

**LA FUNCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD ENFOCADA HACIA LA
CRIMINALIDAD DE GÉNERO, EN LOS ESTABLECIMIENTOS DE RECLUSIÓN DE
MUJERES DEL EJE CAFETERO.**

INVESTIGADOR PRINCIPAL:

MARGARITA ROSA CORTÉS VELASCO

INVESTIGADORES AUXILIARES:

LAURA MARCELA BUSTOS COLLAZOS.

MANUEL DAVID JARAMILLO DUQUE.

CLAUDIA VIVIANA MUÑETON LONDOÑO.

MARGARITA MARÍA SERNA ALZATE.

MANUEL SOCORRO RODRÍGUEZ PALACIOS.

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA

FACULTAD DE DERECHO

2.010

**LA FUNCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD ENFOCADA HACIA LA
CRIMINALIDAD DE GÉNERO, EN LOS ESTABLECIMIENTOS DE RECLUSIÓN DE
MUJERES DEL EJE CAFETERO**

INVESTIGADORA PRINCIPAL:

MARGARITA ROSA CORTÉS VELASCO.

INVESTIGADORES AUXILIARES:

LAURA MARCELA BUSTOS COLLAZOS.

MANUEL DAVID JARAMILLO DUQUE.

CLAUDIA VIVIANA MUÑETON LONDOÑO.

MARGARITA MARÍA SERNA ALZATE.

MANUEL SOCORRO RODRÍGUEZ PALACIOS.

**Trabajo presentado como investigación al Centro de Investigaciones de la
Universidad Libre Seccional Pereira**

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA

CENTRO DE INVESTIGACIONES

PEREIRA

2010

2

CONTENIDO

	Pag.
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	1
2. OBJETIVOS.	3
2.1. Objetivo General.	3
2.2. Objetivos Específicos.	3
3. PROPÓSITO.	4
4. HIPÓTESIS.	5
5. MARCO TEÓRICO	6
5.1. MARCO HISTÓRICO.	6
5.2. MARCO CONCEPTUAL	10
5.2.1. Control Social.	10
5.2.1.1. Formal: La Política Criminal.	11
5.2.1.2. Informal.	15
5.2.2. La Pena.	16
5.2.2.1. Evolución Histórica de la Pena.	16
5.2.2.2. Concepto y Principios de la Pena.	20
5.2.2.3. Fines y Funciones de la Pena.	23
5.2.2.3.1. Teoría de la retribución justa.	24
5.2.2.3.2. Teoría de la prevención especial.	24
5.2.2.3.3. Teoría de la prevención general.	26

Pag.

5.2.3. Derecho, sistema, régimen y penitenciario.	29
5.2.3.1. Conceptos.	29
5.2.3.2. Principales modelos penitenciarios.	30
5.2.3.2.1. Comunitario.	30
5.2.3.2.2. Filadélfico, Pensilvánico o Celular.	31
5.2.3.2.3. Auburniano, Mixto o de Silencio.	32
5.2.3.2.4. Clasificación o belga.	33
5.2.3.2.5. Reformatorios.	33
5.2.3.2.6. “All Aperto” (al aire libre).	33
5.2.3.2.7. Progresivos.	34
5.2.3.2.8. Panóptico.	36
5.2.3.3. Historia penitenciaria y carcelaria en Colombia.	36
5.2.4. Redención de Pena.	40
5.2.5. La Criminalidad del Género Femenino y las Principales causas que la producen	45
5.3. Marco Jurídico.	57
5.3.1. Marco Constitucional.	57
5.3.1.1 Principios Constitucionales.	57
5.3.1.2 Estado social de Derecho.	59
5.3.1.3. Derechos fundamentales.	61
5.3.1.4 Los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y Racionalidad.	72
5.3.1.5 Derechos sociales, económicos y culturales.	74
	Pag.
5.3.2. Legislación Nacional.	79

5.3.2.1. Ley 599 de 2000. Código Penal.	79
5.3.2.2. Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal.	84
5.3.2.3. Ley 65 de 1993. Código Penitenciario y Carcelario.	85
5.3.3. Normatividad y Jurisprudencia Internacionales.	88
5.3.3.1. Normas internacionales de protección a la mujer.	88
5.3.3.2. Jurisprudencia internacional sobre el sistema Penitenciario.	90
5.3.4. Derecho Comparado.	97
6. DISEÑO METODOLÓGICO.	115
7. RESULTADOS DE LA INFORMACIÓN.	117
7.1. De las encuestas aplicadas a la población reclusa.	117
7.1.1. Respecto a las actividades que cumplen en Los establecimientos de reclusión.	117
7.1.1.2 .En relación con el trabajo.	119
7.1.1.3. Respecto al estudio.	124
7.1.1.4. Grado de satisfacción con su actividad.	125
7.1.2. Respecto al tratamiento al interior de establecimiento.	127
7.1.3. De las relaciones interpersonales.	131
7.1.4. El tratamiento post-penitenciario.	133
7.2. De las encuestas aplicadas a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y Directores de los establecimientos De reclusión.	134
7.2.1 Del respeto por el derecho de las internas.	135
7.2.2. De las causas de la criminalidad femenina.	136
7.2.3. De la política criminal del Estado, en relación con la delincuencia femenina, debe ir dirigida principalmente hacia.	138

Pag.

8. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN.	143
8.1 Sobre los programas ofrecidos.	143
8.1.1. Investigación aplicada a las reclusas.	143
8.1.1.1 Actividades que se realizan.	143
8.1.1.2. El tratamiento recibido al interior de los establecimientos de Reclusión	153
8.1.1.2.1. Sobre las necesidades básicas.	153
8.1.1.2.2. Las relaciones interpersonales.	154
8.1.1.2.3. El tratamiento recibido.	155
8.1.1.2.4. Planes post-penitenciarios.	155
8.1.2. Investigación aplicada a los funcionarios.	157
8.2. Sobre los fines de la Pena.	159
9. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	164
9.1. Cumplimiento del Objetivo General.	164
9.2. Confirmación de la Hipótesis.	167
BIBLIOGRAFÍA.	172
GLOSARIO.	177
ANEXOS.	180
LISTA DE FIGURAS.	189

CAPÍTULO 1

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Constitución Política de Colombia adopta el modelo del Estado Social de Derecho, motivo por el cual impone hacer efectivos los principios, valores e ideologías, de los cuales se infiere que el Estado debe estar al servicio del hombre y por lo tanto, velar por el reconocimiento de los derechos de todos los asociados, desde la concepción hasta la muerte.

De acuerdo con lo anterior, es ineludible reconocer que uno de los principios del Estado Social de Derecho, base y valor del mismo, es el respeto por la dignidad humana, elevado a la calidad de norma supra constitucional, en la que deben encontrar su fundamento todas las decisiones judiciales.

Esa dignidad permite reconocer al ser humano como un fin en sí mismo, condición que le asiste por la sola existencia y lo eleva por encima de cualquier otro ser de la misma naturaleza, además es el resultado del reconocimiento de sus derechos y garantías.

Para materializar ese respeto por la dignidad humana, existen las instancias del control social formal con las cuales el Estado busca atender el problema de la criminalidad y cumplir con el mandato constitucional de procurar la convivencia pacífica y la paz social. Uno de los mecanismos de ese control es la sanción penal, cuya expresión más frecuente, dentro del ordenamiento jurídico es la privación de la libertad a través de la pena de prisión. Esta medida de control, debe cumplir con sus funciones dentro del marco del Estado Social de Derecho y guardar absoluta coherencia con el respeto por los derechos fundamentales, particularmente con la dignidad de la persona humana, ya mencionada.

Para privilegiar los fines propios de la filosofía del Estado Social de Derecho, la pena de prisión debe cumplirse teniendo en cuenta las condiciones individuales de la persona sometida a la sanción, atendiendo no solamente a la naturaleza del delito, sino también a la raza, edad, sexo, etc.

En este orden de ideas, cabe preguntar:

¿Los fines propuestos y cumplidos por el Estado en ejercicio del “Jus Puniendi” o “Derecho del Estado a castigar”, para hacer efectiva la pena privativa de la libertad, son coherentes con los principios propios del Estado social de derecho, atendiendo a la criminalidad de género, para hacer efectivo el respeto por la dignidad de la persona humana?

CAPÍTULO 2

OBJETIVOS

2.1 Objetivo General:

Analizar los fines de la pena de prisión en sus aspectos normativos y ejecutivos, en relación con el principio de respeto por la dignidad de la persona humana, desde la perspectiva de género, en los centros de reclusión de mujeres de las tres capitales del eje cafetero.

2.2 Objetivos Específicos:

1. **Relacionar** los fines que, desde el punto de vista normativo, debe cumplir la pena de prisión.
2. **Verificar** las funciones que está cumpliendo la pena de prisión en los establecimientos de reclusión femenina, en las ciudades de Pereira, Manizales y Armenia
3. **Conocer** los distintos programas que se desarrollan dentro del llamado TRATAMIENTO PENITENCIARIO en los centros de reclusión de mujeres de Pereira, Manizales y Armenia.
4. **Relacionar** las actividades que están cumpliendo las reclusas de los centros penitenciarios de las tres capitales del Eje Cafetero, con las necesidades propias de su género.
5. **Relacionar** la coherencia dentro de la filosofía del Estado Social de Derecho, entre las funciones normativas de la pena de prisión y la función que está cumpliendo la privación de la libertad en la población femenina en los establecimientos de reclusión de Pereira, Manizales y Armenia.

CAPÍTULO 3

PROPÓSITO

Generar conciencia en las instancias encargadas de hacer efectivo el sistema penitenciario y carcelario, sobre la necesidad de dar coherencia a la función de la pena de prisión con los principios que rigen el Estado Social de Derecho, atendiendo a un tratamiento acorde con las necesidades de las reclusas.

CAPÍTULO 4

HIPÓTESIS

Si bien se poseen los medios normativos para hacer efectivos los derechos fundamentales consagrados en la constitución, no se tiene un fin claro frente a un tratamiento diferenciado respecto a la criminalidad de género, en consecuencia, se encuentran grandes diferencias entre el deber ser y la aplicación del régimen penitenciario en los centros de reclusión femeninos del Eje cafetero. No se advierte una verdadera política criminal que se ajuste a los principios de un Estado Social de Derecho y la ejecución de la pena de prisión por parte del Estado, particularmente en lo concerniente a la dignidad de la mujer, atendiendo a sus propias necesidades.

CAPÍTULO 5

MARCO TEÓRICO

5.1. MARCO HISTÓRICO

Como antecedentes investigativos del tema materia de la presente investigación, se encontraron los siguientes trabajos de grado en la Facultad de Derecho de la Universidad Libre – Seccional Pereira.

(i) TESIS: 1098-D-SITUACION CARCELARIA EN COLOMBIA 2006 – 2007- Egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre Seccional Pereira: MORENO GOMEZ LUIS ALBERTO, CARDONA CARDONA ORLANDO

Tuvo como principales objetivos, describir la situación carcelaria en el periodo comprendido entre los años 2006 y 2007, se apoyó en los documentos y entrevistas recolectados en el trabajo de campo y en la investigación teórica. Igualmente, analiza y expone algunas soluciones que permitieran una consolidación en la administración de los diferentes centros penales

Se presentaron las siguientes conclusiones: a) En Colombia no se está garantizando el goce efectivo de los derechos fundamentales consagrados en la constitución b) La sentencia T-153 de 1998 hace alusión a la problemática carcelaria aduciendo que existe “*un estado inconstitucional de cosas y ordeno la descongestión de los centros penitenciarios y la separación completa de los internos sindicados y condenados*”. c) No se está cumpliendo con la función de resocialización en los centros penitenciarios y carcelarios toda vez que las autoridades estatales no han implementado medidas eficaces para contrarrestar las falencias existentes d) Se está generando una deshumanización y pérdida de la sociabilidad del individuo gracias a las condiciones y tratamiento ofrecido a las personas privadas de la libertad e) El conflicto social en Colombia tiene como una de sus principales causas y también entre sus consecuencias la precaria situación carcelaria f) Se está vulnerando el derecho a la dignidad humana dentro de las instalaciones carcelarias.

- Dentro de las sugerencias se encuentran: a) Dar a conocer la legislación interna y externa en materia de derechos humanos y régimen carcelario y penitenciario, b) Capacitar a los internos sobre los derechos que ostenta y los medios necesarios para materializarlos, c) Realizar diferentes entrevistas con el fin de determinar el conocimiento que tiene los operadores jurídicos sobre política carcelaria y todo lo que al tema concierne, d) Crear y desarrollar variedad de proyectos de productividad para el interno, e) Realizar un mayor estudio a la persona recluida.

Lo anterior nos permite colegir que en el periodo comprendido entre el 2006 y 2007 la situación carcelaria en Colombia sufría grandes dificultades gracias al hacinamiento, las precarias condiciones de salubridad, alimentación, salud, y en general del tratamiento penitenciario otorgado; al igual que la poca voluntad gubernamental para solventar o remediar, en alguna medida, dichas condiciones.

Asimismo, es importante conocer la legislación vigente que permita materializar los postulados constitucionales en materia de derechos humanos y centrar el sistema penitenciario y carcelario en el ser humano.

(ii) TESIS: SISTEMA CARCELARIO EN EL DEPARTAMENTO DE RISARALDA MUNICIPIO DE APIA. Por Nidia Delgado Erazo.

El objetivo general de este trabajo fue: Diagnosticar la situación penitenciaria en Apia (Municipio de Risaralda), para presentar soluciones a los problemas encontrados, relacionándolo con otros municipios y con el departamento.

Se cumplieron los siguientes objetivos específicos: a) Determinar las causas de la inoperancia del sistema carcelario; b) Conocer la situación jurídica de los reclusos de acuerdo al delito y al tiempo de condena; c) Conocer la situación social en que están obligados a vivir los reclusos de las cárceles; d) Observar los mecanismos y recursos para cumplir con la rehabilitación y resocialización de los reclusos.

