas del país, como el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, identifican la perspectiva de género como una herramienta de análisis social, que “(...) permite comprender cómo históricamente las diferencias de género se han convertido en desigualdades hacia las mujeres y también permite visibilizar cómo se materializan estas desigualdades (...)” (INPEC, 2022, p.11)

Por razones prácticas este escrito se centrará en los estudios de género con perspectiva feminista, cuyo objeto de investigación se focaliza en los fenómenos de jerarquización ejercida por los hombres sobre las mujeres en un contexto patriarcal. De esta forma, un primer acercamiento será a partir del concepto de perspectiva de género feminista expuesto por la antropóloga mexicana Marcela Lagarde. La autora de “Género y Feminismo” (1997) puntualiza en los desafíos que conlleva el género, como consecuencia de construcciones históricas y paradigmas creados por la misma sociedad. Explica la importancia detrás de la implementación de una perspectiva de género

en todos los escenarios sociales y democráticos, siendo esta una forma de reivindicación a los derechos de las mujeres en una sociedad androcéntrica que se ha destinado a borrarlas de la historia.

Así pues, de la lectura se destaca el concepto de perspectiva de género feminista, ya que, si bien en el discurso moderno se erradica el enfoque binario de los géneros, bajo la definición propuesta por la autora Marcela Lagarde sobre este concepto, se centra en el reconocimiento y la resignificación de las mujeres en un contexto patriarcal. Por lo tanto, articula este concepto con la noción de dominación de género, ejercida históricamente por el hombre, y cómo esta genera opresión, teniendo como resultado la perpetuación de ciclos de violencia y desigualdad. Principalmente, a través del reconocimiento de perspectivas de género el intérprete “lucha” o se pone en perspectiva crítica frente a la discriminación histórica encarnada en barreras derivadas de la estigmatización por razones de género. Aquello implica desde la implementación de un lenguaje incluyente, no sexista en las redacciones formales de normativa relativa a la materia, hasta la creación de espacios y la intervención institucional en cada etapa del proceso penitenciario, enfocado en la protección a la mujer.

En ese sentido, Lagarde explica como la perspectiva de género, bajo una concepción feminista, es imprescindible para la ejecución de acciones concretas que visibilicen las necesidades y problemáticas derivadas del género, al tiempo que se propenda por la construcción de escenarios que ratifiquen la inclusión de las mujeres. Estos nuevos paradigmas, señala la autora, encuentran sentido en la exclusión histórica, la necesidad subyacente de representación política y de reconocimiento cultural. Todavía más, a través de la perspectiva de género se analiza y comprende las diferencias y similitudes entre hombres y mujeres en escenarios coexistentes, como resultado de la interacción social.

Desde un contexto en el que se abarcan conflictos tanto en el ámbito institucional tanto como en el área de la cotidianidad, la perspectiva de género feminista permite comprender el porqué histórico detrás de la falta de recursos y de capacidad de acción con la que cuentan las mujeres, respecto de los varones, para enfrentar problemáticas sociales en cualquier ámbito. Esta noción se debe entonces extrapolar al escenario penitenciario y en materia de política criminal, específicamente a las condiciones a las que se encuentran expuestas las mujeres privadas de la libertad en Colombia. Así se construye alrededor de la experiencia femenina que se ajuste a una veraz realidad social, identificando problemáticas inmersas en el ámbito carcelario producto de un acercamiento institucional inadecuado.

Jueces y política como horizonte interpretativo

Análogamente, se estudiará la política pública a través de la jurisprudencia, es decir mediante la labor ejercida por los jueces y las juezas. En lo que concierne al rol político de los operadores jurisdiccionales muchos autores (Jiménez, 2013; Quinche&Rivera, 2010; López, 2017) coinciden en la importancia del juez constitucional para la materialización, formulación y ejecución de políticas públicas como medio idóneo para garantizar los derechos humanos. El autor William Guillermo Jiménez Benítez en 2013 resalta dicha perspectiva sobre este fenómeno judicial, al indicar que:

“Los fallos proferidos al realizar el control de constitucionalidad, y, pero, sobre todo, los fallos que resuelven tutelas y otro tipo de acciones constitucionales como las acciones populares y la acción de cumplimiento, han catapultado la importancia de los jueces ya que sus pronunciamientos tienen implicaciones de orden jurídico, económico, social y político. De esta manera, los funcionarios judiciales al amparar los derechos

fundamentales se han convertido más allá de ser simples actores de veto: son verdaderos policy makers.” (2013, p. 119)

Es decir, las políticas públicas no sólo se han tornado de vital importancia como un medio idóneo en la materialización de los derechos humanos, también, la formulación y ejecución de dichas políticas han convertido a los jueces y juezas en protagonistas en la materia. Aunque las políticas públicas suelen ser entendidas como programas de acción gubernamental ante la ausencia de regulación o falta de cumplimiento por parte de las autoridades administrativas y legislativas, la actividad judicial debe involucrarse en el desarrollo de dichas tareas, con el objetivo de proteger los derechos humanos de la comunidad y velar por el respeto de los principios constitucionales.

Así, como se profundizará más adelante, la presente monografía acepta el análisis jurídico como teoría y praxis interpretativa de la realidad jurídica a través del ejercicio judicial, como se verá más adelante. En específico, cuando se está ante un escenario de condiciones generalizadas de desprotección institucional las decisiones de los operadores judiciales alteran las dinámicas preestablecidas al suponer la única o más efectiva garantía de protección. Es decir, la Constitución al otorgarle competencia a los órganos judiciales para la protección de los derechos humanos, pone en ellos un rol decisivo para lograr el cumplimiento y fomentar la creación de políticas públicas ajustadas a dichos parámetros. (Quinche-Ramírez & Rivera-Rugeles, 2010)

En ese sentido, es pertinente abordar esta problemática mediante el estudio del papel del juez constitucional y su vital importancia como creador y promotor de políticas públicas en favor de esta población. Con referencia a las sentencias de tutela revisadas por la Corte Constitucional, desde 1998 con la sentencia T-153 primera en declarar el Estado de Cosas Inconstitucional frente a la problemática carcelaria, se denota un acercamiento judicial a la vulneración de los derechos fundamentales de las internas. De esta forma, el fenómeno del juez como garante secundario de los

derechos humanos se transforma en una fuente principal para la defensa de una población reconocida como de especial protección constitucional.

Teniendo en cuenta lo anterior, propongo entonces la siguiente pregunta de investigación:

¿Cuál es la influencia que la perspectiva de género feminista ha tenido en la jurisprudencia colombiana respecto a la creación de políticas dirigidas a la protección de los derechos fundamentales de las mujeres privadas de la libertad?

OBJETIVO GENERAL

Analizar la influencia que la perspectiva de género feminista ha tenido en la jurisprudencia respecto a la creación de políticas públicas para la protección de los derechos fundamentales de las mujeres privadas de la libertad.

Objetivos específicos

1. Conceptualizar la política pública con perspectiva de género feminista a través de la acción judicial.
2. Describir la política pública con perspectiva de género feminista en materia carcelaria.
3. Interpretar la praxis jurisprudencial colombiana en materia de políticas públicas carcelarias con perspectiva de género feminista.

METODOLOGÍA

La metodología a emplearse para el desarrollo de la presente monografía responde, de un lado a los presupuestos teóricos del realismo jurídico norteamericano y, del otro, a los presupuestos teóricos del positivismo constitucional. Inicialmente, el movimiento realista conformado por juristas y teóricos del Derecho traslada su origen al siglo XX. El movimiento centra su convicción en la creación del Derecho a través de la justicia, entendida como aparato institucional estatal, como centro de las decisiones judiciales, y por ende la importancia del juez. Este modelo del derecho radica en priorizar la acción pues, contrario al imperativo idealista que primaba en su momento, este modelo contempla el Derecho como una realidad práctica. (Leiter, 2015) Es decir, evidencian cómo la esencia del Derecho recae en el análisis de los efectos sociales y el estudio de la experiencia, en las decisiones judiciales a un caso en concreto. En donde, sin importar el medio, el objeto siempre será la aplicación de una decisión razonable y acorde a equidad.

Roscoe Pound, jurista estadounidense y Decano de Harvard, resalta dos de criterios primordiales en cualquier análisis en el ámbito del Derecho, los factores preceptivos (reglas, principios, doctrinas, etc.) y el análisis de los intereses (individuales, públicos, sociales, etc.) (Campos, 2010) De esta forma, el autor vincula la investigación sociológica, es decir, el plano realista, con la doctrina jurídica. Dichas pautas valorativas son llevadas a cabo por el juez en su labor como operador jurídico, lo que implica, además, que las soluciones que presente no pueden estar supeditadas únicamente a la voluntad del legislador, sino que deben ser resultado de un análisis a la realidad social. Es punto de suma importancia, en relación con el desarrollo de esta monografía, ya que hace hincapié en la idea según la cual quienes imparten justicia son los hombres y mujeres, no las reglas y, por tanto, son los jueces y las juezas quienes crean el Derecho.

Asimismo, la labor del juez se torna protagonista en la administración de justicia, en tanto que no se limita a seguir reglas que no se ajustan a la situación fáctica real. Karl Llewellyn, jurista estadounidense y erudito en materia jurisprudencial, presenta una serie de argumentos que sustentan esa latitud interpretativa que poseen los jueces, en donde sobresale la inherente indeterminación en el Derecho (Leiter, 2015) Por consiguiente, se puede hablar de una tesis implícita dentro del realismo jurídico pues, al enfrentarse a la indeterminación, las razones jurídicas que sustentan la decisión de un juez deben responder a estímulos por fuera del derecho, en concordancia con lo señalado anteriormente por Pound. Así también, Llewellyn en su obra describe lo que él denomina como “reglas en el papel” (paper rules) y “reglas efectivas” (real rules) siendo las primeras en referencia a las leyes y demás normativas, mientras que las segundas refieren aquellas que efectivamente usan los jueces para culminar un litigio.

Por tanto, no se pueden excluir los parámetros facticos que responden a la realidad social, los cuales se presume son un lineamiento veraz para corroborar el panorama sociocultural, y que deben, por consiguiente, ser reconocidos y considerados por el juez cuando éste examina un caso concreto. Así como lo ratifica Penczenick, “la trascendencia real de los interesados es más importante porque genera mayor fuerza las normas sociales que las formalmente constituidas” (Peczenik, 2003) Resulta inviable entonces, percibir a la norma en el sentido estrictamente formal, sin un análisis valorativo frente a lo que la sociedad considera como indispensable para la aceptación de un fallo, ya que no se estaría condicionando meramente a una moral específica del Derecho, sino a principios y valores que el Derecho protege mediante la seguridad jurídica al formar parte de la misma. Como manifiesta Habermas en sus obras, la regla cosifica la vida social. (Sánchez, 2015) Es decir, se debe respetar la regla a partir del contexto social en la cual se va a usar. De lo contrario los ciudadanos se estarían enfrentando a un sistema totalmente arbitrario, donde se deja a disposición

del creador de la norma determinar lo que, según su propia concepción, es justo en ciertos casos particulares.

Asimismo, el positivismo constitucional nace a partir de dos grandes posturas teóricas dicotómicas: el positivismo y el neoconstitucionalismo, como un tercer postulado teórico. Mediante esta concepción no hay una separación entre el razonamiento jurídico y la moral, por el contrario, son dos supuestos concurrentes en una perspectiva guiada al acoplamiento de la realidad social. Así, al ser asumido como una unidad conceptual se entiende que en el desarrollo práctico ejercido por el juez, tanto la valoración moral como los presupuestos jurídicos deben ser usados en concordancia. (Atienza, 2017) Es así como, uno de los principales autores que darán sustento al presente escrito será el jurista Luigi Ferrajoli, bajo su perspectiva positivismo constitucionalista de los derechos fundamentales.

De lo anterior se deriva que, el concepto de la creación judicial del Derecho y del Derecho como objeto para lograr fines sociales, fundamentos que comparten los realistas, son los dos grandes pilares metodológicos y teóricos en los que se sustenta el presente trabajo investigativo. En consecuencia, se introducirá la figura del juez como un pilar principal en la garantía de los derechos humanos de la población objeto de estudio, así también los precedentes judiciales en la materia serán la base evaluativa para determinar y evidenciar las aproximaciones jurídicas que existen en la actualidad.