Los investigadores concluyeron que: La situación de los reclusos no es satisfactoria y no se logra la rehabilitación. No encontraron actividades laborales o educativas serias, lo que genera ocio. Advirtieron hacinamiento, mal estado sanitario, mala planta física y falta de personal capacitado. La cárcel es un estimulante de criminalidad, el servicio médico es malo, no se cumplen los objetivos de la pena, no hay interés en la ejecución de la sanción y la sociedad no tiene conciencia de lo que ocurre en los centros de prisión.

(iii) TESIS 571 – D: EVALUACIÓN DEL SISTEMA CARCELARIO EN EL DEPARTAMENTO DE RISARALDA “CÁRCEL DE MARSELLA” Autores: Beatriz Alicia Idárraga Piedrahita e Isabel Cristina Lopera Duque. Año: 1990.

Las investigadoras se interesan en el tema a partir del concepto de pena como “medio de defensa social y como instrumento de resocialización del penado”. El trabajo trata de evaluar el sistema carcelario, porque los centros de reclusión en Colombia no tienen las características necesarias para conseguir la efectividad de los fines esenciales de la pena.

Las conclusiones fueron las siguientes:

a) La cárcel de Marsella no tiene una historia determinable en el tiempo, pero el sistema penitenciario que se aplica inicialmente correspondió a la fase vindicativa de la pena; b) la evolución histórica de la Institución es paralela a la evolución de los regímenes penitenciarios; c) El Estado como control social, le corresponde garantizar la protección social, al excluir al delincuente de la comunidad y garantizar su resocialización y rehabilitación a través de la asistencia especializada en el centro de reclusión; d) La cárcel de Marsella parece más centro de castigo que de rehabilitación porque: -No se realiza clasificación al ingreso - No hay talleres, ni aulas- No hay recursos humanos especializados. - No hay recursos financieros; e) De acuerdo al decreto 1817 de 1964. El sistema penitenciario adopta el régimen progresivo. La ejecución de la pena se divide en las siguientes fases: 1.Fase de ingreso. 2. Fase institucional. 3. Fase semi-institucional y 4.extra-institucional; f) Para la rehabilitación es necesario que la cárcel se proyecte hacia el exterior; g) La cárcel de Marsella no cuenta con dicha proyección exterior; h) La cárcel de Marsella es desperdiciada.

Del trabajo surgieron las siguientes recomendaciones: (a) Reglamentar el código carcelario. (b) La descentralización administrativa debe abarcar la regionalización penitenciaria; cada región de acuerdo a sus características adecúe el sistema de sus propios centros carcelarios. (c) El Régimen progresivo debe darse de acuerdo a los siguientes puntos: Adecuar la estructura física. “La observación y el tratamiento no deben ser ajeros a la idiosincrasia del interno”; por ello debe ser tratado en su propia región o en una similar”. Los programas de trabajo y educación deben darse de acuerdo a los perfiles de la región y el tratamiento se debe enfocar de acuerdo a su cultura. Además, se debe procurar: un personal penitenciario suficiente e idóneo, que sea nombrado por sus capacidades y no influencia política; que la cárcel cuente con apoyo interinstitucional; que se

establezcan políticas post-carcelaria; que se conecte a la persona que cumplido su pena con empresas públicas y privadas para que tengan opciones de trabajo.

(iv) TESIS 692 – D -ASPECTOS JURÍDICOS Y PSICOLÓGICOS DE CRIMINALIDAD FEMENINA. PEREIRA – DOSQUEBRADAS, 1994.-Autores: Diana Alexandra Ocampo Becerra y Martín Alfonso Trujillo González- Año: 1995

El objetivo general del trabajo fue demostrar que la pena privativa de la libertad impuesta a la mujer delincuente, tiene mayores connotaciones para la familia y la sociedad que la impuesta a los varones. Como objetivos específicos se plantearon: (a) Establecer las principales causas de la criminalidad femenina en Pereira y Dosquebradas y principales formas delincuenciales. (b) Investigar las consecuencias más usuales que produce la encarcelación de la mujer en el entorno familiar y social. (c) Señalar el tipo penal en el que incurre la mujer en Pereira y Dosquebradas. (d) Determinar dentro de un ámbito poblacional específico si la pena ha logrado cumplir con sus fines.

Concluye el trabajo que:

- 1.** La pena privativa de la libertad en la mujer, causa traumas a su familia y la sociedad. Si se encarcela a una madre de familia se destruye el núcleo familiar.
- 2.** La mujer procesada, no condenada, no tiene la posibilidad de trabajar, la familia sufre penurias económicas.
- 3.** Las posibles causas de la criminalidad femenina son la pobreza, el vicio, el amor o el desamor.
- 4.** Los delitos más comunes son los relacionados con narcotráfico, hurto y lesiones personales.
- 5.** Se demuestra que no se cumple con la resocialización, ya que se da el fenómeno de la reincidencia.

Se recomendó: (a) Crear centros de rehabilitación diferentes a la cárcel. (b) Fomentar actividades laborales para las internas. (c) Mejorar la asesoría jurídica en la cárcel. (d) Aquellas personas que ocupen las funciones de Director y Guardianes sean idóneos. (e) Que exista una mejor prestación médica. (f) Recovar los lazos familiares por medio de la institución carcelaria y el ICBF.

5.2 MARCO CONCEPTUAL

En este capítulo se establecen los conceptos que servirán como base para el desarrollo teórico de la investigación

5.2.1. CONTROL SOCIAL

El Estado no puede ni está obligado a establecer la justicia en el curso general del mundo. Cuando castiga debe hacerlo en forma justa; pero la cuestión de si castiga depende de si la pena resulta necesaria para la existencia del orden jurídico. (Welzel)

La pena es un instrumento del control social del Estado, en consecuencia, para analizar el tratamiento penitenciario se requiere abordar inicialmente el tema del control social.

“Entiéndase por control social el conjunto de mecanismos mediante los cuales, la sociedad ejerce su dominio sobre los individuos que la componen, consiguiendo que estos obedezcan sus normas; o el total de instancias o acciones, públicas o privadas, genéricas y específicas, orientadas a la definición, individualización, detección, manejo y suspensión de conductas calificadas como delictivas o desviadas, según se encuentren o no previstas en un cuerpo normativo formal como posibles de sanción¹”

La sociedad a lo largo de la historia ha implementado diversas maneras de organizar la convivencia en comunidad y establecido ciertos mecanismos tanto formales como informales que se han caracterizado, los primeros, por ser ejercidos por autoridades estatales como la rama judicial y administrativa, y los segundos, por desarrollarse en los diferentes ámbitos en los que el ser humano se

¹ Curso de Criminología, Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Editorial Gente Nueva, Santa Fe de Bogotá, 1994.

desenvuelve, tales como, la familia, la escuela, la religión, los medios de comunicación y la economía. Surge entonces la figura conocida como control social, en su doble dimensión: Formal e Informal.

5.2.1.1. Formal: La política Criminal

Es la manera de obrar del Estado, mediante las instituciones creadas para mantener el orden social, cuando un individuo transgrede la órbita de los derechos de los demás.

Es menester precisar que la forma de materialización de dicho control reviste tres aspectos, a saber: la creación de la ley penal, tanto por el legislador normal como por el excepcional; la aplicación de la ley penal, instancia que hace referencia a la autoridad ejercida por la policía y los jueces, y la ejecución de la ley penal, efectuada por medio del sistema penitenciario, factores que son los cimientos de la política criminal de cada Estado.

El control social formal se materializa a través de la llamada **Política Criminal del Estado** y es concebida como “*el conjunto de medidas de que se vale el Estado para enfrentar la criminalidad entendida como total de hechos dañosos y de infracciones determinadas en tiempo y espacio delimitado y la criminalización, como un proceso constituido por los poderes de definición, asignación y ejecución.*”² (cursivas fuera del texto)

Es imperioso tener presente la evolución estatal, para entender el significado e importancia de la política criminal, dado que ésta depende necesariamente del modelo de la expresión política imperante en determinado momento. El orden de análisis que se impone es: Estado absolutista, Estado Liberal, Estado Social de Derecho y por último, Estado Social y Democrático de Derecho, el cual rige actualmente el ordenamiento colombiano.

El primero, es decir, el Estado absolutista, correspondía a una forma de gobierno surgida en Francia en el siglo XVI, caracterizada por la concentración total y arbitraria de poder, puesto que éste residía en una sola persona. En razón del carácter divino que se le atribuía al monarca, al considerar que Dios le otorgaba facultades para gobernar, unían el Estado y la Religión en uno solo, por lo que el monarca no debía ser sometido a la ley como todos. Asimismo, se identificó,

² Ibíd.

porque el individuo es por y para el Estado y no el Estado para el individuo, buscando siempre la preservación del poder.

El sistema penal en este momento histórico fue conocido como *sistema penal opresivo o de la opresión*, porque se caracterizó por buscar el mantenimiento del poder, preservar las ideologías religiosas y su fusión con el Estado, inaplicar el principio de legalidad, imponer penas crueles e infamantes, penalizar la intención o voluntad del hombre, dado que se trataba de un derecho penal de autor propio de un sistema inquisitivo en el cuál existía un desequilibrio entre la defensa y la acusación y se tomaba al delito más que como una violación de bienes jurídicos, como una desobediencia al Estado.

Por otra lado, surge el Estado Liberal como el logro de la burguesía, exaltando al hombre y con esté la razón; del mismo modo, reconoce al individuo como ser de la naturaleza ética que trasciende la ley, los derechos y sobre todo la igualdad; asimismo, se da la división del poder político y se toma al pueblo como soberano, por tanto se caracteriza por asegurar las garantías jurídicas de los ciudadanos convirtiéndose así en un Estado de Derecho.

El sistema penal aplicado en este modelo estatal fue denominado *privilegiante*, se identificó por reconocer el delito como un fenómeno real que existe en la sociedad, se estableció claramente la noción de delito, pena y debido proceso, se reconoció el derecho penal de acción no de acto, proscribió la responsabilidad sin culpabilidad y respetó la libertad de autodeterminación.

En este momento surgen dos corrientes de pensamiento: El Utilitarismo y el Idealismo, caracterizados, el primero, por darle a la pena el fin de protección a los ciudadanos y a sus bienes, y el segundo, cuyos principales exponentes fueron Kant y Hegel, defendió una concepción absolutista de la pena como exigencia de la justicia ya que para Kant, *"la pena no tenía como finalidad la protección de la sociedad ni la prevención de delitos, porque ello supondría que se castiga al delincuente en beneficio de la sociedad, lo que encerraría una instrumentalización inadmisibile del individuo concebible como fin en si mismo."* En concordancia con ello, Hegel atribuyó a la *"pena un valor de justicia cuando ella trata al hombre como un ser racional y no como el palo al animal hasta el punto de que aquella pena se convierte en un derecho para el delincuente"*³ (cursiva fuera del texto). Las posiciones de los dos autores convergen en el carácter preventivo de la pena, al considerar al hombre como ser digno, racional y autónomo, en contraposición a

³ Política Criminal y Reforma del Derecho Penal, editorial Temis.

los utilitaristas, quienes le dieron una función retributiva al considerar que está debía ser un castigo por el conducta delictiva.

El tercero de los modelos estatales analizados, es el Social de Derecho, que *"Hace relación a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos, combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándole asistencia y protección. Exige esforzarse en la construcción de condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cuál incluye alimentación, vivienda y escasos medios dinerarios para desenvolverse en la sociedad."*⁴

En éste, se le atribuye a la pena la función de prevención de delitos, otorgándole un significado directivo de regulación social a la norma jurídico – penal, asignándole la función de crear expectativas sociales que motiven a la colectividad en contra de la comisión de delitos.⁵ Así, los principios y valores que se plasman en la constitución, deben verse reflejados en la política criminal del Estado, puesto que estos deben erigir todo el ordenamiento jurídico.

Por último, cabe mencionar el Estado Social y Democrático de Derecho, el cual asume una posición ecléctica, pues del Liberalismo es tomado el Estado de Derecho, con el ánimo de proteger a la sociedad de los eventuales abusos de poder, lo que se busca principalmente con la división del poder político y con el establecimiento del principio de legalidad; y del Estado Social, toma especialmente la idea de realizar efectivamente las relaciones sociales, con apoyo en el intervencionismo cuando sea imprescindible.⁶

El sistema penal⁷ en este modelo, es denominado *de libertad*, pues tiene como pilar fundamental el respeto por ella y por la autonomía del individuo, ya que debe ser ésta su finalidad, sirviendo como medio socializador de los intereses colectivos, reflejando así la voluntad del pueblo. No obstante, no solo debe defender de los delincuentes a la mayoría, sino que ha de respetar la dignidad del

⁴ Corte Constitucional T-426 de junio 24 de 1992.

⁵ Política Criminal y Reforma del Derecho Penal, Editorial Temis.

⁶ Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Curso de Criminología, editorial Gente Nueva, 1994, Bogotá.

⁷ El sistema penal debe ser entendido como instrumento de protección de los derechos humanos y de la libertad como derecho inviolable, sobre un plano de igualdad y sin discriminaciones. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Curso de Criminología, editorial Gente Nueva, 1994, Bogotá

delincuente, e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal, siendo por tanto necesario la aplicación del principio de legalidad y de proporcionalidad, al igual que al cumplimiento de la resocialización y la igualdad material.

Por tanto, *“en una concepción democrática la ejecución de las penas debe basarse en la participación del sujeto en ellas, y no perseguir la imposición de un determinado sistema de valores, sino solo ampliar las posibilidades de elección del condenado”*.⁸

Según lo antedicho, es claro que la política criminal desde un aspecto deontológico, depende del modelo filosófico político existente en determinado momento histórico, por tanto es la potestad que tiene el Estado de ejercer un control formal en la sociedad, y refleja cómo el individuo asume dichos parámetros, evaluando de esta manera la efectividad de dicho sistema.

Al respecto, DENIS SZABO considera que *juristas y criminólogos tiene ideas distintas sobre la política criminal; para los primeros, consistiría en la puesta en práctica de los principios legislativamente consagrados en los códigos penales y de procedimiento penales; para los segundos, comprendería, además, una parte descriptiva constituida por el estudio científico de los mecanismos de represión y prevención, y una parte evaluativa que indagaría sobre la eficacia de estos organismos en relación con la normatividad jurídica que los consagra.*

Así pues, es evidente que en Colombia se tiene una teoría del delito que desarrolla a cabalidad los principios y fundamentos propios de un Estado Social y Democrático de Derecho, no obstante, la política criminal aplicable en Colombia, puede ser denominada *“efímera”* dado su inconsistencia e inestabilidad, puesto que dichos principios son omitidos y vulnerados por algunos funcionarios encargados de la realización y ejecución de la política criminal. De igual manera, se demuestra que a pesar de existir una estadística relacionada con los delitos imperantes en determinado momento, no se crean mecanismos que puedan prevenir eficazmente la comisión de dichas conductas, sino que por el contrario, se encamina a reprimir cada vez más al ciudadano, con la imposición de nuevas conductas punibles y el endurecimiento de las penas, obteniendo soluciones mediatas, justificando el fin con los medios.

⁸ Política Criminal y Reforma del Derecho Penal, editorial Temis.

5.2.1.2. Informal.

Desde la época primitiva el hombre ha desarrollado diversas relaciones sociales ya sea por la necesidad de asociarse para subsistir o simplemente con el ánimo de interactuar con sus semejantes, de esta manera ha establecido derechos y deberes que le permiten tener condiciones de vida menos complejas y más organizadas. Sin embargo, las diferentes esferas de su desarrollo social de manera indirecta han estipulado qué conductas le son exigibles para cada uno de los espacios en los que se desenvuelve, tales como la familia, la educación y la sociedad.

Aunque tanto hombres como mujeres a lo largo de su vida, crean relaciones interpersonales, el comportamiento adoptado no es el mismo porque al ser de un género diferente, poseen características especiales, pues la parte psicológica y emocional puede ser expresada por el género femenino mediante conductas específicas y la recepción por parte de la sociedad que la rodea también difiere al momento de aceptarla o reprocharla.

Así, la familia es un factor determinante en el desarrollo del individuo dado que es allí donde comienza su desarrollo, ya sea imitando los comportamientos de sus padres o aprehendiendo unas bases axiológicas que le permiten diferenciar entre una conducta aceptada y una conducta repudiada por la sociedad.

Por otra parte, la mujer, es uno de los integrantes básicos en el núcleo familiar, dado que ella se caracteriza generalmente por darle cohesión a su hogar, transformándose en su eje central, pues desempeña una función integral asumiendo su posición de madre y esposa simultáneamente.

En consecuencia, la familia ejerce control sobre la mujer en el instante mismo en que ella se convierte en un ser indispensable para su normal funcionamiento; la mujer tiene una mayor responsabilidad en su comportamiento, dado que si se tiene conocimiento de la comisión de una conducta punible de su parte, ésta repercute inmediatamente de manera desfavorable sobre su hogar.

Por otra parte, se encuentra la sociedad como factor determinante en el control informal, puesto que el hombre en la cotidianidad se influencia por diversas ideologías que se expresan por medio de la religión, la política y los medios masivos de comunicación, entre otros.

Así, la religión es la encargada de ejercer un control moral sobre la conciencia del individuo dado que traza ciertos principios, valores y límites a seguir e independientemente de la deidad en la que se funden sus creencias, condena o absuelve a los creyentes, fundando así un temor a la desobediencia, más por realizar una ofensa a su dios que por vulnerar los derechos ajenos. Sobre este tópico, H.M Johnson afirmó que, tanto para el grupo religioso como para la sociedad, la religión tiene como función social, el contribuir al mantenimiento de pautas, manejo de tensiones e integración.⁹

En este factor, la mujer se caracteriza por poseer una mayor espiritualidad que le permite un mayor acercamiento con su fe, y por tanto una sumisión a los preceptos religiosos en razón a que posee mayor receptividad que el hombre en estos aspectos, brindándole toda su formación y creencia a sus hijos.

Asimismo, la presión psicológica que se ejerce, surte efectos sobre las convicciones del ser humano, pues para éste tiene la misma connotación, el respeto por la norma moral que por la norma jurídica y materializa en un verdadero control social. De idéntica manera, los medios de comunicación como fenómeno social pueden observarse desde dos ópticas, ya que por un lado, puede coadyuvar con la prevención de los delitos y por otro pueden lograr un aumento en los mismos. Esto se explica en razón de que dichos medios imponen ciertas pautas que trazan parámetros a seguir, sin embargo, en algunas ocasiones persuaden sobre un modelo inexistente o irreal frente a sus receptores, como sucede actualmente gracias al proceso globalizador en que se encuentra el mundo.

5.2.2. LA PENA

La pena es uno de los instrumentos más importantes para el Estado en el control del delito y es a través de ella cómo hace efectivo el tratamiento penitenciario, en consecuencia para el desarrollo del presente trabajo de investigación, se requiere conocer a profundidad este fenómeno.

5.2.2.1. EVOLUCION HISTORICA DE LA PENA

En la etapa primaria del protagonismo del hombre como ser social, se encuentra la pena como mecanismo de defensa de determinada colectividad y a pesar de no

⁹ Criminología – un enfoque humanístico, Jorge Restrepo Fontalvo, Editorial Forum Pacis, Santa Fe de Bogotá, 1993 .

estar institucionalizada, se tenía la concepción que quien irrumpiera el orden debía ser castigado por sus actos contrarios a las reglas de la comunidad. Es entonces cómo “la venganza se ejerce con exceso de barbarie sobre el ofensor y sobre su grupo, sin más limitaciones que las impuestas por el propio poder combativo o guerrero”¹⁰. En esta etapa primitiva, se tiene como forma de castigo o penalización más usual, la llamada **venganza privada**, que consistía en hacer justicia por mano propia.

Por otro lado, los hechos gravosos eran castigados por la venganza de la sangre, mientras que para los leves, la pena era de azotamiento al culpable o el pago de una compensación en dinero o multa, este último, llamado sistema compositivo o **compositio**. Otra forma de castigo implementado fue el **abandono noxal** o expulsión de la paz, el cual consistía en separar al infractor de su grupo social y entregarlo a la colectividad ofendida para que esta hiciera justicia.

De esta forma, el hombre en su proceso evolutivo infirió la importancia de la creación de un ente autónomo que lo gobierne a él y a quienes lo rodean. Esta entidad debía garantizarle su seguridad frente a quienes se atreviesen a menoscabar la armonía de la sociedad. Por tanto, al Estado se le otorgó la facultad punitiva, y es en este instante donde la pena adquiere un carácter público.

De manera que, de acuerdo al tipo de Estado, con determinadas ideologías y principios, surgió la pena, con fines y objetivos propios. Dado que, “la pena es una manifestación del Estado, es expresión del poder estatal”¹¹, “el problema del fundamento de la pena corresponde a aquella determinada época histórica en que el individuo se enfrentaba con un Estado”¹².

Se continúa con la mención del imperio Romano, época que generó cambios significativos con respecto a la forma de castigar porque en un principio, esto es, con la aparición de un poder político estable, imperaba la ley del talión, la cual consistía en la “retribución de un mal por un mal igual”¹³. Aunque es preciso indicar cómo este sistema talional se encontraba de igual forma en el Código de Hammurabi (1950 a.C.), la legislación mosaica y las leyes de Manú.

¹⁰ Luis Carlos Pérez. Nuevas bases del derecho criminal. Página 259.

¹¹ Fernando Velásquez Velásquez. Manual de derecho penal parte general. Editorial Temis S.A. Bogotá 2002. Página 111.

¹² Gustav Radbruch. Filosofía del derecho. Editorial revista de derecho privado. Madrid 1952. Página 212.

¹³ Op. cit. Página 162.

Posteriormente, con la aparición de la Ley de las Doce Tablas (450 a.C.), se limitó el poder del paterfamilias y “la represión penal quedó en manos del poder público, que dio amplia cabida a la prevención general, por medio de la imposición de penas intimidatorias”¹⁴. Es en este momento, cuando se pasa de la venganza privada a la **venganza pública**, ya que con el fortalecimiento del poder político se ve en el delito una ofensa al Estado y a la sociedad misma.

Tras la caída del imperio Romano, surgió la Edad Media, donde la relación iglesia-Estado se hizo más estrecha, y se llegó a establecer el poder absoluto del monarca hasta afirmar que el rey es representante de Dios en la tierra. Este momento histórico dio origen al Estado absolutista, ya que si todo surgió de Dios y el rey es representante de Dios, el poder punitivo (*ius puniendi*) se fundamentaba en dicha representación, por tanto esta época es conocida como fase es **expiación religiosa**. Este punto de vista desembocó en un abuso de poder en cuanto a la forma de castigar, pues quien ofendía al rey, desconocía la voluntad de Dios y cometía delito de lesa majestad divina.

De esta época data la santa inquisición, la cual, entre otras cosas, respondía con el castigo hacia quien no siguiera el pensamiento religioso-estatal. Una muestra del tipo de condena que se ejercía en este momento histórico, fue la impuesta en Francia a un desequilibrado mental llamado Damiens, por haber ofendido levemente a Luis XV: “al condenado se le obligaría a publica retractación ante la puerta principal de la iglesia de París, a donde debía ser llevado y conducido en una carreta, desnudo, con una hacha de cera encendida de dos libras de peso, en la mano; después, en dicha carreta, a la plaza de Gréve, y sobre un cadalso que allí había sido levantado, le debían ser atenazadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y en su mano derecha, asido el cuchillo con que cometió dicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenazadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez, resina ardiente, cera y azufre fundido juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento . Finalmente, se le descuartizo”¹⁵.

Además, debe destacarse que cuando se trataba de delitos de lesa majestad divina, como en este caso, la sentencia cobijaba, además, a los familiares del penado, con el fin de causar un mas grande horror de este crimen¹⁶. Con esto se quiere significar que existía una responsabilidad delegada, además de un gran

¹⁴ Ibíd. Página 164.

¹⁵ Nodier Agudelo Betancur. Estudio preliminar de los delitos y de las penas. Editorial Temis. Bogotá 2003, pagina 11.

¹⁶ Ibíd. Página 14.

abuso de la pena capital. Se concluye como se castigaba la libertad y la tolerancia, pues por naturaleza el Estado absolutista se oponía a todo pensamiento heterodoxo.

Durante los siglos XVII y XVIII transcurrieron las revoluciones burguesas y en medio de éstas surgió el Estado liberal clásico, que por definición se opuso al absolutismo antes señalado. El liberalismo se inició con Locke en Inglaterra, al proponer la tolerancia como base de la libertad, movimiento que luego fue llevado a Francia a través de Montesquieu y allí fue defendido, entre otros, por Rousseau.

El Estado era “una organización política no intervencionista, meramente guardiana, mínima, cuya única función era evitar la lucha de todos contra todos y garantizar un hipotético contrato social y resguardar el orden social”¹⁷. En este caso, las penas dejaron de ser tan graves, ya que se fundamentaban en una mera defensa social así como lo establece el viejo lema del liberalismo “dejar hacer, dejar pasar”.

Posteriormente, el Estado liberal abandonó su posición de guardián para adoptar una política más activa y apareció el Estado Liberal Intervencionista, en el cual, “el ente estatal estaba obligado a ejercer la función punitiva en defensa de la sociedad”¹⁸. Este paraje de la historia fue denominado **etapa humanitaria** de la pena.

No obstante, en medio de esta forma de Estado se configuraron varios excesos en cuanto al derecho penal, pues muchas organizaciones políticas, argumentando la defensa social, aplicaron penas horribles que en realidad no tenían ningún resultado defensivo. Ejemplo de esto fue el Nazismo con sus campos de concentración, donde la muerte, la tortura y la desaparición forzada tomaban formas de penas impuestas a determinadas personas, solo por el hecho de pertenecer a una raza, a una ideología o a una cultura, diferentes. Se recayó en el mismo rechazo hacia la tolerancia presente en el Estado absolutista, demostrando así, en palabras de Hegel, “que lo único que hemos aprendido de la historia es que no hemos aprendido nada de la historia”.

Como respuesta a todos los excesos ocurridos en el siglo XX, aparece el Estado Social y Democrático de Derecho, que al progresar en la defensa de los derechos

¹⁷ Fernando Velásquez Velásquez. Manual de derecho penal parte general. Editorial Temis S.A. Bogotá 2002. Página 26.

¹⁸ *Ibíd.*

humanos generó un derecho penal garantista, no obstante, “la pena sigue siendo una segunda forma de violencia paralela al delito”¹⁹. A este último periodo se le conoce como **etapa científica**, pues como lo señaló el profesor Emiro Sandoval Huerta, el derecho penitenciario y la penología, instituciones tan importantes como el sistema progresivo, la cárcel abierta, la detención de fines de semana, los días –multa, han sido resultado de serias investigaciones sobre el objetivo y finalidad de la pena en el mundo contemporáneo.

5.2.2.2 CONCEPTO Y PRINCIPIOS DE LA PENA

“Tanto si ha de castigar como si ha de tratar con dulzura, debe tratar a los hombres humanamente” GOETHE

Retomando la evolución histórica plasmada en el capítulo anterior, se recuerda que la pena privativa de la libertad, estuvo, desde los albores del derecho penal, acompañada de una “necesidad” de castigar, es decir, de imponer todo tipo de males o agravios al reo valiéndose de medios e instrumentos que lo rebajaron a la más mínima condición humana. Afortunadamente, con los avances del derecho penal se ha logrado humanizar el mismo y hacer de la pena un mecanismo más viable para tratar las conductas criminales.