Puntualmente, esta monografía observará cómo la jurisprudencia impacta la política pública. Así, para llevarlo a cabo las técnicas de investigación empleadas, para efectos de la metodología, evaluarán la jurisprudencia, bases de datos, bibliografía y textos jurídicos. Más específicamente, estarán constituidas por el análisis de documentos teóricos del Derecho, análisis de la política pública y de la teoría de género. Así también, el análisis de texto jurídico relativo a las sentencias

de las Altas Cortes⁵, en el ámbito nacional, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el marco internacional. A través de ellos, se busca presentar unas observaciones y, finalmente, proponer conclusiones.

⁵ Este escrito se centrará principalmente en los fallos proferidos por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y la Corte IDH.

CAPÍTULO I. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA POLÍTICA PÚBLICA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO FEMINISTA A TRAVÉS DE LA ACCIÓN JUDICIAL

En el estudio de una temática que involucra conceptos relativos a las mujeres privadas de la libertad en establecimientos carcelario, el rol político de los operadores judiciales y la inferencia de estos en los derechos humanos es preciso dar inicio con una aproximación teórica que explique conceptualmente cada uno de estos criterios. Es a través de la comprensión de cada categoría abarcada en la pregunta de investigación que se posibilita el análisis de este escrito. En ese sentido, este primer capítulo se propone ahondar en las nociones teóricas que sustentan la necesidad de implementar una perspectiva de género feminista en las políticas públicas carcelarias, así también se profundiza en el raciocinio detrás del papel del juez como pilar para salvaguardar los derechos humanos de esta población mediante la adaptación y/o formulación de políticas públicas en esta materia a través de las sentencias judiciales.

1.1 PERSPECTIVA DE GÉNERO FEMINISTA

Son diversas las consecuencias positivas que pueden inferirse al implementar una perspectiva de género feminista, como se señaló anteriormente, se puede reflejar en un posible desarrollo de medidas preventivas que ayuden a bajar los índices de criminalidad. Así también, adecuaciones idóneas del entorno carcelario, lo cual incluye una pertinente pedagogía al personal carcelario sobre temas de género, puede suponer un apoyo en la recuperación emocional y superación psicosocial de antiguos traumas, que se traduzca en una mejor y más rápida reintegración a la vida en sociedad de las mujeres reclusas.

Sin embargo, la realidad es que tanto la violencia estructural como las condiciones precarias de vida se dan continuidad al interior de los establecimientos de reclusión. Estudios han demostrado como estos abusos se intensifican dentro de las cárceles, específicamente contra las mujeres, por parte de las mismas autoridades. Es evidente que la pérdida de autonomía de las mujeres y el control ejercido por las autoridades carcelarias va a generar una condición de desigualdad entre partes, lo que resulta en una ventajosa relación de poder.⁶ Así pues, la violencia está estrechamente ligada a los sistemas de poder, y aunque el propio Código Penitenciario y Carcelarios señala la prohibición de todo tipo de discriminación y fomenta la igualdad, es solo a través de la implementación de un enfoque de género con perspectiva feminista que se logran evidenciar las diversas formas de discriminación de las que son objeto las mujeres reclusas dentro de los centros penitenciarios.

Pues bien, a través del paradigma feminista se crea un marco interpretativo de la realidad que mediante un marco conceptual aplica una perspectiva intelectual específica sobre la sociedad. Esta apreciación conceptual es sumamente útil pues parte de la hipótesis de que el orden patriarcal es quien modela el orden social desde la asignación de sentido o valoración de la sexualidad, por lo tanto, es nocivo. Es decir, brinda un entendimiento sobre la base en la que se funda el razonamiento detrás de la necesidad de implementar la perspectiva de género, y es la construcción androcéntrica de todos los entornos sociales, bajo la cual se ha dejado por fuera la diversidad de géneros, específicamente el género femenino. De ahí que, su postura epistemológica tenga como objeto de estudio las relaciones entre hombres y mujeres, desde un propósito emancipatorio, lo cual implica la eliminación de la dominación de género que resulta en la opresión de género.

⁶ Acercamiento desarrollado por Sisters Inside Inc. (2005) A Campaign to End the Sexual Assault of Women by the State. Australia. En <http://www.sistersinside.com.au/media/AntiStripSearchingInfo.pdf>

Por su parte, Lagarde (1996) explora, a través de un paradigma teórico histórico-crítico, un concepto transversal a la perspectiva de género, la visión de género feminista. Así, aborda las problemáticas particulares de la vivencia femenina, acogiendo las vivencias y conocimientos compartidos como parte del proceso de reconocimiento. Una mirada desde la perspectiva de género feminista busca resignificar las relaciones entre mujeres y hombres, aboliendo la dominación del orden patriarcal, y de forma concomitante desarrolla alternativas que fomentan el cambio institucional. En ese sentido, la autora describe como “La diversidad de las mujeres y de las problemáticas que las han interesado he encontrado en la perspectiva de género una vía para hacer avanzar sus propuestas y ellas han creado mecanismos institucionales, redes y encuentros, espacios, foros, congresos y asambleas” (Lagarde, 1996, p. 16)

De esta manera, la expansión de este concepto a través de fronteras ha permitido el fortalecimiento de los organismos estatales en favor a las mujeres, quienes han sido históricamente olvidadas. La participación femenina ha permitido además la implementación de políticas públicas que se adapten a la óptica del género feminista. En consecuencia, se deconstruyen enfoques exclusivamente androcéntricos⁷ abriendo un espacio al reconocimiento de las dificultades y carencias sistemáticas sufridas por las mujeres. Sin embargo, no sólo reconoce los limitantes históricos impuestos por el patriarcado, también extiende la oportunidad de autoreconocimiento por parte de ellas mismas, como sujetos de derechos, de relevancia política, con la posibilidad de autodesarrollarse en el ámbito que deseen.

De ahí la importancia de la perspectiva de género feminista pues “(...) expresa las aspiraciones de las mujeres y sus acciones para salir de la enajenación para actuar cada una como un ser-para-sí y,

⁷ Marcela Lagarde (2012) refiere al androcentrismo como la base del sexismo patriarcal, en el entendido que agrega un mayor valor social a los hombres y a lo masculino, otorgando el monopolio de poder en todas sus dimensiones al género masculino y, por tanto, invisibilizando las necesidades de cualquier otra población ajena a esta.

al hacerlo, enfrentar la opresión, mejorar sus condiciones de vida, ocuparse de sí misma y convertirse por esa vía en protagonista de su vida” (Lagarde, 1996, p. 17)

Sin embargo, no ha sido un proceso sencillo ya que hay una continuidad de instituciones conservadoras, tanto privadas y públicas, económicas y sociales, políticas y jurídicas que se resisten al reconocimiento de los derechos de estas poblaciones. Así también, el oportunismo para financiamientos públicos o privados ha supuesto otro obstáculo en la implementación verídica de la perspectiva de género, pues se usa inadecuadamente como una excusa para atraer más réditos con un provecho egoísta, en lugar de destinarlos al objetivo de cerrar brechas de desigualdad. Estos enfoques minimizan la relevancia que requieren las necesidades de género, perpetuando escenarios de inequidad que se necesitan abolir, especialmente para cortar los ciclos de violencia y compensar la deuda histórica persistente con la población femenina.

La teoría de género responde al orden sociocultural en el que se configura, a partir de la diferencia sexual, la relación entre los géneros, de naturaleza histórica y social. Aunque las vivencias culturales modifican la experiencia individual de cada hombre y mujer, es ineludible como la asignación de género en el nacimiento define como referencia normativa la construcción del individuo de forma permanente tanto en su historia personal como social. Asimismo, todas las dinámicas ligadas al poder institucional y al dominio estructural en la sociedad, van estrechamente vinculadas al significado que se le otorgue al género como organización genérica de la sociedad. (Lagarde, 1996)

Al tratarse de un proceso histórico es necesario abarcar la materia desde una comprensión de la mujer en su totalidad. A través de la interseccionalidad⁸ se reconocen las particularidades

⁸ Término acuñado por Kimberlé Crenshaw en Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and

inherentes a su individualidad que las sitúan en un determinado estado de vulnerabilidad comparativa, lo que permite aunar esfuerzos en el desarrollo de medidas que contrarresten dichos efectos negativos. Por medio de la perspectiva de género se impulsan políticas sociales que visibilizan las problemáticas de esta población en cada ámbito de la vida en sociedad, permitiendo identificar todas las dimensiones que excluyen, discriminan u oprimen.

En ese sentido, “la perspectiva de género permite comprender la complejidad social, cultural y política que existe entre mujeres y hombres, ignorada por otros enfoques, obstinados en presentar un mundo naturalmente androcéntrico” (Lagarde, 1996, p. 32) Es así como resulta ser un criterio impostergable a implementar en la ejecución de políticas públicas, especialmente en escenarios que no han sido diseñados desde una perspectiva que priorice la diversidad de géneros, como lo son el contexto carcelario y penitenciario en el país. Supone un cambio trascendente en favor del proceso de readaptación social de las mujeres reclusas pues a través del reconocimiento de sus necesidades se dignifica y garantiza la protección de sus derechos.

1.2 EL ROL POLÍTICO DE LOS OPERADORES JURISDICCIONALES

La coyuntura relativa a las políticas públicas tiene numerosas implicaciones en el juego político, específicamente frente a los actores que intervienen con el objetivo de brindar soluciones a materias con relevancia social, en razón a ello, no es acertado limitar el concepto de políticas públicas a las meras actuaciones de los funcionarios de la administración pública, o de los legisladores. De ahí que, si bien una de las garantías de protección a los derechos humanos y disposiciones constitucionales es el control constitucional que ejercen los jueces sobre normativas de orden

Violence against Women of Color en 1991. Alude a las políticas identitarias en el contexto de violencia contra la mujer y cómo estas son un factor determinante, en interacción con el género, en las experiencias de vida.

público del legislativo y del ejecutivo, convirtiéndolo en garante y verificador de políticas públicas. También, sus decisiones judiciales, ante casos en concreto, lo convierten en una figura de ejecución y de impacto en las esferas sociales, económicas y políticas.

Es decir, resulta cierto que en materia de políticas públicas existe una judicialización de las mismas, en el entendido de que estas deben cumplir con los principios y disposiciones constitucionales que se acreditan mediante el control judicial. De la misma forma ocurre ante la iniciativa del juez de exhortar o desarrollar en sus fallos prerrogativas en materias de interés social con vacíos legales o que directamente carecen de reglamentación, pues de no hacerlo daría continuidad a la violación a los derechos fundamentales de la población afectada. Así lo corroboran varios autores, entre los que se encuentra William Guillermo Jiménez Benítez, quien dispone que,

“A la luz de lo analizado y los cambios en el derecho, es que efectivamente hay una judicialización de las políticas públicas en el sentido que como ya se dijo, las políticas públicas no pueden contradecir los principios y derechos fundamentales fijados en la constitución y por otro lado, los fallos judiciales de manera inevitable “salpicarán” a otras esferas más allá de lo estrictamente jurídico, como la economía o la política ya que la protección y garantía efectiva de los derechos no se agota en el derecho mismo.” (Jiménez, 2013, p.120)

Así, en lo concerniente al estudio de la judicialización de las políticas públicas, no se limita a la acción gubernamental, ya que el Derecho provee las herramientas para abrir la frontera de la estipulación formal, y en su lugar, dar espacio a un sistema normativo dinámico. Es así como el académico William Guillermo Jiménez Benítez en su artículo “Políticas Públicas, Normas Jurídicas y Papel de los Jueces” de 2015, propone varios aportes relevantes en dichos aspectos. Específicamente, y en relación al tema de estudio, el autor describe desde un enfoque del derecho

constitucional, el control judicial o gobierno de los jueces y su papel en la creación de las políticas públicas.

También, ofrece un concepto de política pública muy cercano a la aproximación teórica que se busca sustentar en el presente escrito, explicando la correlación e importancia que suponen para los derechos humanos. Manifiesta que, “Los derechos humanos se constituyen en el fundamento ético de la formulación y ejecución de políticas públicas” (2013, p. 116) A su vez, señala los cambios que conllevan el desarrollo de políticas públicas, es decir, la forma en que se adoptan las mismas, ya que suponen una configuración en el papel del juez, haciendo que estos pasen de ser “veto players” a ser verdaderos “policy makers”.

Por consiguiente, la trascendencia narrativa del rol político de los operadores judiciales recae en el interés de asumir la protección de los derechos fundamentales como marco jurídico institucional para la creación y ejecución de políticas públicas. En una misma línea argumentativa, el constitucionalista Manuel Quinche-Ramírez presenta en el 2010 su artículo denominado “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos”. Dicho artículo supone una base teórica estructural en la materia debido a que, en el escrito, el autor desarrolla los tres elementos esenciales: el papel del juez, las políticas públicas y los derechos humanos.

En ese sentido, su tesis central reafirma lo antes señalado, pues describe el control judicial constitucional como una herramienta útil para exigir que las políticas públicas cumplan con los compromisos y parámetros que imponen los derechos humanos. Así lo describe, al señalar que “(...) frente a la inobservancia de los derechos humanos en la formulación, implementación y evaluación de políticas públicas el papel de la justicia constitucional cobra especial valor con miras

a dar eficacia a esas obligaciones, tal como la práctica lo demuestra.” (Quinche-Ramírez, 2010, p. 116)

Asimismo, otros aspectos a tener en cuenta dentro de este estudio los constata el autor Juan Carlos Henao Pérez en el artículo investigativo “El juez constitucional: un actor de las políticas públicas” de 2013. En su escrito describe la fuerte influencia de las Altas Cortes, en específico la Corte Constitucional, en la creación y desarrollo de las políticas públicas del país. Enuncia así, el carácter exclusivo al que tienden el Legislativo y Ejecutivo respecto a la formulación de políticas públicas. No obstante, suele ser a través de la rama jurisdiccional, específicamente el papel de las Altas Cortes, que se logra impulsar y materializar dichas políticas.

Es así como, mediante un análisis interpretativo, presenta argumentos en los que describe qué se entiende por políticas públicas, definiéndolas como programas de acción adoptadas por el Estado. Citando al politólogo André Roth, el autor hace mención a cuatro características intrínsecas al concepto de política pública: “(i) intervención de una institución pública; (ii) percepción de una situación problemática o socialmente relevante; (iii) definición de objetivos concretos para solucionarla o hacerla manejable, y (iv) un proceso de implementación y evaluación, que se debe hacer en todas las etapas.” (2013, p. 69) Por otro lado, la CIDH en su Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos de 2009 describe la figura de política pública como “lineamientos o cursos de acción que definen las autoridades de los Estados para alcanzar un objetivo determinado, y que contribuyen a crear o transformar las condiciones en que se desarrollan las actividades de los individuos o grupos que integran la sociedad.” (CIDH, 2018, p. 45)

De esta manera, la importancia tras el concepto de política pública se encuentra ligada a la trascendencia social que lleva implícita en su creación. Es por ello que, un desarrollo inadecuado o inexistente de la misma supone la prolongación de una situación problemática para la comunidad.

Si bien este grupo de acciones, desde una esfera estrictamente jurídica, planteadas inicialmente como un elemento a ser elaborado por la administración pública, es también deber del juez como funcionario público y garante de las disposiciones constitucionales, evitar que éstas afectaciones persistan. Así pues, la labor del juez ratifica que las medidas que se quieran implementar como políticas públicas, sean las adecuadas al ser eficaces, factibles y gocen del carácter de constitucional.

“Si no existen tales acciones o programas, seguramente terminarán siendo «diseñados por el propio juez». Es posible discutir cuál debe ser el alcance de estas acciones o programas. Al margen de ello, el punto central es que es posible entender que, ante la dimensión prestacional de los derechos, el juez termina por ir más allá del narrow case e imponer actuaciones a otros poderes, pues no existe otra manera de restablecer el goce del derecho.” (López, 2018, p. 188)

Ahora bien, la jurisprudencia también se encarga de abarcar estas nociones a través de la Corte Constitucional, según la cual en materia de políticas públicas los jueces constitucionales cumplen dicha función bajo dos pilares: el primero de ellos se materializa cuando hay una declaración de un estado de cosas inconstitucional, y el segundo pilar refiere a cuando se encuentra que, a través de las políticas públicas, se puede obtener un correcto ejercicio de los derechos de la población. (Cano, 2014) No se trata de un escenario dicotómico, en tanto que ambos postulados pueden concurrir en un mismo contexto.

En conclusión, este enfoque cobra especial relevancia, expone la Corte, cuando se trata de grupos históricamente discriminados y de poblaciones vulnerables, ya que gozan de especial protección constitucional. Por tanto, la jurisprudencia, basada en el inciso segundo del artículo 13 constitucional, busca proteger la faceta programática de los derechos que les cobijan. En otras

palabras, es deber del operador jurisdiccional garantizar la igualdad real y efectiva de derechos, aunque la misma suponga adoptar medidas en favor de dichas poblaciones. Así también, las políticas públicas que responden a un enfoque de derechos humanos no son exclusivas de la gestión administrativa, pues como lo señala la CIDH:

“(..) es el conjunto de decisiones y acciones que el Estado diseña, implementa, monitorea y evalúa -a partir de un proceso permanente de inclusión, deliberación y participación social efectiva- con el objetivo de proteger, promover, respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas, grupos y colectividades que conforman la sociedad, bajo los principios de igualdad y no discriminación, universalidad, acceso a la justicia, rendición de cuentas, transparencia, transversalidad, e intersectorialidad.” (CIDH, 2018, p. 46)

1.3 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS GARANTÍAS

Ahora bien, una vez descrita la imperante, y casi inevitable, importancia de la intervención del juez en las políticas públicas, es pertinente señalar los postulados teóricos que sustentan dicho raciocinio, y se materializan en los derechos humanos. En lo concerniente a los derechos fundamentales el jurista italiano Ferrajoli identifica unos aspectos críticos que deben cumplirse en orden para que se configuren como tal. Señala, además, características intrínsecas de los derechos fundamentales, definiéndolos como aquellos derechos subjetivos universales y propios al ser humano, lo que implica su carácter inalienable e imprescriptible. (Contreras, 2012) Describe, a su vez, lo que se conoce como derechos subjetivos, los cuales corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados con la condición de ciudadanos o personas, y los consagra como expectativas positivas o expectativas negativas.

No obstante, dichas expectativas deben ser reconocidas formalmente a través del ordenamiento normativo, de forma tal que gocen de una garantía de protección vigente sancionada por el Estado. Se trata entonces de una definición enunciativa por parte del autor, pues reconoce que en ella no comprende el entendimiento que le proporciona el ordenamiento jurídico interno de cada país a la materia. Así, la definición descrita por Ferrajoli dispone que,

“Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.” (Ferrajoli, 2001, p.19)

De igual forma, el autor clasifica en dos tipos los de derechos fundamentales: el primero de ellos, los derechos de libertad, también conocidos como disposiciones de hacer o no hacer, y el segundo tipo refiere a los derechos sociales, que comprenden el nacimiento de obligaciones. Las estipulaciones de hacer o no hacer están relacionadas con el comportamiento propio, mientras que los derechos sociales responden a las expectativas en el comportamiento ajeno. En una misma línea teórica la Corte Constitucional, en fallos de revisión de sentencias de acción de tutela, establece las dos facetas de los derechos fundamentales: una primera donde surge la protección al derecho en razón a la transgresión de un tercero, y la segunda está determinada por la creación de mecanismos idóneos de protección que permitan el goce efectivo de los derechos. (Cano, 2014)

En ese sentido, es a través de las garantías que se producen las expectativas de derechos antes mencionas, y que, consecuentemente, están vinculadas a los derechos fundamentales. En razón a ello, la normativa debe estar guiada a la regularización e implementación de métodos de protección para ambos supuestos, debido a que la ausencia de garantías genera inequívocamente la inobservancia de derechos. (Ferrajoli, 2001) Así, se evidencia un cambio en la premisa impuesta por el positivismo clásico, bajo el cual la crítica a la validez de una norma jurídica se basaba exclusivamente en la mera evaluación formal de la misma. Ahora, bajo los lineamientos teóricos del realismo jurídico, hay una comprensión del porqué dicho parámetro evaluativo no es suficiente, pues omite el principal objeto del Derecho, que las decisiones institucionales sean ajustadas a la realidad social.

Ahora bien, aunque la narrativa bajo la cual se predica la existencia de los derechos fundamentales no se trata de una universalidad absoluta, sí tienen una naturaleza supranacional. Ello implica que, al existir un sistema de garantías consolidado por el paradigma del Estado de Derecho, y al tener como base de refuerzo que se trata de las expectativas de toda la población, se convierte la igualdad jurídica en un parámetro de exigibilidad. En consecuencia, es más que verosímil la relación que se crea entre los derechos y sus garantías, y es a partir de ahí que Ferrajoli propone dos conceptos complementarios entre sí: las garantías primarias y las garantías secundarias. De forma que, define ambos términos como “las “garantías primarias” para designar la suma de las garantías positivas y de aquellas negativas, y de “garantías secundarias” para designar las garantías de justiciabilidad, las cuales intervienen en caso de violaciones de la expectativa normativa y de sus garantías primarias.” (Ferrajoli, 2006, p. 25)

Así pues, desarrolla estos conceptos a partir de unas premisas: las garantías primarias son relativas a las obligaciones o prohibiciones, impuestas por el legislador. Estas garantías consisten en dos

clases de garantías constitucionales, las garantías positivas y las garantías negativas. Las primeras tratan de la obligación de actuar según lo que en ellas se disponga, mientras que las garantías negativas conllevan la prohibición de derogar. Por otro lado, se encuentran aquellas que el autor denomina como garantías secundarias, a partir de las cuales se crea la obligación de reparar o de sancionar vía judicial cualquier afectación a las garantías primarias. (Ferrajoli, 2006) Ahora, en lo concerniente al control judicial, el autor describe dos tipos, el control difuso y el control concentrado. En estos dos modelos de control judicial se ve reflejado lo señalado con anterioridad por los realistas, dado que asiste a las disposiciones constitucionales, así como impide que valoraciones normativas carentes de legitimidad prosperen.

Algunos autores⁹ referentes en la materia sostienen que todo ordenamiento jurídico debe reconocer este tipo de garantías secundarias que posibilitan el actuar jurisdiccional, pues de lo contrario se estaría frente a un derecho sin garantías. A nivel institucional, estas garantías jurisdiccionales varían en su aplicabilidad, pues el órgano competente en conocer de cada área y del tipo de medida usada para tutelar un derecho cambia según la estructura institucional de cada ordenamiento. Sin embargo, el carácter de juez constitucional es una constante que le permite intervenir como garante y protector de los derechos fundamentales.

“En el lenguaje jurídico, un derecho es justiciable, o se considera un derecho subjetivo, precisamente cuando su titular o sus titulares pueden invocarlos ante un tribunal con el objeto de que se adopten medidas de control, de reparación o de sanción que tutelen su ejercicio.” (Wilhelmi, M. A., & Pisarello, G., 2008, p.19)

⁹ Entre las opiniones de dichos autores se encuentran descritos, y encabezados, por Wilhelmi, M. A., & Pisarello, G. (2008). Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas. Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios, 139-162.

En definitiva, es evidente la necesaria correlación entre políticas públicas y derechos humanos, siendo la primera una forma de materializar la segunda. Así también, se deja en claro la incidencia de los jueces y las juezas, a su vez rectificando que los derechos humanos no son únicamente una materia de interés en el rol judicial, también son un asunto que debe ser activamente objeto de protección en el ejercicio de la actividad judicial, en tanto que esta supone, para muchos casos, la única fuente que garantiza su correcta aplicación. Así también, el control judicial que ejerce la Corte Constitucional a las políticas públicas, en especial aquellas que regulan materias relativas a derechos humanos. Ambas dinámicas suponen la implementación de enfoques diferenciales que respondan a la inclusión y representación de todos los colectivos y poblaciones pertenecientes a una comunidad tan diversa como la colombiana.