En la actualidad, la noción de la pena ha trascendido la esfera del mero castigo y ha encontrado en valores y principios materiales su razón de ser. En concordancia con lo anterior, el profesor Cuello Calón²⁰ expresa que *la pena es” la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta por el órgano jurisdiccional competente a la persona que ha realizado una conducta punible, acorde con las pautas legales correspondientes”*.

De lo anterior se desprenden varios elementos que vale la pena destacar: en primera instancia, referirse a privación o restricción, hace notoria la sustracción, cercenamiento o extracción de una serie de derechos como lo son la libertad, la vida, el patrimonio, honor, etc. En últimas constituye un límite a las potestades y facultades del infractor.

Con respecto a la competencia para imponer la pena, cabe manifestar que éste es un ejercicio exclusivo del Estado representado en sus órganos jurisdiccionales;

¹⁹ Ibíd. Página 27.

²⁰ Citado por VELASQUEZ V., Fernando, Manual de derecho Penal, 2007.

este elemento le otorga además, el carácter de legítima a dicha intervención de los derechos, ya que en un Estado Social y Democrático de Derecho, el *jus puniendi* es monopolio exclusivo del mismo; se descarta cualquier posibilidad de que otros agentes lo ejecuten, y si lo hicieren, perderían total legitimidad.

Por otra parte, el autor anteriormente citado, hace mención a la necesidad que la pena solamente sea impuesta a quien cometiere una conducta punible, entendiéndose como tal, aquella actuación u omisión típica, antijurídica y culpable; debido a que de los otros tipos de conductas, diferentes a las punibles, se ocupan otras ramas del derecho.

Por último, se pone de manifiesto que la pena debe estar incorporada a un ordenamiento jurídico establecido, el cual le da vida y soporte; esto permite una posterior asignación de la pena, claro está, enmarcada en el Principio de Legalidad, el cual señala que está desposeída de validez, cualquier pena impuesta sin previa prescripción legal (*nulla poena sine lege*).

Al igual que Cuello Calón, otros autores como Carrara, sostienen que la pena es el mal que la autoridad pública le inflige a un culpable por causa de su delito²¹. Asimismo, el profesor Reyes manifiesta: “*Consideramos como pena en sentido jurídico la coartación o supresión de un derecho personal, que el Estado impone a través de su rama jurisdiccional a sujeto imputable que ha sido responsable de infracción penal*”.²²

En contraposición a los autores anteriormente citados, y a otros, que asocian pena con términos como mal, privación, restricción, castigo, coartación, supresión, cercenación, entre otros, Mario Arboleda Vallejo, expresa que es inconveniente acoger la noción de pena como un perjuicio (mal, disminución o sufrimiento), por cuanto se trata de un concepto formal y restringido que desconoce el fin que el Estado pretende con la misma. Asimismo, sostiene, que la pena es la última reacción institucional, de carácter judicial o administrativo, ante la comisión de un hecho penalmente punible por parte de un sujeto imputable.²³

En este estudio vale la pena sacar un espacio y dedicarlo específicamente a la **pena de prisión** como la pena por excelencia en los regímenes penitenciarios a

²¹ CARRARA, Francisco, *Programa de derecho criminal*, Temis, 2da Edición, Trad. Ortega Torres y Guerrero, Bogotá, 1973, T.II., pág. 33

²² Citado por ARBOLEDA V., Mario, *Derecho Penal*, Editorial Leyer, Bogotá D.C., 2005, pág. 239

²³ ARBOLEDA V., Mario, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Leyer, Bogotá D.C., 2005. Pág. 240

nivel mundial. Al respecto señala Luigi Ferrajoli²⁴ “ *que la prisión no es solo privación de la libertad, la pena de prisión sanción principal del sistema penal no se reduce a privar al condenado de su libertad de movilización como los códigos predicán; ella represente un cambio radical en su vida; se le priva del hogar del trabajo de vivir con la familia , de sus amigos, de su identidad, de sus relaciones sexuales, de la autonomía, de la seguridad, del aire , del sol etc. la pena de prisión se diferencia de las penas corporales antiguas, solo en que el sufrimiento irrogado no se concentra en el tiempo sino que se dilata en un espacio extenso.*”. (cursiva fuera del texto).

Ahora bien, conscientes de los límites y alcances de la pena es preciso mencionar algunos de los rasgos más característicos o elementos que la estructuran, y los **principios** que la deben regir. En primera instancia, se le asigna el carácter de humana, debido a que, si bien representa en gran medida un castigo, el cual conlleva sufrimiento, siendo este inseparable de la pena, no debe ser entendido como uno de sus objetivos.

En relación con lo anterior, el Doctor Juan Fernández Carrasquilla²⁵ dice: “*La pena, que es un mal necesario, no debe sobrepasar la medida de la necesidad social (la protección de bienes jurídicos primarios) en que se inspira, ni infringir al reo sufrimientos innecesarios; debe, en suma, ser el menor mal posible para la sociedad y para el delincuente.*” (cursiva fuera del texto). De esta manera, si bien la pena es una afectación al penado, obligatoriamente debe estar regida por el principio de la dignidad de la persona humana, aún cuando la conducta sea de la más alta gravedad.

Así mismo, la pena debe tener un carácter legal, ya que el castigo debe estar amparado por el Principio de Legalidad tanto del delito como de la pena misma.

Esto implica que una conducta solo puede ser considerada punible y tener asignada una pena, si tanto la primera como la segunda están preestablecidas en el ordenamiento jurídico.

Otro aspecto importante a tratar es la determinación de la pena, vale decir, su especificación, la certeza o la taxatividad de su contenido, representado en: clase,

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Diretto e Ragioni*, Bari, 1989, pg. 410 s.s citado por Mauricio Martínez Sánchez en “la abolición del sistema penal” Temis, Bogotá, 1995, pg. 61.

²⁵ BOHORQUEZ, Jorge y Luis, *Diccionario Jurídico Colombiano*, Editorial Jurídica Nacional, Tomo II, pág. 1705, 2004

duración, agravantes y demás consecuencias. Esta tarea le corresponde al legislador al elaborar el texto normativo.

La igualdad, otra característica de la pena, es un elemento ampliamente controvertido, debido a las dos formas en que puede interpretarse. En primera instancia, entendida como regla general u objetiva, indica que toda persona que cometa una infracción a la ley penal debe ser penada. En segundo lugar, se instala la igualdad en sentido material o subjetiva, cuando se hace necesario discriminar entre las distintas situaciones en las que el autor cometa o incurra en la conducta punible, siendo en últimas el parámetro mas importante para imponer una pena. Es decir, a situaciones similares, tratamiento similar, y a situaciones diferentes, tratamiento diferente.

Resulta también importante, lo razonable que debe ser la sanción penal impuesta, dado que ésta debe ser el resultado de un ejercicio consciente, equilibrado, prudente y moderado por parte del operador judicial, descartando cualquier posibilidad de arbitrariedad que en muchos casos se acompaña de irracionalidad.

Otro elemento importante de la pena, que está totalmente ligado con el anterior, es la proporcionalidad de la misma. Este principio implica reconocer que el grado de la pena debe variar, dependiendo del daño causado (grado de lesividad) y grado de culpabilidad por parte del trasgresor (exigibilidad). La pena debe ser mayor o menor cuando el daño y la culpabilidad sean mayores o menores.

A manera de conclusión y recogiendo lo más valioso de lo antes tratado, permítase mencionar que si bien la pena, en sentido lato, se traduce en un mal, privación o limitación, causado al imputable por el órgano jurisdiccional del Estado, ésta, además, es la última medida al que el Estado debe recurrir ante el hecho motivo de reproche, sin desconocer los fines y funciones que cumple, teniendo en cuenta de las garantías de las cuales debe ir acompañada máxime y en tratándose de un Estado Social y Democrático de Derecho.

5.2.2.3 FINES Y FUNCIONES DE LA PENA

En la implantación y aplicación del derecho penal como instrumento de control social, una de las herramientas con las que cuenta el Estado para cumplir con tal propósito, es la facultad de penar, es decir, la potestad de asignar penas –

privativas y no privativas de la libertad- en los casos y circunstancias señalados por la ley y atendiendo a criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad.

Bajo tales parámetros, resulta claro que la pena no constituye un fin en si mismo sino que es solo un instrumento al servicio de un fin perseguido por el Estado al momento de institucionalizarla y de imponerla. Pero la tarea de determinar la finalidad de la pena ha sido históricamente empresa difícil debido a la falta de consenso al respecto. En consecuencia, en líneas siguientes este trabajo de investigación se ocupará de presentar las distintas corrientes que se han ocupado de la materia y que han nutrido el debate de la determinación del fin de la pena introduciendo valiosos aportes.

5.2.2.3.1. Teoría de la retribución justa²⁶:

Entiende la pena como un mal merecidamente impuesto al sujeto por el hecho cometido. El castigo a imponer está regulado por el grado de culpabilidad, es decir, se pretende con esto que la pena equilibre o compense la culpa; de este modo la pena se entenderá como justa, acorde con la gravedad del delito.

Esta concepción encuentra sustento en la antigua ley del talión: *ojo por ojo, diente por diente*, lo que traduce ofensa por ofensa en la misma medida. Este proceder en manos del Estado no sería otra cosa que la institucionalización de la venganza²⁷.

Esta teoría no encuentra en la pena la finalidad de perseguir intereses socialmente útiles sino la imposición de un mal compensatorio. De esta manera, gana en capacidad de intimidación pero pierde en legitimidad social ya que el derecho penal no está llamado solamente a producir efectos en la conducta del penado sino también a generar un impacto social positivo.

5.2.2.3.2. Teoría de la prevención especial:

Esta teoría, totalmente opuesta a la anterior, interpreta que la misión de la de la pena es hacer desistir al autor de futuros delitos, es decir, le apunta a la

²⁶ El diccionario de la RAL define el vocablo retribución como recompensa o pago de algo.

²⁷ Esta pretensión fue destinada por Beccaria cuando en su texto cumbre de los delitos y de las penas señala la necesidad de que el estado como cuerpo político, bien lejos de obrar con pasión debe ser el tranquilo moderador de las pasiones particulares y no ser instrumento de crueldad inútil, de furor y de fanatismo.

prevención pero dirigida al autor individualmente, por esto se denomina especial. Con este postulado parece cobrar vida la idea de Platón: *“ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque”*. De esta manera se toma distancia de la retribución, la cual se agota en el hecho y se mira más allá de éste.

Cabe destacar que en la modernidad, el máximo exponente de esta doctrina ha sido el político criminal alemán Franz v. Liszt para quien la prevención especial puede operar de tres maneras: (i) Asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de estos. (ii) Intimidando al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos. (iii) Mediante la corrección²⁸, preservándole de la reincidencia.²⁹

La corrección evoca a lo que actualmente se le denomina resocialización o socialización, lo cual constituye un derecho fundamental del condenado que como resultante de su dignidad humana debe tener la oportunidad de integrarse otra vez a la sociedad después del cumplimiento de su pena. Hasta aquí consulta los principios del estado social de derecho.

No obstante según Roxín³⁰, el defecto más grave de esta teoría consiste probablemente en que, al contrario de la teoría de la retribución, no proporciona una escala para la fijación de la pena. Entiende el mismo autor, que esta carencia conllevaría a retener al condenado el tiempo necesario hasta que estuviera resocializado, lo cual conduciría a una condena con pena indeterminada.

Otro punto débil de esta teoría, señala Roxín, es el hecho de que no saber qué hacer con los autores que no están necesitados de resocialización.

²⁸ Muchos se han preguntado con que derecho deben dejarse educar y tratar los ciudadanos adultos por el estado. Para filósofos como Kant y Hegel aquello constituye una violación de la dignidad humana.

²⁹ Este es uno de los grandes retos de esta teoría en el cual se puede resumir su éxito o su fracaso. Podríamos decir que esta teoría se la apuesta casi toda a la resocialización como mecanismo de prevención si lo logra en gran medida, significa que su triunfo esta supeditado a esta; en cambio la retribución menos pretenciosa puede verificar su triunfo solo con la imposición de la pena ya que ese es su fin. Cabe apuntar que en Colombia aunque el ordenamiento juridicopenal al instituir la resocialización como principio de la pena los índices de reincidencia están cercanos a un 70 %.

³⁰ Roxin, Claus. Derecho penal parte general, editorial civitas, 1997 pág. 88.

De lo anterior se colige, que si bien la prevención especial, teniendo como fundamento la resocialización, satisface en gran medida las exigencias del derecho penal moderno, la teoría presenta, en la práctica, algunos vacíos que le restan eficacia.

5.2.2.3.3. Teoría de la prevención general

Esta tendencia no ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en su impacto sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y alejada de su violación. Esta teoría busca la prevención del delito persuadiendo a la comunidad, por eso también se le ha denominado teoría de la coacción psicológica³¹, ya que considera que la imposición de la pena debe perseguir la intimidación de los ciudadanos.

Afirma Roxín, que de esta teoría se puede distinguir dos aspectos, a saber: Uno negativo, que se representa con el concepto de la intimidación, no obstante la realidad haber demostrado que, más que a la pena, el delincuente teme verdaderamente al riesgo de ser atrapado. Otro aspecto positivo, que se basa en la conservación de la confianza y la firmeza en el poder de ejecución del ordenamiento jurídico. A diferencia del aspecto negativo que puede degenerar en terror estatal, este último está revestido de un componente pedagógico, más recomendable para los seres humanos.

No obstante, esta doctrina ha sido muy criticada por el hecho de no incluir al igual que la prevención especial, una medida para la determinación de la pena. Además, porque según ella, el castigo no pretende influir en la conducta del condenado, sino que se concentra en los efectos sobre la comunidad, motivo por el cual, muchos autores se han atrevido a afirmar que con esta teoría se trata al condenado como un instrumento para la persuasión de los demás.