CAPÍTULO II. APROXIMACIÓN TEÓRICA DE LA POLÍTICA PÚBLICA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO FEMINISTA EN MATERIA CARCELARIA

La historia de nuestra región se ha sido marcada por las profundas desigualdades en ámbitos socio-económicos y culturales, constituyendo un marco de la violencia estructural que permea en la sociedad y afecta, en especial, a aquellas poblaciones con un mayor grado de vulnerabilidad. Un ejemplo de ello se ve reflejado en la realidad penitenciaria en lo referente a la vida de los reclusos, un asunto polémico y angustiante presente en la gran mayoría de países iberoamericanos, y un escenario para nada ajeno en Colombia. Estas difíciles condiciones de vida que enfrentan las personas privadas de la libertad en las cárceles sólo se incrementan cuando se añade un factor condicionante en la vida en sociedad: el género.

Las múltiples problemáticas y situaciones de vulnerabilidad que atraviesan las mujeres privadas de la libertad han sido objeto de normatividad y resoluciones internacionales acatadas por Colombia. Sin embargo, la efectividad real de las mismas puede variar significativamente en su implementación, convirtiéndolo en un contexto de profunda falencia institucional. A continuación, este capítulo pretende dar desarrollo a las evidencias encontradas sobre la realidad jurídica y social de las mujeres en los centros de reclusión de Colombia, desde un enfoque documental. Así, finalmente, evidenciar cómo las mujeres al estar particularmente expuestas a contextos que aumentan exponencialmente su vulnerabilidad dentro del ámbito carcelario y penitenciario, es imprescindible una inmediata implementación con enfoque de género desde la teoría feminista a las políticas públicas que permita la correcta inclusión y visibilización de las necesidades específicas de esta población en un contexto predominantemente masculino.

2.1 ESTUDIO DE LA SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL DE LAS MUJERES RECLUSAS EN EL PAÍS

Un acercamiento eficiente a la realidad jurídico-social implica necesariamente el estudio de la normatividad nacional e internacional, así como los informes estadísticos y el análisis de estudios previos que consagren la cotidianidad de esta población. Es aquí donde se refleja el avance y el grado de relevancia que tienen el Estado para con esta población, y más específicamente, se evidencia la correcta implementación de las mismas en políticas concretas y medidas efectivas.

Así, en lo que concierne al ámbito internacional, es pertinente dar inicio con la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1981 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

(‘Convención de Belém do Pará’) de 1994. Ambas ratificadas por el Estado colombiano, impulsan cambios significativos en favor a la igualdad de género, estableciéndose como pioneras en constituir el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia. Proponen un fortalecimiento a los planes nacionales, protocolos y servicios de atención con el objetivo de erradicar y prevenir la violencia contra las mujeres.

Mientras que, la reglamentación expedida entorno a la población carcelaria se centra en la configuración oportuna de las entidades de cada país en fortalecer el respeto por los derechos humanos de los mismos. En ese sentido, uno de los principales marcos normativos en el área de estudio son las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas en un primer acercamiento en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en el año 1955, y aprobadas por la Asamblea General el 17 de diciembre de 2015. Las RM constituyen unos estándares mínimos reconocidos a nivel mundial para el desarrollo de normatividad en cuanto a la gestión de los centros penitenciarios y el tratamiento de las personas privadas de la libertad.

Son también conocidas como las “Reglas Nelson Mandela” en homenaje al difunto presidente de Sudáfrica, quien pasó 7 años en la cárcel en razón de su lucha por la defensa de los derechos humanos. Con ello se busca promover condiciones de encarcelamiento justas y dignas, así como crear sensibilización entre la comunidad y una mayor humanización de la situación de las personas privadas de la libertad. Aunque estas 122 recomendaciones no constituyen un mandato directo para los Estados miembros, son observaciones que se han ido adoptando paulatinamente en la legislación interna que refiere a esta materia.

En un mismo sentido se encuentran los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas adoptada por la Comisión Interamericana de

Derechos Humanos en marzo de 2008 en su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos insta a los miembros de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos a comprometerse a respetar y garantizar los derechos de todas las personas privadas de libertad que se encuentren sometidas a su jurisdicción. Sin embargo, al igual que en el caso de las RM, no se desarrolla un apartado que se centre en el enfoque de género, ni expone la necesidad de un tratamiento diferenciado por razones de género. Aun así, a lo largo de la relatoría hay un acercamiento a la materia bajo diferentes enfoques, tales como la prohibición de discriminación y la importancia en el personal empleado para con la interacción con cada población según el género. (OEA, 2022)

En contraste, la estrategia 2015-2017 presentada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito denominada “Abordando la crisis penitenciaria a nivel mundial” señala como uno de los factores presentes en la crisis de las malas condiciones de reclusión corresponden a la falta de atención a las necesidades específicas de las mujeres infractoras y privadas de la libertad. Uno de sus enfoques principales, en cuanto al diseño e implementación de programas de reformas penales, señala la imperiosa necesidad de respuestas específicas por parte de la justicia penal para las mujeres. Ello, en orden de promover políticas y programas que contribuyan a reducir el encarcelamiento de mujeres, eliminar políticas criminales discriminatorias y mejorar las condiciones de vida de esta población. (UNODC, 2015)

En ese sentido, es pertinente hacer mención a las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, también conocidas como Reglas de Bangkok, de marzo de 2011. El documento consta de 70 reglas en donde se reconoce la necesidad de establecer unos estándares respecto a las consideraciones específicas que deberían aplicarse a las mujeres reclusas. (UNODC, 2011) Estas reglas no sólo buscan

complementar antiguas resoluciones sobre la materia, tales como las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, también propone una perspectiva relativamente novedosa frente a las mujeres en situación de privación de libertad y las condiciones de vulnerabilidad que atraviesan.

En consecuencia, las Reglas de Bangkok expande sus propuestas a los diversos ámbitos y condiciones particulares de la vida de las mujeres en el contexto carcelario. Infiere sobre el reconocimiento de factores relacionados con el ingreso, clasificación, cuidados de salud física y mental, maternidad en las prisiones, entre otros. Instan, además, a los Estados a integrar a su legislación, programas y políticas penitenciarias, un tratamiento diferencial que responda a las necesidades y condiciones relativas al género, específicamente ante los escenarios discriminatorios que se continúan perpetuando al interior de los establecimientos penitenciarios. Al ser un instrumento jurídico no vinculante, la inclusión de estas reglas a la normativa interna supone un reconocimiento a los derechos humanos de las mujeres reclusas por parte de los Estados.

Las Reglas de Bangkok cuentan a su vez con una perspectiva interseccional dentro de ese enfoque diferencial, abordando situaciones presentes no sólo frente a la condición de ser mujer, sino también respecto de otros criterios transversales. Así, ejemplo de ello, en cuanto a la situación de grupos minoritarios y mujeres indígenas se estipuló que:

“Regla 54. Las autoridades penitenciarias reconocerán que las reclusas de diversas tradiciones religiosas y culturales tienen distintas necesidades y pueden afrontar múltiples formas de discriminación que les impidan el acceso a programas y servicios que tengan en cuenta su género y cultura. Por ello, deberán prever programas y servicios amplios en que se atiendan esas necesidades, en consulta con las propias reclusas y con los grupos correspondientes.” (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito UNODC, 2010, p. 19)

“Regla 55. Se examinarán los servicios de atención anteriores y posteriores a la puesta en libertad, a fin de asegurar que resulten apropiados y accesibles para las reclusas indígenas y las pertenecientes a determinados grupos étnicos y raciales, en consulta con los grupos correspondientes.” (UNODC, 2010, p. 19)

Respecto de las mujeres reclusas embarazadas, lactantes o en periodo de postparto, las Reglas disponen que:

“Regla 48. 1. Las reclusas embarazadas o lactantes recibirán asesoramiento sobre su salud y dieta en el marco de un programa que elaborará y supervisará un profesional de la salud. Se suministrará gratuitamente a las embarazadas, los bebés, los niños y las madres lactantes alimentación suficiente y puntual, en un entorno sano en que exista la posibilidad de realizar ejercicios físicos habituales.” (UNODC, 2010, p. 18)

Se observa entonces un avance importante en el ámbito internacional en materia de los derechos de las mujeres privadas de la libertad. No obstante, es preciso señalar la falta de profundización en materias relativas a la comunidad con orientación sexual e identidad de género diversa, a las mujeres cabeza de hogar con hijos menores de edad, mujeres provenientes de comunidades indígenas y mujeres de la tercera edad. Aunque la deuda con las mujeres permanece, especialmente hacia las comunidades antes señaladas, estas herramientas internacionales implican un logro importante frente a la garantía de los derechos humanos por parte de países como Colombia. Configurando además un cumplimiento al desarrollo progresivo estipulado el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmado y ratificado por Colombia a través de la Ley 16 de 1972.

En atención al desarrollo dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la historia del sistema penitenciario se traslada a 1914 con la Ley 35, bajo la cual se crea la Dirección General de Prisiones. No es hasta 1934 con la creación del primer código penitenciario colombiano que se dictan parámetros para la garantía de los derechos de los internos respecto de sus condiciones de vida en los establecimientos penitenciarios. Mientras que, en 1992 mediante el Decreto No. 2160 se crea el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, es mediante la Ley 65 de 1993 que se regula el sistema penitenciario y carcelario, estableciendo los parámetros y el tratamiento penitenciario a seguir. (Instituto Nacional Penitenciario y carcelario, INPEC, 2014)

En la actualidad, la Ley 65 ha sido modificada por Ley 1709 de 2014, la cual tuvo por objeto reformar y actualizar el modelo de tratamiento penitenciario del país, por uno guiado a preservar el Estado social de derecho brindando garantías a la población reclusa para su correcta resocialización. De esta manera, se implementan postulados orientados a dar respuesta a temas relativos con las paupérrimas condiciones en las que se encuentran, como el hacinamiento y otras situaciones deshumanizantes. También, hay un acercamiento a materias novedosas como la implementación del principio de enfoque diferencial en el artículo 3A, vinculado al principio de igualdad con la finalidad de brindar una discusión situada al incluir y reconocer la existencia de población con características particulares, y que en razón de ella requieren una consideración especial.

Asimismo, se incluyen prerrogativas normativas respecto de las mujeres privadas de la libertad en establecimientos carcelarios. En el artículo 26 *ibídem* desarrolla de manera muy genérica los lineamientos establecidos para las mujeres en estado de embarazo, mujeres lactantes y mujeres que conviven con sus niños o niñas en el establecimiento de reclusión. Así, dicta que:

“ARTÍCULO 26. Las cárceles de mujeres son los establecimientos destinados para la detención preventiva de las mujeres procesadas.

Su construcción se hará conforme a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 65 de 1993.

Las penitenciarías de mujeres son los establecimientos destinados para el cumplimiento de la pena impuesta a mujeres condenadas.

Estos establecimientos deberán contar con una infraestructura que garantice a las mujeres gestantes, sindicadas o condenadas, un adecuado desarrollo del embarazo.

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.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en coordinación con la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) establecerán las condiciones que deben cumplir los establecimientos de reclusión de mujeres con el fin de resguardar los derechos de los niños y las niñas que conviven con sus madres.

El ICBF visitará por lo menos una vez al mes estos establecimientos con el fin de constatar el cumplimiento de las condiciones de atención de los niños y niñas que conviven con sus madres de acuerdo con los lineamientos establecidos para tal fin, y realizará las recomendaciones a que haya lugar.” (Congreso de Colombia, ley 1709, art. 26)

A partir de este artículo se puede evidenciar la ausencia de un instrumento jurídico de protección que se acomode a la realidad social de las mujeres reclusas, en especial de aquellas que atraviesan la maternidad en cualquier de sus etapas, pues ante la ausencia de otra normativa que reglamente este mandato su resultado es ineficaz en la realidad social. No hay un acompañamiento acorde a las necesidades que atraviesa la madre, ni el desarrollo de un servicio de apoyo legítimo que cuente

con la cobertura básica de servicios que va a necesitar la madre junto con el niño o niña para su correcto desarrollo y recuperación.

Una aproximación como herramienta jurídica frente a las falencias institucionales antes descritas llegó con el Decreto 2553 de 2014. Esta normativa tiene como finalidad regular ampliamente la condición de la maternidad dentro de un establecimiento penitenciario, al tratarse dos sujetos de especial protección constitucional. De esta forma, describe los parámetros que deben seguir los funcionarios y las instituciones pertinentes en lo que respecta a la permanencia de los niños y niñas menores de tres años que conviven con sus madres, de las mujeres gestantes y madres lactantes privadas de la libertad en establecimientos de reclusión. Así también, reglamenta criterios relativos a la atención integral, la educación y la adecuación de espacios, con el objetivo de garantizar los derechos de niños y niñas que convivan con sus madres al interior de estos centros.

Pues bien, es prudente reconocer el efecto de los instrumentos jurídicos antes mencionados en las medidas establecidas en el Decreto, además del Estado de Cosas Inconstitucional declarado por la Corte Constitucional en 2013.¹⁰ En resumen, el acondicionamiento de entornos favorables o adaptación de espacios, los servicios sanitarios y alimentarios apropiados, y en general la implementación de medidas que dignifiquen a la mujer como madre a la vez que tengan como pilar fundamental el interés superior del menor. Por tanto, se instruye al Instituto de Bienestar Familiar (ICBF) como entidad encargada de actuar en coordinación con el INPEC, siendo garantes del cumplimiento efectivo del desarrollo de las medidas y los programas establecidos por la norma, incluyendo el acceso a la educación inicial.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa. Se reafirma y actualiza el ECI declarado por la Corte Constitucional en el año 1998.

En la actualidad, a partir del Convenio 002/21 entre el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar existe una coadyuva entre estas dos entidades para actuar en armonía en favor de los niños y niñas menores de tres años de edad que conviven con sus madres al interior de los establecimientos de reclusión. Mediante su coordinación de acciones y esfuerzos se busca garantizar la atención integral para un completo desarrollo de la primera infancia. En concordancia, según un informe presentado por el INPEC en 2022¹¹, el país cuenta en la actualidad con diez centros penitenciarios en donde se presta el servicio de educación inicial: CPAMSMBOG Bogotá, CPMSMPY Popayán, CPMSMBUC Bucaramanga, RMPEI Pereira, RMMAN Manizales y RMARM Armenia, y pabellones para mujeres en COPED, COJAM, COCUC y COIBA.¹²

Ahora, en lo concerniente a aspectos relativos con el enfoque diferencial en el sistema carcelario y penitenciario, es menester hacer mención a la Resolución 6349 de 2016. Siendo este uno de los criterios de clasificación usado con los pueblos indígenas, comunidades palanqueras, afrocolombianas y raizales, así también en aras de proteger la integridad de personas LGTBI. No obstante, reafirma que no se debe emplear como una causal o excusa para crear espacios que segreguen a estas poblaciones. En cuanto al asunto del acceso a la salud, la Resolución 5159 de 2015 establece un modelo de atención en salud para la población privada de la libertad, en el cual se incluye la planeación de la atención según riesgos con enfoque diferencial.

¹¹ Estadísticas recuperadas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. (2022). Informe estadístico No. 12 <https://www.inpec.gov.co/web/guest/estadistica/estadisticas>

¹² CPAMSMBOG: Cárcel y Penitenciaría con Alta y Media Seguridad Para Mujeres de Bogotá, CPMSMPY: Cárcel y Penitenciaría de Media Seguridad para Mujeres de Popayán, CPMSMBUC: Cárcel y Penitenciaría de Media Seguridad para Mujeres de Bucaramanga, COPED: Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta y Media Seguridad de Medellín PEDREGAL, COJAM: Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta y Media Seguridad de Jamundí, COCUC: Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Cúcuta, COIBA: Complejo Carcelario y Penitenciario de Ibagué.

Actualmente, en marzo del presente año el presidente Gustavo Petro sancionó el proyecto de ley 093 de 2019, a través del cual se busca otorgar medidas más humanísticas aplicando sanciones especiales a las mujeres cabeza de familia, con sentencias por delitos como microtráfico o hurto, y que se encuentren en condición de marginalidad económica. El objetivo de esta ley es sustituir las condenas en curso y en su lugar priorizar el servicio comunitario, reduciendo así el encarcelamiento y sus negativas consecuencias en los núcleos familiares. De esta forma, se ofrece una utilidad al público mientras se restaura el tejido social y se evita el quebranto de muchas familias, impidiendo además la continuidad en el ciclo de violencia. Explicó el Ministerio de Justicia que esta ley debe ser reglamentada en los siguientes seis meses.

Finalmente, uno de los aciertos administrativos más recientes en la materia se ve reflejado en el Plan Nacional de Política Criminal para el periodo de 2021-2025, en donde se establecen dos parámetros importantes para el desarrollo de la política carcelaria, y que además son consecuentes con la premisa que maneja el presente trabajo investigativo. Por un lado, el enfoque restaurativo en cuando a la reconstrucción del tejido social a través de los lineamientos que establece la justicia restaurativa, brindando una especial atención a las víctimas y al proceso de reintegración social. Por otra parte, la implementación del enfoque diferencial como una manera de reivindicación social hacia distintas poblaciones con necesidades y condiciones especiales. Dentro de dicho planteamiento se incluye el enfoque de género e identidades diversas, enfoque étnico, enfoque de diversidad sexual y enfoque de discapacidad, sin embargo, no hay un despliegue conceptual sobre lo que cada uno de dichos criterios comprende ni la manera en que se materializaran de forma concreta en el plan de acción. (Consejo Superior de Política Criminal, 2021)

Aunque la implementación de estos nuevos preceptos jurídicos supone un avance significativo a nivel local, en armonía con la normativa internacional, la realidad es que los retos a los que se

enfrentan las mujeres privadas de la libertad son numerosos y su regulación continúa siendo insuficiente. Las mujeres reclusas dentro de su esfera privada presentan criterios diferenciales que suelen determinar necesidades específicas ante un mayor o menor estado de vulnerabilidad. Son factores que obedecen a un previo constructo social y que las hace más propensas a sufrir violaciones sistemáticas a sus derechos humanos, principalmente en un contexto carcelario. De aquí que es indispensable que las autoridades atiendan a dichos criterios diferenciales, entendidos como colectivos específicos: mujeres indígenas, mujeres raizales, mujeres rurales, mujeres LGTBI, mujeres embarazadas, en periodo de lactancia y/o postparto, mujeres mayores, mujeres cabeza de hogar, entre otros.

2.2 EL ENFOQUE DE GÉNERO EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS CARCELARIAS DEL PAÍS

Al momento de analizar la situación carcelaria y penitenciaria actual es necesario recordar que dicho estudio está permeado por la importancia que supone el respeto y humanización de los reclusos para perseguir el cumplimiento de los fines de la pena, específicamente, la resocialización. La construcción de paz y de entornos no violentos exige necesariamente el reconocimiento del otro como sujeto de derechos, con cada particularidad que ello implique. De ahí que, se puede observar como el proceso de reinserción social actualmente presenta unas claras falencias que pueden ser atribuidas a una inadecuada e insuficiente garantía de los derechos humanos de grupos poblacionales según el enfoque diferencial en el contexto carcelario y penitenciario, es decir, para con los grupos étnicos, sectores sociales y sectores etarios. En ese sentido, un enfoque transversal

que a su vez incluye a estos colectivos en su narrativa epistemológica refiere al enfoque de género, particularmente al paradigma feminista.

A pesar de que el enfoque de género no es dicotómico ni exclusivo hacia el género femenino, el presente escrito puntualiza en los desafíos y necesidades de las mujeres reclusas desde una aproximación feminista a una problemática contemporánea que tiene origen en una sociedad androcéntrica. Ahora bien, ello se sustenta en que, en la actualidad, la situación demográfica penitenciaria y carcelaria de las mujeres privadas de la libertad en Colombia constituye un 10% en relación al total de población privada de la libertad a cargo del INPEC. Según un informe presentado por el INPEC en diciembre de 2022, la población reclusa de mujeres intramural fue de 6.503, cifra que decreció a comparación de los años inmediatamente anteriores.¹³ No obstante, los índices de hacinamiento continúan siendo bastante altos, constituyendo un porcentaje del 7,12% excediendo la capacidad total nacional en 443 cupos. (INPEC, junio, 2023)

Estas categorías sociodemográficas son relevantes para identificar la participación de la mujer en el contexto penitenciario y así demostrar su incidencia en la formulación de la política criminal en el país. De esta forma, el estudio presentado por Norza et al. (2012) en donde describe la criminalidad femenina en Colombia, señalando que el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y hurto a entidades comerciales y de vehículos, son los tipos penales cometidos con mayor asiduidad por las mujeres. Mientras que, en relación a la edad de las mujeres infractoras al momento de su captura judicial, se estima un promedio de 31 años de edad, siendo un 57% de la población intramural femenina entre los rangos de los 21 y los 35 años. Ahora, el estudio expone una relativa constante como un “factor de riesgo” en lo referente a la falta de recursos económicos.

¹³ Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. (2022). Informe estadístico No. 12 <https://www.inpec.gov.co/web/guest/estadistica/estadisticas>

Ello, bajo el entendido de que “cerca del 70% de esta población vivía, antes de entrar a las reclusiones, en los estratos socioeconómicos 1 y 2” (Norza et al., 2012, p. 346)

En concordancia, en lo referente a la población intramural con enfoque diferencial, es decir, los grupos poblacionales identificados como minorías se desagrega en una cifra equivalente a 88,3% (12.257) hombres y 11,7% (1.620) mujeres (INPEC, 2022). Resulta pertinente recordar que una persona privada de la libertad puede pertenecer a uno o más grupos diferenciales, para fines prácticos los criterios empleados por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, con mayor especificación, son las siguientes:

PPL intramural con enfoque diferencial, regional

Enfoque Diferencial		Central	Occidental	Norte	Oriente	Noroeste	Viejo Caldas	Total	Participación
ÉTNICO	Indígena	379	407	120	34	63	123	1.126	8,1%
	Afrocolombiano	1.034	1.748	116	191	567	280	3.936	28,4%
	Negro	6	39	0	0	0	1	46	0,3%
	Palenquero	0	2	0	0	0	0	2	0,0%
	Raizal	13	7	31	2	7	4	64	0,5%
	Rom o Gitano	7	3	1	1	0	1	13	0,1%
	Madre Gestante	13	7	0	7	10	4	41	0,3%
CICLO DE VIDA	Madre Lactante	1	1	0	1	0	0	3	0,0%
	Adulto Mayor	846	469	259	442	442	438	2.896	20,9%
DISCAPACIDAD		346	344	85	168	127	137	1.207	8,7%
LGBTIQ+		557	400	92	238	477	332	2.096	15,1%
EXTRANJEROS		1.077	319	140	725	109	77	2.447	17,6%
TOTAL		4.279	3.746	844	1.809	1.802	1.397	13.877	100,0%
PARTICIPACIÓN		30,8%	27,0%	6,1%	13,0%	13,0%	10,1%	100,0%	

Fuente: DIRAT – diciembre 2022.

Fuente: imagen tomada de: *Informe estadístico No. 12* (p. 37) por INPEC, 2022.

En atención a lo antes señalado, se observan elementos fundamentales en la caracterización de las mujeres reclusas, de lo cual se pueden deducir las dinámicas de participación y los factores que influyen en su actuar delictivo. A través de esta breve pero concreta categorización se logra también esbozar el amplio escenario que debe consagrar la política criminal y carcelaria al momento de proponer sanciones e instaurar medidas. De ahí que, se evidencia como la participación de las mujeres en actos delictivos tiene mayor incidencia en tipos penales relativos al microtráfico o hurto,

dicho de otra manera, actos delictivos que representan algún tipo de lucro. Lo cual, a su vez, teniendo como precedente las estadísticas frente a la condición mayoritaria de marginalidad económica de las mujeres condenadas, puede intuirse que es un factor importante, e incluso, resultado del mismo. Con ello no se infiere que su estrato socioeconómico las convierta automáticamente en potenciales infractoras, por el contrario, la información proporcionada es un indicador de la precariedad estatal en garantizar a la salud, educación y otros derechos fundamentales que coarten la brecha de desigualdad, por ende, el ciclo de violencia.