Como ya se ha visto, ninguna de las teorías anteriores ha podido resistir a las críticas y por lo tanto, ninguna ha resultado satisfactoria a la hora de resolver el problema de determinar el fin de la pena. Frente a esto, se ha intentado zanjar el problema con la creación de teorías mixtas o unificadoras o de la unión, que si

³¹ Esta doctrina ha sido desarrollada principalmente por Feuerbach quien sostenía que toda infracción va precedida de un impulso sensitivo el cual puede suprimirse al saber cada cual con toda seguridad que su hecho irá seguido de un inevitable, que será más grande que el desagrado que surge del impulso no satisfecho por la comisión.

bien parten del entendido de que ni la teoría de la retribución, ni las preventivas pueden por si solas determinar el contenido y los límites de la pena, no son más que una combinación de las concepciones abordadas hasta ahora. Estas teorías consideran la retribución, como el pilar, y la prevención especial y general, como fines de la pena que se persiguen simultáneamente. Roxín habla de una teoría unificadora aditiva que mediante el facilismo de la suma de fines no posibilita la concepción unitaria de la pena como uno de los medios de satisfacción social.

En consecuencia, Roxín va más allá y propone una nueva teoría a la cual ha denominado teoría unificadora preventiva “dialéctica” Es ésta una teoría ecléctica, que recoge y conserva lo más valioso y compatible de las teorías tradicionales, que amortiguan sus deficiencias mediante la complementación y restricción. Es así como el autor señala que para esta teoría: primero, el fin de de la pena debe ser exclusivamente preventivo, puesto que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular (especial) como sobre la colectividad (general).

Pese a la posibilidad de procurar al mismo tiempo por una prevención general y particular, se advierte que estas pueden entrar en conflicto cuando la satisfacción de ambos fines requiere de cuantía de penas distintas. Cuando esto ocurre, debe dársele prelación a la especial ya que la resocialización es un imperativo constitucional que no puede ser desobedecido donde sea posible su cumplimiento.

La preferencia a la prevención especial no excluye la general, la debilita en forma leve y tolerable.

Por otra parte y a diferencia de Kaufman, señala que se debe renunciar a toda retribución ya que ésta pretende que el castigo sea el fin de la pena, pero esto no es viable según Roxín, por cuanto las instituciones jurídicas no tienen “esencia” alguna independiente de sus fines, sino que esa “esencia” se determina mediante el fin que con ellos se quiere alcanzar. Para evitar cualquier cuestionamiento sobre este punto, el autor advierte que si bien en ocasiones el infractor no reviste peligro para la sociedad, eso no obsta para dejar de aplicar la pena o para que al aplicarla el fin sea la retribución, ya que mediante el fin preventivo general se puede penar y buscar la persuasión de la comunidad.

Además, Roxín propone el principio de la culpabilidad como medio de limitación para la intervención, porque si bien este autor descarta la teoría de la retribución, sí considera necesario tomar uno de sus elementos, el de la culpabilidad, como

baremo para la pena y de este modo entra a suplir, la carencia más notoria de las formas preventivas. Se pretende que con este elemento la pena no rebase el grado de culpabilidad,³² así no se alcance a consolidar el proceso resocializador.

En este punto debe ceder el Estado y beneficiar la libertad. Por otra parte, la pena puede no alcanzar la culpabilidad, pero esto está permitido siempre y cuando lo avale su fin preventivo.

En últimas, Roxín lo que pretende es una teoría completa nutrida de las tradicionales, pero que llene sus vacíos y adquiere una riqueza teórica, pero también una eficacia práctica, mediante la cual la pena sirva a los fines de prevención especial y general. La pena debe ser limitada en su magnitud por la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite cuando lo hagan necesario las exigencias preventivo-especiales y no se opongan las exigencias mínimas preventivo-generales.

Por otra parte, en el Estado Social de Derecho colombiano, la ejecución de la pena debe tener esencialmente una función resocializadora o de reinserción social como la llama el actual estatuto de penas.

Con fundamento en el principio de la dignidad humana y el reconocimiento de una serie de derechos de las personas, Colombia suscribió los convenios y tratados sobre Derechos Humanos, que propugnan por la eliminación de su legislación, de normas relacionadas con la pena de muerte y la condena o prisión perpetua, tal como lo hace la Constitución Política en su artículo 34.

Lo anterior ha llevado a los distintos países a imponer límites mínimos o máximos a la duración de la pena, y más concretamente, a las sanciones privativas de la libertad. La dosificación de las penas se deja en manos del legislador, quien según el tipo de delitos y las circunstancias de la realidad nacional, fija unos topes a las penas aplicables, desde luego, con estricta sujeción a los mandatos de la constitución, de manera análoga a como acontece con la función que le compete cumplir al juez, a quien en cada caso particular debe imponerla sujetándose a los límites, parámetros de ponderación establecidos en la ley.

³² Roxin señala que la sensación de justicia, a la cual le corresponde un gran significado para la estabilización de la conciencia jurídicopenal, exige que nadie pueda ser castigado más duramente de lo que se merece; y “merecida” es solo una pena acorde con la culpabilidad.

5.2.3 DERECHO, SISTEMA, REGIMEN Y PENITENCIARIO

La pena privativa de la libertad cumple con sus funciones y hace efectivos sus fines a través del tratamiento penitenciario, de ahí la importancia de establecer teóricamente y normativamente su alcance.

5.2.3.1 Conceptos:

Es preciso antes de dilucidar algunos aspectos relevantes del sistema penitenciario, referirse a la terminología usualmente empleada dentro del mismo”:

“El Derecho Penitenciario³³, que hace parte del derecho público interno, es el conjunto de principios y prácticas que rigen la aplicación de las medidas de orden preventivo (medidas de aseguramiento) y el cumplimiento de las penas y de las medidas de seguridad decretadas por los funcionarios competentes.³⁴ (...)

(...) Sistema Penitenciario. Organización creada por el Estado para la ejecución de las sanciones penales (penas o medidas de seguridad) que importan privación o resistencia de la libertad individual, como condición “sine qua non” para su efectividad.

Régimen Penitenciario. Conjunto de condiciones e influencias que se reúnen en una institución para procurar la obtención de la finalidad particular que se le asigna a la sanción penal con relación a una serie de delincuentes criminológicamente integrada. Así comprende una serie de factores que juegan precisa e intencionalmente para el logro de la armonía y finalidad del régimen en cuestión. Entre otros: a)- arquitectura penitenciaria; b)- personal idóneo; c)- serie o grupos criminológicamente integrados de sentenciados, d)- nivel de vida humana en relación con el de la comunidad circundante.

Tratamiento Penitenciario. Consiste en la aplicación intencional a cada caso particular de aquellas influencias peculiares específicas, reunidas en una institución determinada para remover, anular o neutralizar los factores relevantes de la inadaptación social del delincuente”.³⁵

³³ Artículo 1º del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993).

³⁴ Saavedra Rojas, Edgar y otra. La pena y su ejecución. Medellín; tesis de grado. P. 69 – 77.

³⁵ Castro Pineda María Carolina, Política Penitenciaria Y Carcelaria En Colombia - Pontificia Universidad Javeriana - Santafé de Bogotá, D.C. – 1998 p. 47 citando a J. Carlos Básalo

5.2.3.2 Principales modelos penitenciarios:

A lo largo de los tiempos, la prisión ha tenido diferentes finalidades y se ha aplicado de diversas maneras, según la concepción política, económica y social imperante en determinada época. Inicialmente, *“la detención propiamente dicha no tuvo en general una función punitiva”*³⁶, se *“consideró el encierro como un aseguramiento preventivo del acusado, como la forma de mantener seguros a los procesados antes del juicio”*³⁷ como sucedía en la período romano y la edad media, no obstante, *“la cárcel como pena en sentido propio, nació en el seno de las corporaciones monásticas de la Alta Edad Media, recibiendo después el favor de la iglesia católica (...) a causa de su específica adecuación a las funciones penitenciales y correccionales (...). Y se afirmó como pena, perpetua o temporal, solamente en los siglos XVII y XVIII (...) Pero fue en el siglo pasado que la pena carcelaria llegó a convertirse en la principal de las penas, desplazando progresivamente a todas las demás”*³⁸ (cursiva fuera del texto).

Así, al tener la prisión una finalidad diferente según la concepción de delito, de delincuente y de las condiciones antes mencionadas, debía ser también diferente la infraestructura, los reclusos, el tratamiento y en general todas las circunstancias en las cuales se mantiene recluido a determinada persona y que pueden *“grosso modo”*, exponerse a través de los siguientes modelos o regímenes penitenciarios

5.2.3.2.1. Comunitario:

Es el primer sistema conocido, y se caracteriza principalmente por la reunión de los reclusos, tanto en el día como en la noche, indistintamente de la personalidad, sexo, conducta cometida, edad y demás condiciones diferenciales. Lo anterior llevó a su abolición, porque fue imperioso concluir que con *“la comunicación sin obstáculo entre seres de diferente madurez delictiva, perjudicaba a los menos degradados”* y se favorecían graves problemáticas, tales como el *“hacinamiento y la promiscuidad”*³⁹,

³⁶ Ferrajoli Luigi, Derecho y Razón Teoría Del Garantismo Penal, editorial Trotta, S;A, 1995 (carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet: Ulpiano).

³⁷ Rodríguez Pineda Ana Cecilia, Sistema Carcelario Colombiano, ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa fe de Bogotá, 1998.

³⁸ Ferrajoli Luigi, Derecho y Razón Teoría Del Garantismo Penal, editorial Trotta, S;A, 1995.

³⁹ Acosta Muñoz Daniel, Sistema Integral de Tratamiento Progresivo Penitenciario, Santa Fe de Bogotá, 1996 .

5.2.3.2.2. Filadélfico, Pensilvánico o Celular

“The state of prisons” o *el Estado de las prisiones*, publicada en 1777 por el inglés John Howard, es considerada como una de las obras más relevantes para el proceso de reforma carcelaria, pues no solo describe la situación en las prisiones del momento, sino que a su vez elabora ciertas recomendaciones para mejorar la calidad de vida de las personas privadas de la libertad y con él comienzan a tomar fuerza las ideas de humanización que empezaban a cautivar los espíritus y las mentes de aquel entonces.

Lo anterior, debido a que fueron precisamente esas ideas plasmadas por Howard, la marcada ideología religiosa predominante en “William Penn”⁴⁰, las hostilidades a las cuales fue sometido mediante el tiempo que estuvo en prisión, y la primera organización norteamericana para la reforma del sistema penal “*sociedad filadélfica*”, los artífices de la creación de este sistema penitenciario, en las colonias británicas de Norte América (Pensilvania) y posteriormente, su acogimiento en los países europeos.

Lo mas característico de este modelo y por ello la denominación, es el aislamiento diurno y nocturno en las celdas de la prisión⁴¹, consideradas como la célula del establecimiento, puesto que era allí donde el interno debía realizar una auto reflexión sobre la conducta acaecida, leer los textos bíblicos dejados y trabajar . “*De esta forma entendían que había una reconciliación con Dios y la sociedad*”⁴².

Las ventajas que puede atribuírsele a este sistema son “*la disciplina, la reflexión y la autocrítica*”⁴³; dado que al no existir el contacto con los demás reclusos, “*desaparecen las asociaciones criminales*, hay un espacio para la cavilación, no se requiere tanto personal de vigilancia, no hay riesgo de fugas, entre otros.

⁴⁰ Fundador de la colonia inglesa “Pensilvania”

⁴¹ Ferrajoli Luigi, Derecho y Razón Teoría Del Garantismo Penal, editorial Trotta, S;A, 1995 .

⁴² Acosta Muñoz Daniel, Sistema Integral de Tratamiento Progresivo Penitenciario, Santa Fe de Bogotá, 1996.

⁴³ Acosta Muñoz Daniel, Sistema Integral de Tratamiento Progresivo Penitenciario, Santa Fe de Bogotá, 1996 .

Las desventajas analizadas fueron : *“No mejora ni hace al delincuente socialmente apto, no lo educa; produce una acción nefasta contra la salud física y mental 44 pues la falta de movimientos predispone a enfermedades, locuras y psicosis de prisión; Crea desigualdades entre quienes están acostumbrados al aire libre y quienes no lo están; Impide la implantación de un régimen industrial en el trabajo carcelario, que requiere de talleres adecuados; Lo que faltó, y no había penetrado en la cabeza de los ideólogos de este sistema, fue la idea de mejoramiento social, al pensar sólo en el encierro y en el remordimiento y no en la vuelta al medio social.”*45

5.2.3.2.3. Auburniano, Mixto o de Silencio

Fue implementado en la ciudad de Auburn en el Estado de Nueva York en 1820, como alternativa al sistema celular que se había revelado como excesivamente rígido y fuente de locura. 46

Está fundado en una severa disciplina, consistente en permitir el trabajo en comunidad en el día en absoluto silencio, y ordenar el aislamiento en la noche, así como la implementación de duras sanciones como la aplicación de penas corporales.

Las ventajas atribuidas son entre otras, *“que facilita la organización del trabajo, el silencio evita el intercambio de ideas entre los presos y se adapta a la naturaleza sociable del hombre.”*47

No obstante lo anterior, se criticaba el exceso en el que se incurría al momento de castigar los reclusos y el suplicio que significaba no poder cruzar palabra con aquellos con quienes trabajaba.

⁴⁴ *“Quita al criminal toda fuerza y energía, enerva su alma, debilitándola y espantándola y presenta por último una momia disecada y media loca, como un modelo de arrepentimiento y enmienda”.* Dostoievski

⁴⁵ <http://html.rincondelvago.com/penologia-y-sistemas-penitenciarios.html>

⁴⁶ Ferrajoli Luigi, Derecho y Razón Teoría Del Garantismo Penal, editorial Trotta, S.A, 1995 .

⁴⁷ Acosta Muñoz Daniel, Sistema Integral de Tratamiento Progresivo Penitenciario, Santa Fe de Bogotá, 1996.