Adicional a esto, de los datos aportados se desprenden algunas implicaciones correlacionadas respecto al promedio de edad de las mujeres infractoras al ser condenadas. Como se observa, hay una generalidad de mujeres reclusas en edad de trabajar, según lo determinan las tendencias del mercado laboral en Colombia.¹⁴ Ello sugiere que son mujeres relativamente jóvenes las que deciden desde muy temprana edad, y ante un panorama desalentador, seguir una carrera delictiva. Al tratarse de una población con altos porcentajes de insuficiencia de ingresos, con falta de oportunidades para encontrar un trabajo digno estable y que, según estadísticas, la vasta mayoría son madres cabeza de hogar 84% (Norza et al., 2012, p. 346) es indudable que serán más propensas a perseguir actividades ilegales.

Como se mencionó antes, las necesidades económicas no son una causal exclusiva o directa del involucramiento en actos delictivos, sin embargo, la violencia estructural ejercida sobre las mujeres en condición de marginalidad económica supone un factor condicional que se debe tener presente al momento de abordar las medidas resocializadoras y las sanciones punitivas. De ahí que, es prudente otorgar principal relevancia al trabajo comunitario como medida sustitutiva de la prisión,

¹⁴ Datos evidenciados en el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (2023). *Mercado laboral según sexo*. Boletín técnico.

así como propender por el ejercicio de actividades resocializadoras que no continúen con la imposición tradicional de los roles de género como mujer en la sociedad. Mediante esta nueva perspectiva garantista no sólo se realiza una sanción por la conducta ilegal cometida, también abre la oportunidad de reintegración social sin apartarlas de su núcleo familiar, protegiéndolo así del posible continuo daño generacional al no profundizar la desvinculación afectiva ni desamparar económicamente a los miembros que de ella dependen.

De los datos anteriores se derivan, a su vez, una serie de problemáticas visibles de forma manifiesta. En primer lugar, un hacinamiento intensificado ante el exceso de población carcelaria en relación a una infraestructura insuficiente, que no atiende además las necesidades de género. Los establecimientos de reclusión fueron creados para los hombres desde la perspectiva masculina, por lo cual obedece a exigencias exclusivamente androcéntricas. Como señala la consultora Marcela Briceño “El sistema penitenciario es concebido, organizado y administrado por un modelo masculino en el que las normas se dictan y la organización se estructura, en los múltiples aspectos que constituyen la vida en prisión, a partir de las necesidades de los hombres” (Briceño, 2006, p. 18)

La reducida participación de las mujeres, en comparación a la de los hombres, en el escenario penitenciario, suele usarse como un justificante para eludir sus necesidades específicas. Para el 2006, según cifras un 27.84% de las mujeres entonces recluidas se encontraban detenidas en pabellones femeninos acondicionados en centros penitenciarios de hombres (Briceno, 2006). Esta dimensión se materializa en la influencia del sesgo masculino respecto a la organización estructural y cultural que permean los espacios carcelarios femeninos, y que tiene como consecuencia la no visibilización de las mismas. Ello tiene como implicación grandes riesgos para la seguridad y una permanente vulneración a los derechos de las mujeres reclusas.

Como resultado ante la no priorización de las autoridades penitenciarias al asunto de género se puede acrecentar la problemática del hacinamiento, de la falencia en la correcta clasificación de las mujeres para compartir espacios, la imposibilidad de acceder a servicios sanitarios y a espacios para una correcta convivencia con los menores a su cargo. (Giraldo, 2020) De ahí la importancia de establecer en los programas de política carcelaria unas condiciones adecuadas de infraestructura y un tratamiento estructural ajustado a la perspectiva de género feminista, de lo contrario, se seguirá perpetuando un escenario de injusticia que impida una correcta resocialización de las mujeres.

En ese sentido, otro aspecto relevante frente a la caracterización de las mujeres reclusas que se debe considerar detenidamente está relacionado con el entorno violento al que han debido enfrentarse toda su vida. Las estadísticas establecen que al menos un 78% de las mujeres reclusas han sido víctimas de algún tipo de agresión física, sexual y/o emocional (Norza et al., 2012, p. 347) Así pues, las consecuencias psicológicas de dichos abusos deben tenerse en cuenta por parte de las autoridades al desarrollar una política criminal, dado que los efectos negativos pueden consagrarse como un factor importante en la incidencia delictiva por parte de las mujeres. Ahora, una intervención temprana por parte de las entidades correspondientes que actúen ante los escenarios de violencia, especialmente de violencia intrafamiliar, puede convertirse además en un reconocimiento de legitimidad y confianza hacia las instituciones, enmendando el panorama relacional que tienen hacia las figuras de autoridad estatal.

CAPÍTULO III. VALORACIÓN DE LA PRAXIS JURISPRUDENCIAL COLOMBIANA EN MATERIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS CARCELARIAS CON PERSPECTIVA DE GÉNERO FEMINISTA

El objetivo de este capítulo se desarrolla a partir de las aproximaciones teóricas presentadas en los anteriores capítulos, en donde se abordó el panorama actual de las políticas públicas carcelarias con perspectiva de género. Más específicamente, se buscó dar visibilidad a la imperiosa necesidad de acunar esta figura dentro de los planes de política carcelaria para garantizar la dignidad humana y los derechos humanos de la población femenina carcelaria. Ahora bien, aunque los avances normativos implementados paulatinamente son de gran importancia para superar la crisis carcelaria, en la realidad diaria de esta población permanecen muchas problemáticas originadas y perpetuadas por el abandono institucional. En ese sentido, el tercer capítulo de esta monografía ubica los pronunciamientos judiciales fundamentales en la materia presentados, de forma cronológica, por las Altas Cortes del país y principales autoridades judiciales de la región. Teniendo como base este acercamiento jurisprudencial, se evaluarán los hallazgos bajo los parámetros teóricos previamente señalados y, paralelamente, se presentarán observaciones críticas.

3.1 RESPUESTA DEL SISTEMA JUDICIAL A LA SITUACIÓN ACTUAL DE AUSENCIA EN POLÍTICAS PÚBLICAS CARCELARIAS CON ENFOQUE DE GÉNERO

Dentro de los varios ámbitos que suelen atravesar un gran porcentaje de las mujeres a lo largo de su vida es la maternidad, es por ello que uno de los primeros referentes sobre esta temática se remite al año 1993 con la Sentencia T-437. De forma concreta, esta sentencia de revisión de tutela estudia el caso de una mujer detenida preventivamente en el establecimiento carcelario de Valledupar, quien para el momento de la captura contaba con 5 meses de embarazo. La actora solicita la suspensión de la medida de aseguramiento conforme al artículo 407, del entonces Código de Procedimiento Penal, ante la eminente fecha cercana de parto. Aunque se le concedió la detención

hospitalaria, a través de una orden del Juez de Tutela, al no contar con los medios económicos pertinentes tuvo que atravesar todo este proceso recluida en la cárcel de Valledupar.

A pesar de que no hubo una impugnación al fallo de tutela, la Defensoría del Pueblo eleva la petición a la Corte Constitucional a miras de que esta sea revisada y exista un pronunciamiento sobre la materia, ante la nula disposición de otras entidades de regular al respecto. De ahí que, entre las consideraciones expuestas por el magistrado ponente se proclama un hito sobre los derechos de la mujer embarazada, parturienta y lactante, del que está por nacer y del neonato, creando un antecedente histórico al que todas las autoridades se deben acoger. Entre los pronunciamientos se expone que: “La mujer que se encuentra en los últimos meses del embarazo o primeros de lactancia, tiene el derecho constitucional y legal de recibir trato especial de las autoridades.” (Corte Constitucional, 1993)

Algunas de las características relevantes en el caso, pertinentes con el tema de investigación, se destacan dado que la actora responde al perfil señalado en el capítulo anterior, un perfil de revictimización y falta de oportunidades, pues es descrita como una mujer adulta joven, que vivía en condiciones de pobreza extrema. Así también, otras consideraciones notables señaladas en la sentencia de tutela indica que la detención hospitalaria al ser ordenada por una autoridad judicial estará a cargo del Estado. Asimismo, expone que todas las instituciones hospitalarias están en la obligación de brindar sus servicios y acoger a la mujer que se encuentre en detención hospitalaria.

Ahora bien, no es hasta el año 1998 que por medio de la Sentencia T-153 se declara el Estado de Cosas Inconstitucional (ECI). Esta figura jurídico-fáctica tiene como principal objetivo proteger los derechos fundamentales de una población o colectivo objeto de afectaciones repetitivas. Con su implementación, por parte del juez constitucional, se trae a colación diferentes situaciones que deben ser atendidas por las autoridades estatales, pues suponen un escenario de vulneración a los

derechos humanos. Para el caso en concreto, el magistrado ponente expone como premisas principales para declarar el ECI, la fallida labor de resocialización, la constante vulneración de los derechos del interno y las graves deficiencias institucionales.

En ese sentido, el juez constitucional buscó establecer si las condiciones en las que se encontraban los reclusos de los establecimientos carcelarios Nacionales Modelo, de Bogotá, y Bellavista, de Medellín, configuraban una vulneración a los derechos fundamentales de los internos. Dicho estudio se manifiesta a través de la revisión de numerosas acciones de tutela interpuestas sobre problemáticas referentes al exceso de hacinamiento, precariedad en las condiciones de salubridad, infraestructura deplorable en los pabellones de alojamiento, y demás conductas que atentan contra la dignidad humana. A su vez, se realizaron inspecciones judiciales para constatar la situación real del escenario carcelario en el país. Es así como se logra evidenciar las condiciones infrahumanas generalizadas que deben atravesar los internos, que vulneran sus derechos fundamentales e impiden una correcta resocialización.

En los fundamentos jurídicos de la sentencia, además, se establecen importantes intervenciones sobre el rol del juez ante casuísticas de índole público y de defensa de las garantías constitucionales. De esta forma, refiere a que “el juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos” (Corte Constitucional, 1998) Es decir, sustenta los acercamientos teóricos antes descritos frente al ejercicio judicial como principal protector de los derechos humanos al contemplar en sus facultades mecanismos de control, ejecución y diseño institucional. Ello otorga a la actividad judicial una mayor legitimidad como autoridad pública para brindar respuestas a problemáticas sociales persistentes en la realidad nacional y proteger los intereses colectivos.

Así también, esta sentencia trae a colación algunas causas explicativas frente al permanente desafío de hacinamiento carcelario en el país y sus consecuencias. Explica que se trata de una problemática que va más allá de un asunto de infraestructura, ya que hay elementos de fondo, como la ausencia de defensores públicos y de la función administrativa¹⁵, que profundiza y perpetúan la disfuncionalidad institucional. Son tres los preceptos que la jurisprudencia ratifica conforme los cuales debe realizarse el tratamiento penitenciario en función de garantizar los derechos fundamentales de la población carcelaria: reconocimiento de la dignidad humana (art. 3 C.P.P); derechos de la persona privada de la libertad (art. 408. C.P.P); respeto a la dignidad humana (art. 5 C. Pen. y Car.)

Ahora bien, aunque se trata de una sentencia hito entorno a las problemáticas carcelarias y todos los asuntos que ella refiere al declarar el ECI en materia carcelaria, no hay una inferencia o acercamiento en lo absoluto al tema de género o los desafíos que de ella derivan, a pesar de señalar que la población carcelaria femenina en ese momento correspondía a 2.649 mujeres. Sin embargo, en la Sentencia C-157 de 2002 se da un primer avance sobre los retos que se evidencian en el escenario carcelario femenino. El pronunciamiento jurisprudencial que se desarrolla en esta sentencia hace referencia a la permanencia de hijos menores de edad de las mujeres reclusas en establecimientos carcelarios. El demandante buscaba que se declarara inexecutable por inconstitucionalidad el artículo 153 de la Ley 65 de 1993 también conocido como el Código Penitenciario y Carcelario, bajo el cual se autoriza la permanencia de hijos menores de 3 años de las internas dentro de los centros penitenciarios.