5.2.3.2.4. Clasificación o belga.

Este régimen surgió en Francia, *“Agrupa a los reclusos según la gravedad y naturaleza de su falta, así como el tiempo de duración de la pena” De él se ocupó el código de las Partidas, en el que fue consagrado, tomado en cuenta la clase social a que pertenecía el delincuente, sus rasgos generales los deriva de los sistemas primitivos. Dichas características son: reunión de los penados por grupo, según la naturaleza del delito, la duración de la condena, el sexo y la edad.* 48

5.2.3.2.5. Reformatorios.

Fue fundado en 1869, en Nueva York, por Brockway, con la finalidad de reformar o rehabilitar a personas jóvenes. Por lo anterior ha sido considerado como el régimen más educativo, al formar social, intelectual y moralmente al delincuente, pero al no tener claridad del tiempo necesario para la consecución efectiva de los fines, no se establecía un tiempo en el cual debiera permanecer en dicho lugar puesto que dependía del avance o retroceso de cada uno de los individuos.

5.2.3.2.6. “All Aperto” (al aire libre)

Surge en Europa a fines del siglo pasado y se incorpora paulatinamente en América del Sur, rompiendo con el esquema clásico de la prisión cerrada. Se fundamenta en el trabajo agrícola y en obras y servicios públicos que coadyuva con la salud física y mental del recluso. *“El trabajo agrícola debe entenderse en un amplio sentido; es decir, como cultivo y explotación de campos, las industrias pecuarias, cría de ganado, industrialización de productos y subproductos, etc. Se ha perseguido con ello, aparte de desagotar las superpobladas prisiones, integrar a los reclusos a la economía nacional y facilitarles el aprendizaje de oficios útiles y productivos.*49

⁴⁸ Acosta Muñoz Daniel, Sistema Integral de Tratamiento Progresivo Penitenciario, Santa Fe de Bogotá, 1996.

⁴⁹ Castro Pineda María Carolina, Política Penitenciaria Y Carcelaria En Colombia - Pontificia Universidad Javeriana - Santafé de Bogotá, D.C. – 1998.

5.2.3.2.7. Progresivos.

Estos modelos aparecen a mediados del siglo pasado, caracterizándose porque *“poco a poco atenúan el rigor de la sanción, buscando la satisfacción de las necesidades básicas y realización personal del penado”* Así:

Montesinos - 1834: fue adoptado por el director de prisiones de Valencia España y consistía en la división de la ejecución de la pena en tres etapas:

- *Etapa de hierro: el recluso era sometido a una rígida disciplina, llegando incluso a utilizar cadenas y grilletes al igual que la bala de cañón atada al pie.*
- *Etapa de trabajo: el penado se dedica a alguna actividad productiva que representaba un ingreso para el y su familia.*
- *Etapa de libertad intermedia: el interno trabaja fuera del establecimiento penitenciario y pernocta en el⁵⁰ (cursiva fuera del texto).*

Maconochie o de Boletas - 1840:

Fue promovido por Maconochie en la colonia penal de Nolfork en el año de 1840 y consistía establecer el tiempo de duración de la pena atendiendo al trabajo y a la conducta del penado, a quien se le hacía entrega de un número de vales obtenidos con trabajo y buen comportamiento, de acuerdo con la gravedad del delito y la pena impuesta.

Al arrojar resultados positivos, se implemento en Inglaterra un sistema progresivo dividido en tres fases y que consistían en:

- Aislamiento diurno y nocturno (régimen filadélfico o celular)

⁵⁰ Valderrama Jaime, La Progresividad en el Tratamiento Penitenciario, Revista Prisiones, 1984.

- Mixto: trabajo en comunidad y en silencio en el día y aislamiento en la noche (régimen Auburniano) hasta obtener los boletos o vales
- Libertad Condicional (ticket of leave)

Obemayer - 1842:

Este sistema se basaba en la vigilancia mutua, es decir, los mismos internos daban cuenta del comportamiento y actividades de sus compañeros, se dividían en grupos a los reclusos y se dejaba en cada uno de ellos un “*elemento bueno*” que influenciara a los demás, al igual que se pasaba por varias etapas:

- vida en común y en silencio.
- agrupación de los reclusos según su homogeneidad.
- libertad anticipada⁵¹.

Croffton - 1854: basado en los anteriores regímenes dado que dividió el tratamiento en las 4 etapas:

- Reclusión celular diurna y nocturna sin comunicación (Sistema Filadelfio).
- En la jornada diurna trabajo en comunidad en silencio y en la nocturna aislamiento (Sistema Auburniano).
- El de prisión intermedia: Trabajo al aire libre en el exterior de la prisión por lo general agrícola y con una remuneración.
- El de libertad condicional, esencialmente vigilada.

⁵¹ Galvis Rueda María Carolina, Sistema Penitenciario Y Carcelario en Colombia Teoría y Realidad, Pontifica Universidad Javeriana, Bogotá, 2003.

Al igual que, utilizo los vales o boletos acumulativos por comportamiento y trabajo para pasar de una etapa a otra.

De lo anterior es importante destacar que, *“La idea central de este sistema, es la disminución de la intensidad de la pena en función de la conducta y el comportamiento del interno (...) el recluso deja de ser un sujeto pasivo de sistema penitenciario para disponer, a través de su trabajo y conducta, de una libertad anticipada”*⁵²

5.2.3.2.8. Panóptico:

Fue el jurista inglés Jeremy Bentham, quien ideó un régimen penitenciario denominado panóptico, consistente en diseñar un centro carcelario donde se vigilara a todos los reclusos de manera constante sin que ellos pudiesen ver u oír en qué momento se realizaba, por lo que *“La estructura de la prisión incorpora una torre de vigilancia en el centro de un edificio anular que está dividido en celdas, que aíslan a los reclusos entre si y se implementan ciertas condiciones para evitar que se conozca el momento de vigilancia”*⁵³

*“Ni siquiera hace falta que el vigilante vigile, bastaría con que los vigilados sientan que podrían ser vistos haciendo algo que no deben, bastaría la idea de mirada, aunque ésta no exista todo el tiempo, sintiéndola pasar sobre sí, para que el individuo termine por interiorizarla hasta el punto de vigilarse a sí mismo y actuar en consecuencia. La mirada, el panóptico en sí, es la idea del poder en sí mismo: poder para controlar a las personas y modificar su conducta”*⁵⁴

5.2.3.3 Historia penitenciaria y carcelaria en Colombia

En Colombia se han implementado algunas disposiciones para regular lo atinente al régimen penitenciario y carcelario, es así, como el Decreto ley 1405 de 1934, impulsó los procesos de clasificación y tratamiento, ordenando el inicio del período de observación, la agrupación afín al delito cometido, la reincidencia, la edad, los antecedentes y las circunstancias personales. De igual manera, el Decreto 1817 de 1964, reformó la legislación anterior y dio aplicación al Sistema Progresivo, el

⁵² Téllez Aguilera Abel, Marco Jurídico del Sistema Progresivo, Memorias Primer Seminario Internacional, Sistema Progresivo Penitenciario, Santa Fe De Bogotá, 1996.

⁵³ <http://es.wikipedia.org/wiki/Pan%C3%B3ptico>

⁵⁴ <http://www.versvs.net/anotacion/panoptico-carcel-perfecta-jeremy-bentham>

cual se ejecuto por intermedio del Decreto 1985 de 1966, normatividad que creó el centro de Observación, Clasificación y Rehabilitación y se ocupó de estructurar una planta de profesionales de alto nivel, sin reglamentar sus funciones y objetivos prácticos, motivo por el cual, más tarde, el Decreto 3176 de 1968 determinó la planta del Ministerio de Justicia, aboliendo el grupo de especializados en la Dirección General de Prisiones⁵⁵. Al respecto, señaló el sociólogo Daniel Muñoz:

“Las penitenciarías en nuestro país, adquieren real importancia como dispositivos de control social con el desarrollo del capitalismo en los años 30, se explica así, el auge de las construcciones durante la década de los 40 (Picota, Palmira, Popayán, etc.), la expedición de los primeros decretos sobre administración carcelaria (Código Carcelario de 1934 o decreto 1405) y la creación de la División de Prisiones.(...)”

Con la Ley 35 de 1914 y el decreto orgánico el 1557 se creó y señaló el camino de la institución carcelaria, denominada División General de Prisiones. Aunque la adscribió al Ministerio de Gobierno, un ordenamiento posterior —el Decreto 1422 de 1918— delegó en los Gobernadores de Departamentos, funciones que eran propias del Director. La Ley 30 de 1933 sustituyó la Sección de Prisiones del Ministerio de Gobierno, por el Departamento del ramo. Hasta el año 1940 la entidad mencionada se convirtió en Departamento del Ministerio de Justicia con el nombre de “Dirección General de Establecimientos de Detención, penas y medidas de seguridad”. (...)”

El mayor avance en materia penitenciaria, entonces, lo da el Decreto 1405 de 1934, primer Código Penitenciario Colombiano. Que no efectuó ningún aporte en el ámbito estructural sino que vino a adecuar la legislación penitenciaria nacional a las formulaciones derivadas de la ideología liberal intervencionista, más conocida como “El Discurso Resocializante”; conviene anotar que de los 290 artículos que componían este Decreto, 237 fueron insertados luego, casi en su total literalidad, en el Decieto 1817 de 1964, que se constituyó en el Código Penitenciario Colombiano hasta el año 1993.

El Decreto 3172 de 1968, orgánico del Ministerio de Justicia, le dio competencia a la Dirección General de Prisiones para ejecutar la política penológica del Estado con fundamento en que la pena debe tener por fin la reforma del delincuente y su conveniente reintegro al núcleo social, debiendo procurar por tanto su defensa, su educación y su moralización.

⁵⁵ Acosta Muñoz Daniel, Experiencias Contemporáneas Del Sistema Progresivo.

El Decreto 1817 de 1964 fue importante en el desarrollo de la Institución, pero la dependencia administrativa y el déficit de recursos de todo orden la mostró inoperante durante los años en que se mantuvo como Dirección General.

La Dirección General de Prisiones al ser un organismo dependiente del Ministerio de Justicia no tenía una capacidad de gestión, una autonomía administrativa ni financiera, ni un patrimonio y capital propio que le permitiera desarrollar una gestión moderna, eficaz e integrada. Por ello una comisión asesora de estudio de la Unidad de Evaluación de Proyectos, presentó un proyecto de Decreto (21) que dio como resultado la transformación de la Dirección General de prisiones en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, según los Decretos 2160 del 30 de diciembre de 1992 y 1242 del 20 de julio de 1993, cuyo objetivo fundamental gira en torno a la función readaptadora que minimice la crisis carcelaria y el impulso de una política penitenciaria resocializadora que determine cambios actitudinales a partir de los aspectos jurídicos, médicos, sociales, psicológicos, espirituales, laborales, educativos, deportivos y laborales”

No obstante, es el código penitenciario y carcelario colombiano promulgado en 1993 por medio de la ley 65 el que goza de plena vigencia, y establece en su articulado un régimen penitenciario y carcelario mixto, toda vez, que ordena la aplicación tanto del sistema progresivo⁵⁶ como el de clasificación, lo que puede evidenciarse en:

- Artículo 12: *“el cumplimiento de la pena se regirá por los principios del sistema progresivo” (subrayado fuera del texto)*
- Artículo 63: *“Los internos en los centros de reclusión, serán separados por categorías, atendiendo a su sexo, edad naturaleza del hecho punible, personalidad, antecedentes y condiciones de salud física y mental. Los detenidos estarán separados de los condenados, de acuerdo a su fase de*

⁵⁶ Con el sistema de Tratamiento Progresivo se fortalecerá la observancia de los valores humanos, tendiente a la reincorporación social en forma útil, lícita y productiva. (...) No solamente se busca ubicar al infractor de la ley en un estadio que va desde un régimen cerrado de máxima seguridad hasta uno en confianza en la cárcel de lo que se trata es que el interno proyecte su plan de vida en un medio apropiado, de acuerdo con un diagnóstico dado por la Junta de Clasificación y estudio, participar de un sistema de oportunidades, no es reproducir el sistema de Montesino y someter a todo recluso a una etapa rígida, luego a una productiva y finalmente a una preparatoria a la libertad, se trata de la orientación de un equipo interdisciplinario para observar y clasificar técnica y científicamente a los reclusos y brindar el tratamiento requerido, superando los factores de riesgo y atendiendo sus necesidades básicas.

tratamiento; los hombres de las mujeres, los primarios de los reincidentes, los jóvenes de los adultos, los enfermos de los que puedan someterse al régimen normal.

La clasificación de los internos por categorías, se hará por las mismas juntas de distribución de patios y asignación de celdas y para estos efectos se considerarán no solo las pautas aquí expresadas, sino la personalidad del sujeto, sus antecedentes y conducta” (subrayado y cursiva fuera del texto)

De igual manera, la mencionada ley, determinó los principios que deben erigir dicho sistema, las fases existentes, el personal y las condiciones necesarias para avanzar con el tratamiento de las personas privadas de la libertad y demás circunstancias imperiosas para la efectividad de los fines de la sanción penal. Así, tenemos entre otros los siguientes:

- Artículo 143: *“El tratamiento penitenciario debe realizarse conforme a la dignidad humana y a las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto. Se verifica a través de la educación, la instrucción, el trabajo, la actividad cultural, recreativa y deportiva y las relaciones de familia. Se basará en el estudio científico de la personalidad del interno, será progresivo y programado e individualizado hasta donde sea posible” (subrayado fuera del texto)*

- ARTÍCULO 144: *“El sistema del tratamiento progresivo está integrado por las siguientes fases:*
 1. *Observación, diagnóstico y clasificación del interno*

 2. *Alta seguridad que comprende el período cerrado*

 3. *Mediana seguridad que comprende el período semiabierto*

 4. *Mínima seguridad o período abierto*

 5. *De confianza, que coincidirá con la libertad condicional*

Los programas de educación penitenciaria serán obligatorios en las tres primeras fases para todos los internos, sin que esto excluya el trabajo. (...)