¹⁵ La sentencia T-135 de 1998 explica la necesidad de intervención por parte de los defensores públicos brinden asesoría jurídica de forma tal que haya un seguimiento a los procesos judiciales conforme a lo dispuesto por el Código de Procedimiento Penal. Asimismo, las autoridades administrativas deben asegurar que se concedan los beneficios tales como permisos y se logre garantizar que las asignaciones y traslados respondan a los presupuestos de ley.

Si bien los argumentos presentados por la parte demandante aludían a la protección que debe brindarles el Estado a todos los niños, lo cual incluye el crecimiento en un entorno sano, la Corte fundamentó sus argumentos para fallar en contra en la protección a la primera infancia y el derecho a estar con la madre. Al tratarse de un lapso de gran fragilidad en la vida de un menor, prima tanto el derecho del niño a no ser separado de su madre, así como el derecho de la madre de ejercer la maternidad. Es así como declara la exequibilidad de dicho artículo, exigiendo además se tomen todas las medidas administrativas, logísticas y presupuestales que se requieran por mandato constitucional para garantizar el bienestar de los menores y sus madres. En ese sentido, en materia de natalidad en las instalaciones carcelarias, la Corte determina en esta sentencia que:

“(..) 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, 2002, párr. 6.1).

De igual forma, la Sentencia T-388 de 2013 reconoce las afectaciones particulares que atraviesan las mujeres privadas de la libertad en razón de las condiciones de vida dentro del sistema carcelario. Para ello, evalúa nueve expedientes de acción de tutela, en donde se evidencian en seis centros carcelarios del país las reiteradas violaciones a la dignidad humana, las afectaciones graves y

sistemáticas del derecho a la salud, a la integridad personal, a la reintegración social de personas privadas de la libertad, y el incumplimiento a las órdenes judiciales de protección. Ante una revisión exhaustiva del escenario descrito, la Corte estima que el país se encuentra en un nuevo ECI en el sistema penitenciario y carcelario en razón de la situación de crisis estructural.

Así también, mediante esta sentencia se declara a las mujeres privadas de la libertad como sujetos de especial protección constitucional. Dentro de las consideraciones expuestas por la magistrada ponente se establece cómo las críticas condiciones que atraviesan los hombres en las cárceles repercuten con mayor impacto en las mujeres en la misma situación. Aún más, desde una perspectiva histórica, las mujeres enfrentan otras afectaciones propias de su condición como mujer. Así es como lo describe la Corte al decir que, “esta baja participación de las mujeres en la población reclusa en prisión, repercute de forma grave en aquellas que son privadas de la libertad pues, como se indicó, se convierte en un grupo cuyas necesidades se tornan invisibles para los diseñadores de políticas públicas.” (Corte Constitucional, 2013)

En lo concerniente al tema de género son tres las principales problemáticas que evidencia la Corte en su pronunciamiento: 1) La ausencia de infraestructura especial destinada a recluir a las mujeres, pues el sistema ha sido diseñado para elaborar espacios que cubran las necesidades masculinas exclusivamente. 2) Cuestiones como el hacinamiento afecta en mayor medida a las mujeres ya que al tener que compartir espacios, incluso con la población masculina, se pone en riesgo su integridad. 3) Las actividades laborales y oficios desarrollados para los procesos de resocialización están orientados para los hombres.

En concordancia, en la Sentencia T-762 de 2015 se reitera el Estado de Cosas Inconstitucional en materia penitenciaria, incluyendo en esta oportunidad a colectivos antes no mencionados como, por ejemplo, la población LGBTQIA+. Este antecedente jurisprudencial es de especial relevancia

pues identifica que las personas pertenecientes a grupos históricamente discriminados afrontan condiciones de especial vulnerabilidad en los entornos carcelarios. En ese sentido, estableció que una de las condiciones mínimas para superar el ECI era la creación de un Comité Interdisciplinario para la Estructuración de las Normas Técnicas sobre a la Privación de la Libertad. Es así como en 2016 se crea, en respuesta a esta sentencia, la Mesa de fortalecimiento de la atención a mujeres gestantes, lactantes y niños en Centros de Reclusión, integrada por la Comisión Intersectorial para la Atención Integral a la Primera Infancia (CIPI), cuyo objetivo es proteger y garantizar los derechos de los niños que conviven con sus madres dentro de las instalaciones carcelarias.

Así también, mediante la revisión del expediente T-4063994 sobre la Cárcel El Cunday de Florencia en el Pabellón de mujeres se amparan los derechos de las internas ante la grave situación de hacinamiento presentada en ese centro carcelario. Una vez más, se busca tutelar los derechos a la vida, la dignidad humana, la salud y la integridad personal de las internas. Este caso es un ejemplo concreto del deplorable panorama carcelario que deben afrontar las mujeres reclusas pues, al momento de estudio del caso, aunque la infraestructura del EPMSC permitía la reclusión de 32 internas en la realidad albergaba 142 mujeres. Mientras que, con el expediente T-4075719 referente a la Cárcel Villa Inés de Apartadó, en donde a pesar de tener una capacidad para 276 internos se tenían reclusos a 576 personas, sin una distinción entre hombres y mujeres, lo que supone un peligro para su integridad.

Dentro de las críticas que expone la Corte frente al panorama descrito, se encuentran duras declaraciones sobre la política criminal en el país, catalogándola como reactiva y sin fundamentos empíricos sólidos en sus decisiones. También, señala que existe una tendencia al endurecimiento punitivo (populismo punitivo) que no responde a la realidad social, lo cual tiene como consecuencia políticas inestables e inconsistentes. Este pronunciamiento marca un hito en la línea jurisprudencial

en materia carcelaria pues trae a colación problemáticas actuales y tiene un acercamiento importante a los derechos humanos en la implementación y ejecución de la política criminal colombiana, recordando que el fin primordial es la efectiva resocialización de los reclusos.

Ahora bien, en lo concerniente a la implementación de una perspectiva de género en materia de protección a la población penitenciara y carcelaria la Sentencia T-267 de 2018 es un reciente y claro ejemplo de ello. En este caso la Corte Constitucional buscó amparar los derechos fundamentales de las mujeres reclusas de la Cárcel de Buga al poner en práctica el Plan de Mejoramiento Integral del Pabellón de Mujeres en dicho centro carcelario. Este Plan de Mejoramiento presenta dos principales enfoques: “i) infraestructura sanitaria e hidrosanitaria que atienda las necesidades especiales de las mujeres; ii) escenarios adecuados para internas en condiciones de embarazo, lactancia o custodia de niños.” (Corte Constitucional, 2018)

Por otro lado, un pronunciamiento más reciente y novedoso sobre la materia se ve reflejado en la Sentencia T-365 de 2022. En ella tratan el asunto del derecho a la visita íntima de las internas y a la no discriminación por razón del sexo. En sus fundamentos encuentran como base las recomendaciones expuestas por Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) en las que estipula conveniente permitir que los internos se mantengan contacto con el mundo exterior. Para lograr este objetivo la Corte exhorta la articulación de la Dirección General del INPEC, las direcciones regionales y los distintos ERON para el diseño e implementación de mecanismos que permitan garantizar la visita íntima entre los internos de distintos establecimientos carcelario o de sus parejas en el exterior. Hace un especial énfasis en el desarrollo de medidas para evitar una posible discriminación por motivos de su orientación sexual y/o identidad de género.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia en 2022, con ponencia del magistrado Hugo Quintero Bernate resalta la imprescindible necesidad de aplicar el enfoque de género en todas las etapas procesales y sustanciales en materia penal, por parte todos los órganos e instituciones del poder público. Define este concepto como un deber inexcusable de los operadores judiciales, cuya aplicación no queda a discreción de los jueces, sino que “es una garantía cuya salvaguarda es imperativa” (Corte Suprema de Justicia, 2022, p. 10) Razón por la cual es una perspectiva que debe emplearse en todas sus decisiones y actuaciones pues es necesario para superar la discriminación histórica a nivel social, económica, familiar e institucional a la que han estado sometidas las mujeres.

Finalmente, en el ámbito internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-29/22 interpreta y analiza el alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en lo referente a enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad. Establece que el Estado, en su posición de garante, está obligado a adoptar y brindar unas condiciones de detención en donde se respete la dignidad humana, y ello no es posible sin el reconocimiento de ciertos derechos o necesidades básicas imprescindibles para el desarrollo de una vida digna.

Así, procede a describir como dichos mecanismos y programas deben configurarse en el marco de las políticas públicas carcelarias de cada país. Sin embargo, señala la protección a las personas privadas de la libertad, ejercida vía control judicial, como uno de los principales pilares del Estado Social de Derecho. Así lo determina, además, el principio VI de los PBPPPL donde la Corte destaca la gran responsabilidad de ejecución, cumplimiento y fiscalización en materia carcelaria a los operadores judiciales en cuanto se trata de la protección de los derechos humanos de esta población.

En ese sentido, las autoridades judiciales deben realizar una labor más rigurosa, y en algunos casos de oficio, disponiendo de los mecanismos que le fueren necesarios para garantizar la protección judicial de los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

En lo concerniente a la perspectiva de género feminista en materia penitenciaria, la CIDH adopta un concepto muy cercano al que denomina “enfoque diferenciado aplicable a mujeres embarazadas, en periodo de posparto y lactancia, cuidadoras principales privadas de la libertad en establecimientos carcelarios” (CIDH, 2022, p. 47) Así, busca establecer la necesidad que tienen los Estados de garantizar condiciones de detención que atiendan sus circunstancias particulares.

CONCLUSIONES

Reflexiones concretas frente a la investigación planteada

En lo concerniente a la pregunta de investigación, *¿Cuál es la influencia que la perspectiva de género feminista ha tenido en la jurisprudencia colombiana respecto a la creación de políticas dirigidas a la protección de los derechos fundamentales de las mujeres privadas de la libertad?* Se puede observar que, si bien hay insuficiente regulación en materia carcelaria por parte de todas las entidades estatales, la iniciativa judicial se ha convertido en un hito en la defensa de los derechos humanos de la población reclusa. En específico, es por medio de los distintos pronunciamientos judiciales que se ha logrado obtener un avance en la materia y un acercamiento bastante acertado de lo que se busca configurar a través de la implementación de una perspectiva de género feminista. La jurisprudencia no solo ha sido creadora de estas políticas, también ha exhortado al Congreso a que entre a regular asuntos referentes a los derechos de las personas privadas de la libertad en establecimientos carcelarios, impulsando a su vez a la implementación y ejecución por parte de entidades administrativas.

Por consiguiente, el análisis descrito demuestra la pertinencia de la metodología escogida para el desarrollo de esta investigación. Al analizar el contraste entre las normas jurídicas existentes en la materia y la realidad a la que se enfrentan las mujeres reclusas se logra evaluar y evidenciar las falencias sistemáticas a nivel institucional. Es por ello que al optar por un modelo de derecho como lo es el realismo jurídico norteamericano y el positivismo constitucional, se logra una aproximación más práctica y cercana a las verdaderas necesidades presentes en el contexto estudiado. Así también, la implementación de presupuestos teóricos como lo son las garantías primarias y

secundarias facilitan la valoración de las políticas públicas y de la actividad judicial sobre la materia.

Por lo que respecta a los objetivos planteados para el desarrollo de la presente monografía hay varios puntos destacados a abordar. En referencia a la aproximación teórica aquí descrita, se encuentra que no hay una apropiación precisa de los términos relativos a la perspectiva de género en materia carcelaria, por parte de las instituciones encargadas de desarrollar la normativa regulatoria. Se evidencia la existencia de ambigüedad en la adecuación conceptual por parte de las entidades penitenciarias, administrativas y de la legislatura, en el entendido de que hay confusión entre los conceptos objeto de estudio. Como consecuencia, se dificulta el proceso de articulación e implementación de los mismos en la práctica, y en razón a ello, se perpetúan las afectaciones a los derechos humanos de esta población.

En ese sentido, tampoco se observa una aplicación cercana al concepto de perspectiva de género feminista bajo los parámetros expuestos por la autora Marcela Lagarde (1996) por parte de las autoridades penitenciarias y carcelarias. La implementación de una perspectiva de género feminista acorde a narrado por la literatura es primordial para salvaguardar los derechos fundamentales de las mujeres reclusas y amparar por una readaptación a la vida en sociedad una vez cumplan con el tiempo de su pena privativa de la libertad. Esto, en tanto que, se trata de un concepto que busca visibilizar todas las características culturales y factores sociales que inciden en el desarrollo de la vida de las mujeres y, a partir de ahí, reivindicar sus derechos. Más, sin embargo, la jurisprudencia retrata una aproximación importante en sus pronunciamientos, desde 1998 cuando declara el primer ECI en materia carcelaria. Para concluir, cabe destacar que, aunque hay avances significativos en la normatividad interna y desarrollan con cercanía algunos puntos clave aquí mencionados, en su

mayoría influenciados por el ámbito internacional y la jurisprudencia, aún hay muchos aspectos primordiales ausentes de una regulación clara y concreta.

Aportes de los jueces a la política pública carcelaria con enfoque de género feminista

En concordancia con la información presentada y analizada en esta monografía, es oportuno puntualizar en unas reflexiones finales y en los hallazgos destacados como resultado de la investigación propuesta. A partir de las claves básicas expuestas anteriormente sobre lo que consagra una política pública, algunas generalidades esenciales para la construcción de una política pública carcelaria con perspectiva de género feminista recaen en la reivindicación de los derechos de las mujeres a través del reconocimiento institucional de las mujeres reclusas, como una población históricamente oprimida y olvidada. A partir de aquí pueden formularse medidas que respondan a las realidades que afrontan las mujeres privadas de la libertad al interior de centros carcelarios, así como un marco de acción preventivo a las mujeres en contextos de vulnerabilidad para evitar que estas opten por cometer actos delictivos y, finalmente, una correcta planeación de programas postpenitenciarios acordes a las labores de acceso seguro para las mujeres, sin recaer en estereotipos de género.

Principalmente, los puntos más importantes que se deben abarcar en cuanto a la instancia de las mujeres en espacios carcelarios están relacionados con:

- Adecuación de entornos para el desarrollo de la maternidad, lo que implica acompañamiento profesional durante las etapas de embarazo y lactancia. Pues, si bien se trata de una materia mencionada por la jurisprudencia y la legislación interna, son disposiciones dispersas y ambiguas ya que no existe una normativa concreta que regule

dichos mandatos y englobe de manera particular cada parámetro necesario para su desarrollo.

- En un mismo sentido, las instalaciones en materia de salubridad deben contar con los productos pertinentes para la gestión menstrual de las mujeres reclusas, el tratamiento adecuado de sus necesidades fisiológicas y sus procesos hormonales, en un entorno dominado exclusivamente por la perspectiva masculina, es parte importante de la reivindicación de sus derechos.
- Otro asunto de interés a desarrollar va ligado a una adecuada formación del personal administrativo y el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria, así también de la población reclusa sobre Violencias Basadas en Género, como un instrumento para proteger sus derechos.
- Ahora bien, tanto los planes preventivos como los programas postpenitenciarios deben ir enfocados en impulsar a las mujeres a ejercer labores seguras y acordes a su desempeño, teniendo presente un enfoque cultural en donde primen sus tradiciones sin que estas se limiten necesariamente a las imposiciones por roles de género. Al otorgarles un margen de acción más amplio y brindarles diversas oportunidades para obtener un ingreso económico en actividades lícitas dentro de su experticia, se tendrá una población de mujeres empoderadas cuya única salida para su sustento y el de su familia no será optar por la vida delictiva. Hay que recordar que, como se señaló anteriormente, la gran mayoría de mujeres privadas de la libertad se encuentran en una grave situación de marginalidad económica, son madres cabeza de hogar o en algunos casos la única fuente de ingresos en su familia y, en razón a ello, los tipos penales en los que más incurren las mujeres refieren a la esfera de lo económico.

BIBLIOGRAFÍA

- Arenas, L, & Cerezo, A. (2016). *Realidad penitenciaria en Colombia: la necesidad de una nueva política criminal*. Revista Criminalidad, 58(2), 175-195. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082016000200007&lng=en&tlng=es.
- Atienza, M. (2017). *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*. Revista cap jurídica central, 2(3), 59-102.
- Campos, F. J. (2010). *Nociones fundamentales del Realismo Jurídico*. Revista de Ciencias Jurídicas, Núm. 122. <https://doi.org/10.15517/rcj.2010.13562>
- Cano, L. F. (2014). *La narrativa de las políticas públicas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Papel Político, 19(2). pp. 435-458.
- Crenshaw, K. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. *Stanford Law Review*, 43(6), 1241–1299. <https://doi.org/10.2307/1229039>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009) *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*. <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018) *Políticas Públicas con Enfoque de Derechos Humanos*. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PoliticPublicasDDHH.pdf>
- [Contreras, S. \(2012\). Ferrajoli y los Derechos Fundamentales. Revista De La Inquisición \(Intolerancia Y Derechos Humanos\), 16, 121-145.](#)
- Consejo Superior de Política Criminal. Plan Nacional de Política Criminal 2021-2025. Bogotá. Recuperado de: <https://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Plan-Nacional-Politica-Criminal/Plan-Nacional-de-Politica-Criminal-2021-2025.pdf>
- Decreto 2553 de 2014. (2014, 12 de diciembre). Presidente de la República de Colombia. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=60297>
- Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad. (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26), Opinión consultiva OC-29/22, Cte. IDH (30 de mayo de 2022)

- Ferrajoli, L. (2006). *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*. Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho, (29), 15–31. <https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.01>
- Galindo David, C. X., & Zabaleta Ipuz, M. (2020). *Derechos sexuales y reproductivos de las mujeres privadas de la libertad en Colombia*. Nuevas Visiones Del Derecho, 1(1). Recuperado de <https://journalusco.edu.co/index.php/nvd/article/view/2284>
- Giraldo, K. (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. Estudios De Derecho, 78(171), 90–116. Recuperado de: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/download/342877/20804379?inline=1>
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. (2022). *Informe estadístico No. 12* <https://www.inpec.gov.co/web/guest/estadistica/estadisticas>
- Jiménez Benítez, W. (2015). *Políticas públicas, normas jurídicas y papel de los jueces*. Revista Republicana, (14). Recuperado de: <http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/48>
- Lagarde, M. (1996) *La perspectiva de género. En Género y Feminismo*. Desarrollo Humano y Democracia. España: editorial Horas y Horas. pp. 13-38. Disponible en <http://www.iberopuebla.mx/tmp/cviolencia/genero/consulta/lagarde.pdf>
- Lagarde y de los Ríos, M. (2012.). *La construcción de las humanas. Identidad de género y derechos humanos*. En: Lagarde y de los Ríos, M. El feminismo en mi vida: hitos, claves y topías. 15-41
- Leiter, B. (2015). *Realismo jurídico estadounidense*. Capítulo 7. Vol. 1, pp. 241–276. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/10.pdf>
- Ley 65 de 1993. (1993, 20 de agosto). Congreso de la República. Diario Oficial No. 40.999 http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0065_1993.html
- Ley 1709 de 2014. (2014, 20 de enero). Congreso de la República. Diario Oficial No. 49.039 http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1709_2014.html
- López Sterup, H. (2018). *Separación de poderes, políticas públicas y activismo judicial: una discusión a partir de jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre una política pública*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Recuperado de:

<https://www.cervantesvirtual.com/obra/separacion-de-poderes-politicas-publicas-y-activismo-judicial-una-discusion-a-partir-de-jurisprudencia-de-la-corte-constitucional-colombiana-sobre-una-politica-publica-941464/>

- Ministerio de Justicia de Colombia. (2020) Situación demográfica penitenciaria y carcelaria de las mujeres privadas de la libertad. págs. 27 y 35. Recuperado de: <https://www.minjusticia.gov.co/Sala-deprensa/PublicacionesMinJusticia/CAPSULA%20MUJERES%20PRIVADAS%20DE%20LA%20LIBERTAD.pdf>
- Norza-Céspedes, E., González-Rojas, A., Moscoso-Rojas, M., & González-Ramírez, J. (2012). Descripción de la criminalidad femenina en Colombia: factores de riesgo y motivación criminal. *Revista Criminalidad*, 54(1), 339-357. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082012000100007&lng=en&tlng=es.
- Organización de Estados Americanos. (2022). CIDH: Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad. <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/basicos/principiosppl.asp>
- Organización de las Naciones Unidas. (2015) Asamblea General. *Reglas Nelson Mandela*. Un.org. https://www.un.org/es/events/mandeladay/mandela_rules.shtml
- Organización de Naciones Unidas (2015). UNODC: Abordando la crisis penitenciaria a nivel global. Estrategias 2015-2017. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Prison_Crisis_Strategy_Brochure_Spanish.pdf
- Organización de Naciones Unidas (2011). UNODC: Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf
- Peczenik, A. (2003) *Derecho y razón*. Editorial: Distribuciones Fontamara. México D.F. México.
- Procuraduría Delegada en lo Preventivo para Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, Grupo de Asuntos Penitenciarios y Carcelarios. (2006) *Mujeres y prisión en Colombia: Análisis desde una perspectiva de derechos humanos y género*. <https://corteidh.or.cr/tablas/24314.pdf>

- Quinche-Ramírez, M. & Rivera-Rugeles, J. (2010). *El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos*. *Vniversitas*, (121), 113-137. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602010000200005&lng=en&tlng=es
- Resolución 5159 de 2015. (2015, 1 de diciembre). Ministerio de Salud y Protección Social. Diario Oficial No. 49.713 https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_minsaludps_5159_2015.htm
- Reyes, M. (2023). Una oportunidad para las madres cabeza de familia privadas de la libertad: La importancia del Proyecto de Ley 093 de 2019. Blog Revista Derecho del Estado. <https://blogrevistaderechoestado.uexternado.edu.co/2023/06/02/una-oportunidad-para-las-madres-cabeza-de-familia-privadas-de-la-libertad-la-importancia-del-proyecto-de-ley-093-de-2019/>
- Sánchez, A. (2015). *Jürgen Habermas: acción comunicativa, reflexividad y mundo de vida*. Acta Sociológica. Volumen 67. <https://doi.org/10.1016/j.acso.2015.04.002>
- Sentencia T-437/93. (1993, 12 de octubre) Corte Constitucional (Carlos Gaviria Díaz, M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-437-93.htm>
- Sentencia T-153/98. (1998) Corte Constitucional. (Eduardo Cifuentes Muñoz, M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>
- Sentencia C-157/02. (2002, 5 de marzo) Corte Constitucional. (Manuel José Cepeda Espinosa, M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-157-02.htm>
- Sentencia T-388/13. (2012, 28 de julio) Corte Constitucional. (María Victoria Calle Correa, M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>
- Sentencia T-762/15. (2015, 16 de diciembre) Corte Constitucional. (Gloria Stella Ortiz Delgado, M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>
- Sentencia T-267/18. (2018, 10 de julio) Corte Constitucional. (Carlos Bernal Pulido, M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-267-18.htm>
- Sentencia T-365/22 (2022, 19 de octubre) Corte Constitucional. (Hernán Correa Cardozo, M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-365-22.htm>
- Sentencia SP3218-2022, 59.763 (2022, 13 de septiembre) Corte Suprema de Justicia de Colombia. (Hugo Quintero Bernate, M.P) <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/09/SP3218-2022.pdf>

- Sisters Inside Inc. (2005) *A Campaign to End the Sexual Assault of Women by the State. Australia.* Recuperado de:
<http://www.sistersinside.com.au/media/AntiStripSearchingInfo.pdf>
- Wilhelmi, M. A., & Pisarello, G. (2008). *Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas. Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, 139-162.

ANEXOS

ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNIMOS

- Las RM: Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.
- CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- PBPPPL: Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.
- DDHH: Derechos Humanos.
- INPEC: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.
- ECI: Estado de Cosas Inconstitucionales.
- EPMSC: Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad Carcelario.
- CIPI: Comisión Intersectorial para la Atención Integral a la Primera Infancia.
- ERON: Establecimiento de Reclusión del Orden Nacional.