PARÁGRAFO. La ejecución del sistema progresivo se hará gradualmente, según las disponibilidades del personal y de la infraestructura de los centros de reclusión.

- *ARTÍCULO 145: El tratamiento del sistema progresivo será realizado por medio de grupos interdisciplinarios integrados por abogados, psiquiatras, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, médicos, terapeutas, antropólogos, sociólogos, criminólogos, penitenciaristas y miembros del cuerpo de custodia y vigilancia.*

Este consejo determinará los condenados que requieran tratamiento penitenciario después de la primera fase. Dicho tratamiento se regirá por las guías científicas expedidas por el INPEC y por las determinaciones adoptadas en cada consejo de evaluación. En caso de no ser necesario el tratamiento penitenciario, el INPEC, reglamentará el cumplimiento de las fases restantes.

5.2.4 REDENCIÓN DE PENA

Dentro del tratamiento penitenciario juegan un papel muy importante los mecanismos de redención de la pena, como quiera que son instrumentos encaminados a lograr que el interno avance hacia su resocialización y a su vez anticipe su libertad.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española redimir significa librarse de una obligación o extinguirla, así como poner término a algún vejamen, dolor, penuria u otra adversidad. Y esa obligación o penuria en el contexto del derecho penal no es otra que la pena⁵⁷, y más precisamente la pena de prisión.

En la legislación colombiana existen varios mecanismos de redención y en ese orden todos los penados tienen la posibilidad de ir disminuyendo el quantum de su pena.

⁵⁷ DICCIONARIO RAE Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta.

Frente a lo anterior la corte constitucional Colombia median sentencia T-061de 2009 expresó lo siguiente: *“Las personas que ingresan a un centro carcelario autores de un delito, encuentran la oportunidad bien sea trabajando o estudiando de redimir la pena que les fue impuesta. Dentro de sus funciones, las cárceles se encargan de resocializar al individuo, con el fin de obtener la paz; es decir, permitiendo que el preso pueda rehabilitarse por medio del ejercicio de una actividad económicamente productiva, impidiendo de esta manera que el infractor de la ley pueda incurrir en nuevos hechos punibles.”*

Significa lo anterior, que los mecanismos de redención de pena encuentran sustento en los fines que a la pena ha dado el legislador, entre los cuales se destaca el de la resocialización, puesto que mediante la actividad productiva realizada por los internos, el Estado pretende que éstos se aparten de las conductas desviadas y apropien o consoliden las que sean de provecho para si mismos y para la sociedad.

En el mismo sentido el doctor Heraclio Fernández Sandoval señala que *“el espíritu de la ley, no es simplemente reducir por reducir las penas, sino además hacer que el infractor se dedique de tiempo completo a alguna actividad, pues es el más eficaz instrumento para el logro de la reinserción social, esto es, de conseguir que vuelva a ser útil a la sociedad, y no un problema más. Claro, es que así, en primer lugar desterramos el ocio en los establecimientos de reclusión, que indudablemente, es lo que conduce a recibir lecciones del mal, y no del bien, retomando fácilmente el camino del delito”*⁵⁸

Por otra parte, también permiten desarrollar el principio de la progresividad de la pena, que mira los avances que el interno debe mostrar en su tratamiento penitenciario y determinar la temporalidad del mismo.

La ley 906 de 2004 (código de procedimiento penal) consagra en su capítulo VII la redención de pena por trabajo, estudio y enseñanza. El artículo 530 se ocupa de la redención de pena por trabajo y estudio, así: *“El juez de ejecución de pena y medidas de seguridad concederá la redención de la pena por trabajo y estudio a los condenados a penas privativas de la libertad.”*

⁵⁸ Academia colombiana de jurisprudencia. Trabajo de posesión como miembro correspondiente “logros y propuestas en derecho penal, penitenciario e internacional” del Dr. Heraclio Fernández Sandoval, Bogotá, 04 de agosto de 2005.

A los detenidos preventivamente y a los sentenciados, se les abonará un día de reclusión por dos días de estudio o de trabajo.

Se computará como un día de estudio o de trabajo⁵⁹ la dedicación a estas actividades durante ocho horas, así sea en días diferentes...

Sobre el trabajo como mecanismo de redención de pena el Viceprocurador General de la Nación (e) mediante concepto rendido e la sentencia T- 009 de 1993 expreso que *“antes que la redención de la pena, el trabajo en la prisión ha sido previsto por el legislador, como una actividad de vital importancia para alcanzar la resocialización del sujeto, para que aprenda a emplear medios lícitos con el fin de alcanzar sus objetivos y mejorar su calidad de vida. De ahí que la redención de la pena únicamente se instituye como un beneficio adicional, que se va concediendo por el juez de penas, en la medida que efectivamente el recluso ha cumplido el supuesto de hecho, esto es, el desarrollo de un trabajo o el estudio”.*

Por su parte el artículo 531 contiene la redención de la pena por enseñanza y reza *“El recluso que acredite que haya actuado como instructor de otros en cursos de alfabetización o de enseñanza primaria, secundaria artesanal, técnica y de educación superior, tendrá derecho a que cada cuatro horas de enseñanza se le computen como un día de trabajo siempre y cuando haya acreditado las calidades necesarias para ejercer la función de instructor o educador”.*

La ley 65 de 1993 (código penitenciario y carcelario) en su artículo 99 establece además la redención de la pena por actividades literarias, deportivas, artísticas y en comités de internos. Pero es clara al señalar que estas actividades programados por la dirección de los establecimientos, se asimilarán al estudio para efectos de la redención de la pena, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto dicte la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

⁵⁹ Para sentar claridad sobre algunas interpretaciones desviadas dadas al anterior artículo la corte constitucional mediante sentencia **T- 009 de 1993** señaló que carece de justificación constitucional o legal la pretensión de otorgar el carácter de laborados a los días de descanso remunerado para efectos de ser tenidos en cuenta en la redención de pena. No debe confundirse la naturaleza salarial y prestacional de la garantía laboral del descanso remunerado con una decisión legislativa - hoy inexistente -, en el sentido de otorgarle a dichos días el carácter de laborados en materia de ejecución de la pena.

El artículo 99a de la misma ley adicionado por la ley 415 de 1997, artículo 2 consagra el trabajo comunitario como mecanismo de redención de pena, pues dispone que los condenados a penas de prisión o arresto que no excedan de cuatro (4) años, podrán desarrollar trabajos comunitarios de mantenimiento, aseo, obras públicas, ornato o reforestación, en el perímetro urbano o rural de la ciudad o municipio sede del respectivo centro carcelario o penitenciario.

Vale decir que estos mecanismos bien empleados son totalmente importantes toda vez que periten que el interno pueda sentirse estimulado para dedicarse durante su cautiverio a una de estas actividades, ya que le significaría reducir considerablemente su pena. Así no lo haría con desagrado, sino todo lo contrario, con entusiasmo y dedicación el máximo de tiempo permitido, toda vez que le representaría su regreso anticipado a la libertad.

El artículo 532 de la misma ley, atinente a los requisitos para acceder a estos beneficios establece que la solicitud de rebaja de pena por trabajo, estudio o enseñanza, debe ir acompañada de los siguientes documentos:

1. Certificación del consejo de disciplina o del director del establecimiento, sobre buena conducta del detenido, y
2. Certificados de los directores de los establecimientos donde hubiere estado recluso el peticionario, acerca del tiempo que hubiere estado trabajando, estudiando o enseñando.

La ley 65 de 1993 en su artículo 82 dispone que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad constatará en cualquier momento, el trabajo, la educación y la enseñanza que se estén llevando a cabo en los centros de reclusión de su jurisdicción y lo pondrá en conocimiento del director respectivo.

El artículo 101 establece las condiciones para la redención de pena y consagra que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, para conceder o negar la redención de la pena, deberá tener en cuenta la evaluación que se haga del trabajo, la educación o la enseñanza de que trata la ley. En esta evaluación se considerará igualmente la conducta del interno. Cuando esta evaluación sea negativa, el juez de ejecución de penas se abstendrá de conceder dicha redención. La reglamentación determinará los períodos y formas de evaluación.

Así mismo, el artículo 102 señala que la rebaja de pena de que trata este título será de obligatorio reconocimiento de la autoridad respectiva, previo el lleno de los requisitos exigidos para el trámite de beneficios judiciales y administrativos.

El actual Código Penitenciario es muy exigente para permitir la redención de penas por trabajo o estudio. Anteriormente bastaba, en términos generales, que al recluso se le anotaran las horas por estas actividades. Ahora el trabajo o el estudio deben ser evaluados por una junta, previo el control de asistencia, rendimiento de labores o superación de exámenes. Con base en esta evaluación el director del centro de reclusión expedirá la certificación correspondiente, con destino al juez de ejecución de penas.

Lo que se pretende es evitar disminuir la pena por disminuirla, teniendo en cuenta, como se dijo en líneas anteriores, los fines de de la pena para dotar de eficacia estas medidas redentoras.

No obstante la seriedad con la que se debe manejar estos asuntos, ésta parece no ser una preocupación de todos, muestra de ello se constituyó la propuesta presentada ante la cámara de representantes por la pastoral⁶⁰ penitenciaria de la iglesia Católica colombiana, en el sentido de proponer rebaja⁶¹ de penas para presos con motivo del bicentenario de la nación. .

Queda pues claro que, si bien los mecanismos de redención de pena son solo un instrumento con los que cuenta el Estado para satisfacer el fin resocializador de la pena de prisión, su importancia no es mínima, por tal motivo su aplicación debe ser razonable, clara y justificada, para así evitar que los condenados se burlen del sistema penitenciario y utilicen estos mecanismos como comodín para salir de la prisión y continuar con sus conductas delictivas.

⁶⁰ Información tomada del Departamento de Comunicación Social de la conferencia episcopal colombiana.

⁶¹ La Pastoral Penitenciaria pretende en cierta medida que se repita que la historia de hace 100 años, cuando decenas de presos salieron de la cárcel cuando la entonces Asamblea Nacional de Colombia autorizó, a través de la Ley 36, la rebaja de la tercera parte de la condena para los presos del país con motivo del centenario de la Independencia.

5.2.5 LA CRIMINALIDAD DEL GÉNERO FEMENINO Y LAS PRINCIPALES CAUSAS QUE LA PRODUCEN

La pena para cumplir con sus fines debe estar conectada con las necesidades del autor del delito, en consecuencia, cuando se aborda el tema en relación con la criminalidad femenina, es necesario establecer las características propias de la criminalidad de la mujer y los principales factores identificados como generadores de un delito en la sociedad colombiana.

Para incursionar en este tema se debe tener en cuenta cómo en un Estado de Derecho se establece el principio de igualdad formal, esto es, desde la perspectiva del derecho positivo, mientras que un Estado Social de Derecho va más allá del reconocimiento meramente formal, para dar paso al logro de una verdadera igualdad, esto es, de una igualdad material.

En el caso Colombiano, la constitución de 1991 ha establecido que las personas son iguales ante la ley, sin embargo, señala que hay ciertas personas que por discriminación, discapacidades, estado de indefensión, etc., merecen un trato diferente; y es el reconocimiento de estas diferencias, lo que permite que en la realidad se obtenga el respeto de los derechos fundamentales de las personas en la dogmática de esta forma de Estado.

Ahora bien, dicho trato diferente es razonable, porque la única manera de lograr una verdadera igualdad es reconociendo la desigualdad, pues una persona en estado de marginación nunca va a tener un comportamiento igual a otra que se encuentre en un estado más favorable, si no se establecen medidas que la favorezcan. Esta concepción de igualdad es aplicable al caso femenino, pues en la tradición católica latinoamericana, la mujer ha sido vista en un rol biológico, pero además de su papel reproductivo, se le añade la responsabilidad constante en la formación de los hijos, lo que ha generado un alto grado de discriminación.

Es por ello que resulta importante decir que la mujer es asociada de manera contundente con la familia, la que ejerce sobre ella un primer control social que le impide menoscabar los bienes jurídicos de otras personas. Sin embargo, esta concepción de la mujer como miembro encargado únicamente de labores del hogar, se ha convertido en una forma de opresión por parte de la sociedad, pues en ésta, la mujer adquiere valor en tanto que pertenece al núcleo familiar, lo que ha llevado a afirmar que *“la mujer que vive en el núcleo cerrado familiar, en la*

*esfera doméstica, es igual que la reclusa de una cárcel, olvidada socialmente*⁶²” (Teresa Miralles Pág. 135).

Lo anterior, ha permitido que la mujer sea observada en otros ámbitos diferentes a los hechos delictivos y a las conductas punibles; y cuando delinque se la considera *“como un ser anormal porque se aparta del rol atribuido socialmente”*⁶³. Empero, la población femenina no es ajena a estos comportamientos, aunque delinque menos que los hombres, ya que los estudios criminológicos señalan que la criminalidad femenina ha sido en la mayoría de los casos inferior que la masculina, estableciendo una relación de “90 a 10”⁶⁴ entre ésta y aquella.

Pese a lo anterior, el comportamiento criminal no es extraño a la mujer, ya que *“ un medio en el que la fuerza física es el valor angular a partir del cual se establece la distribución de tareas y de privilegios, determina que sea el hombre el que asuma los roles más activos y más relevantes, y se produzcan también en este sexo una mayor tasa de trastornos y conductas desviadas”*⁶⁵, pero, con el tiempo, el desarrollo de la sociedad misma y la globalización, la mujer ha tomado más roles en su vida, diferentes a la familia, y es probable que su creciente participación en actividades profesionales, antes reservadas exclusivamente para los hombres, la pongan en contacto con factores desestabilizadores de su conducta

Pero aunque el índice de la criminalidad femenina es menor que la masculina, es trascendental detenerse para analizar las posibles causas de la misma y así comprender qué conduce a que la mujer cometa actos contrarios a la ley.

Para lograr dicho cometido se deben mencionar dos factores explicativos de este fenómeno, seleccionados como factores endógenos y los exógenos.

El factor endógeno, explica la baja criminalidad femenina, en las características biológicas y psicológicas de la mujer, básicamente en su débil contextura física y sus problemas de sexualidad, estos últimos, culpables de producir una serie de

⁶² MIRALLES, Teresa. El pensamiento criminológico. Página 135

⁶³ Artículo “La delincuencia femenina”. María del Mar Lorenzo Moledo. Universidad de Santiago de Compostela. www.psicothema.com/pdf/3488.pdf.

⁶⁴ Alfonso Reyes Echandía, Criminología. Editorial TEMIS, Bogotá, 2003. Página. 90.

⁶⁵ Artículo “Aspectos psicobiológicos de la delincuencia femenina”. J. GUERRA Profesor Titular de la Universidad del País Vasco y A. LERMA Doctora en Medicina. www.google.com.co/search?hl=es&rlz=1R2GPEA_es&ei=V1pjS_uLKJGXtgfe3fSiBg&sa=X&oi=spell&resnum=0&ct=result&cd=1&ved=0CBAQBSgA&q=aspectos+psicobiologicos&spell=1

modificaciones en su cuerpo y la psiquis, los cuales se concretan en los momentos de la menstruación, el embarazo, el parto, la menopausia entre otros. Es importante nombrar, a manera de ilustración, como en el periodo de menstruación, la mujer presenta mayor *“frecuencia de reacciones antisociales en razón de ciertos fenómenos fisicoquímicos que aumentan las tendencias egoístas y agresivas y que son la consecuencia de un proceso de intoxicación que sufre la mujer durante este periodo: el tono afectivo del humor varía, se torna irritable y no son extrañas las crisis distímicas que pueden conducirla a la comisión de hurtos y lesiones personales”*⁶⁶.

En este mismo orden, se ha llegado a afirmar que la conducta agresiva en la mujer se relaciona con una determinada fase del ciclo menstrual en el que se producen cambios de humor, e incluso puede llegar a una conducta delictiva. Se refiere al denominado «Síndrome Premenstrual» (SPM) que relaciona las fluctuaciones hormonales en la mujer con determinada sintomatología agresiva, irritativa, de ansiedad, depresión, etc.

Es Frank en 1931, quien describe por primera vez un conjunto de síntomas, entre los que destaca la «tensión nerviosa», que aparecen de 7 a 10 días antes de la menstruación y que se alivian con la aparición del sangrado periódico. Este autor propone como causante de todo ello a las hormonas ováricas. El término de «Síndrome Premenstrual» es acuñado por Green y Dalton (1953) para referirse a una serie de síntomas diversos que aparecen tras la ovulación y se acentúan en los días que preceden a la menstruación, desapareciendo con la llegada de ésta.

Los síntomas del SPM son de dos tipos: somáticos y psicológicos. En una reciente revisión sobre el tema Bancroft y Bäckström (1985) encuentran que los cambios psicológicos premenstruales más importantes son los siguientes: irritabilidad, depresión y falta de energía. Lerma (1987) encontró que un 46% de las mujeres estudiadas presentaban un aumento de la irritabilidad en la fase premenstrual.

Este aumento de la irritabilidad premenstrual podría contribuir a un aumento de los actos agresivos durante esta fase del ciclo (Floody, 1983).

Existen diversos estudios en los que se pone de manifiesto un mayor número de actos agresivos cometidos durante la fase premenstrual.

⁶⁶Alfonso Reyes Echandía. Op. cit. Página 91.

Morton y Colr., (1953) observaron que el SPM conlleva un aumento de la irritabilidad y de la hostilidad, que puede llegar a una agresividad de tipo irritativo que, sobre todo en sujetos con poco autocontrol, puede desencadenar un acto violento. Los antecedentes judiciales de una serie de reclusas por él estudiadas mostraron que el 60% de los actos de violencia criminal realizados por mujeres ocurren durante la semana premenstrual, mientras sólo el 2% se realizaron al final del período menstrual.

Una de las autoras que más se ha destacado en el estudio de la asociación entre ciclo menstrual y comisión de delitos es la Dra. Dalton, quien llevó a cabo una investigación con internas, la que arrojó el resultado de que al menos la mitad de las mujeres estudiadas cometieron su delito durante la menstruación o el premenstruo (Dalton, 1961).

Ellis y Austin (1971), por su parte, informaron que un estudio realizado con 45 presas durante tres ciclos menstruales consecutivos; registró actos agresivos por parte de las reclusas y se identificaron 174 conductas agresivas que se presentaron en los días premenstruales y menstruales, de los cuales 1/3 fueron ataques físicos y 2/3 verbales.

Además, durante los días premenstruales se encontraron altos niveles de irritabilidad en los auto-registros de las propias mujeres. Este aumento de la irritabilidad y de la agresividad en el período premenstrual se ha repetido en los estudios de la Dra. Dalton. Así, encontró que la incidencia de maltrato infantil era mayor en las fases pre- y post- menstrual (Dalton, 1975). Posteriormente, en 1980, luego de un estudio realizado con tres mujeres que presentaban historias delictivas cíclicas se las diagnosticó de SPM, fueron tratadas con éxito con progesterona. En ese mismo año, participó en dos juicios en Inglaterra, en los que testificó que dos mujeres que presentaban historiales de comisión de actos incontrolables de agresión sufrían una forma severa de SPM. La Dra. Dalton consiguió eliminar sus impulsos agresivos por medio de terapia con progesterona. El tribunal encargado de juzgarlas les concedió la libertad provisional en vez de imponerles una condena de prisión⁶⁷.

“Así se podría postular que un organismo que se dirige hacia la acción segrega una serie de hormonas, que en ese caso no sería la causa sino la consecuencia de la acción. Posiblemente ambos elementos estén interrelacionados de tal manera que la socialización incida en la fisiología y viceversa, mejor que en pensar en una unidireccional causa fisiológica. La diferencia entre ambos sexos no

⁶⁷ Artículo “Aspectos psicobiológicos de la delincuencia femenina”. Op. cit.

*estaría en su capacidad para ser más o menos agresivos, sino que los diferentes mecanismos biológicos predispondrían a desarrollar una mayor o menor violencia*⁶⁸

Es entonces este factor el que expone que existen ciertas condiciones biológicas y mentales que hacen que la mujer tenga características especiales, lo que la convierte en un ser más pasional y sensible, lo cual incide al momento de delinquir, ya que la mujer delincuente, tiene como una de las causales de su conducta, sensibilidades que afectan su psiquis.

Por otra parte, cabe mencionar cómo se utiliza en primera línea, comportamientos de engaño, manipulación o seducción, antes que la fuerza; lo anterior se evidencia en ciertas bandas que utilizan mujeres como distractores para hurtar o para trasladar a las víctimas a lugares donde se encuentran más indefensas.

El segundo factor es el exógeno, que se refiere al entorno en el que se desenvuelve la mujer, el cual postula que el ambiente familiar, la conserva más tiempo que al hombre *“dentro del estrecho marco hogareño y le brinda por ende menos oportunidades de acercarse al delito”*⁶⁹. Aunque este factor presenta a la familia como control social de la delincuencia femenina, ésta, al mismo tiempo, puede llegar a ser una de las causas de la misma criminalidad femenina, ya que la mujer al tener un instinto de protección hacia los seres que se encuentran bajo su cuidado, hace que en ocasiones, al verse sin ninguna opción de proporcionar a su familia cierta estabilidad económica, tome el camino de la delincuencia para así satisfacer las necesidades de sus congéneres. Lo anterior se presenta en mayor grado, en las mujeres cabeza de hogar, puesto que al no tener el soporte económico y afectivo de su pareja, las lleva a tomar decisiones equivocadas.

Por otro lado, la religión se encuentra dentro de los factores exógenos que explican que la delincuencia femenina sea inferior a la masculina, ya que trae diferentes conceptos como el pecado, la divinidad, la bondad, la maldad, etc., los cuales influyen de manera más hondamente en la mujer que en el hombre y *“le da una mayor solidez a sus frenos inhibitorios a través del fortalecimiento de su conciencia moral”*⁷⁰. Lo anterior ilustra la incidencia que tiene el marco espiritual en el comportamiento de la población femenina, ya que el mismo permite en la mujer mayor reflexión al momento de realizar conductas antisociales, y así alejarla del crimen.

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ Alfonso Reyes Echandia. Op. cit. Página 92.

⁷⁰ *Ibíd.* Página 92.

No obstante, es menester aclarar que la desproporción entre la delincuencia femenina y la masculina no es estable respecto de todos los delitos, ya que hay determinados tipos penales donde es imperiosa la presencia de la mujer como sujeto activo de la conducta, como por ejemplo, el aborto que trata el art. 122 del código penal colombiano, el cual puede llegar a ser efectuado por encontrarse la madre en un marco social que la lleva a tomar esta decisión o, peor aún, es obligada a ello por mantener un estatus social, o lo hace por no desear esta situación, o por simplemente haber sido generada por relaciones traumáticas, como se presenta en los casos de acceso carnal violento.

Continuando con la etiología del delito cometido por la mujer, no puede desconocerse que entre los factores externos está el de tipo económico y en torno al mismo, es importante, en principio, conocer su determinación en Colombia, ya que se debe tener en cuenta que si “el fin natural y ético de la economía es la satisfacción racional de las necesidades de la humanidad”⁷¹, los medios que se utilizan para su ejecución dentro de un Estado son inadecuados para llevar a cabo su objetivo y se produce con ello un desequilibrio social que da lugar a la adopción de medios ilegales que suplan lo que se dejó de satisfacer, lo que suele llevar a la comisión de diversos delitos.

Así, un Estado Social y Democrático de Derecho tiene como base un régimen económico que propende por el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, motivo por el cual, la constituyente de 1991 fijó una serie de principios y valores, que se convierten a su vez en derechos y deberes con los cuales debe regirse la actuación de las ramas del poder público, en cuanto a la planeación y ejecución de la economía, teniendo en cuenta las variables de cada época.

Una muestra fidedigna de lo que plasma la carta política es el artículo 334 el cual expresa:

“la dirección general de la economía estará a cargo del estado. Este intervendrá por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

⁷¹ Cataño T, Ramón Abel, Ideas económicas mínimas.

El estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.”

Con el fin de darle una interpretación mucho más amplia al artículo anterior, la Corte Constitucional en su sentencia C-074 de 1993 manifestó:

“(…) La constitución diseña un marco ontológicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente, de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social, principios como la igualdad y la solidaridad, y los derechos y libertades civiles, sociales, económicas y culturales que conforman la razón de ser y los límites del que hacer estatal.

En segundo lugar, la constitución dota al estado de una serie de instrumentos de intervención en la esfera privada, en el mundo social y económico, con el fin de que a partir de la acción pública se corrijan posdesequilibrios y desigualdades que la propia carta reconoce y se pueda buscar, de manera real y efectiva, el fin ontológicamente cualificado que da el sentido a todo el ordenamiento” (Cursiva fuera del texto).

Se trata entonces de ver cómo la Constitución se convierte a su vez en la razón de ser y en límite de las acción pública y privada, otorgando de esta manera unos lineamientos básicos sobre los cuales debe diseñarse la política económica estatal.

Sin embargo, como lo señala el tratadista Jorge Restrepo Fontalvo: *“En una economía frágil y dependiente como la colombiana, no son infrecuentes las crisis económicas, que, generalmente, golpean de manera mas directa a las clases populares, con sus secuelas de inflación y desempleo primordialmente”⁷² .*

La anterior situación genera un colapso en el modelo del Estado Social de derecho, donde la producción, oferta y demanda de bienes y servicios no guarda relación con el incremento en los medios de pago, lo que conduce a establecer, que si el individuo enfrenta necesidades y no las puede satisfacer, éstas pueden motivarlo a comportarse de una manera delictiva.

⁷² RESTREPO FONTALVO, Jorge. Op.cit. página

Es entonces procedente decir, que según la variación del nivel de riqueza o desempleo, puede aumentar o disminuir la criminalidad, no obstante que, el factor económico-laboral no es la única causa que conlleva a la comisión de un punible.

Así el doctor Andrés Roemer en su libro economía del crimen, plantea cuatro maneras con las que el desempleo y el crimen pueden relacionarse: el efecto **necesidad** (el desempleo crea estrés personal, lo que conduce a un número de patologías sociales: crimen, mala salud, problemas mentales, suicidio); el efecto de la no **causalidad** (tanto el crimen como el desempleo tienen causas comunes, pero uno no es la causa del otro): el efecto **afluencia** (algunas personas encuentran el crimen más rentable que un trabajo lícito) y el efecto **envidia** (el individuo considera que merece la misma recompensa, que otro, por su esfuerzo, y, posiblemente le robe una parte de ella).⁷³

Cabe señalar, que a pesar de la complejidad que encierra el ser humano, las diversas causas que originan el delito y lo inexacto de su comportamiento, lo que guarda una frecuente relación es la correspondencia entre pobreza y desempleo, pues ambas son causas y consecuencias al mismo tiempo, y sus efectos dirigidos hacia el hombre siempre modificarán todas las esferas en las que éste se desenvuelve, convirtiéndose el hombre desempleado que en una víctima de una crisis económica y en un ser vulnerable.

Esta situación incide algunas veces en su salud mental y física, deteriorando su autoestima, llevándolo a estados anímicos como la depresión y la ansiedad, produciendo igualmente en él, trastornos adaptativos en la sociedad, y haciéndolo más vulnerable a adquirir adicciones peligrosas, además de causar un desequilibrio en sus relaciones familiares.

En consecuencia, el factor económico al momento de determinar las causas de la criminalidad, es uno de los más importantes, pues ejerce gran influencia en todos aquellos espacios en los que el hombre se desarrolla, ayudando a comprender cómo, a partir de un modelo de estado y la adopción de ciertas políticas, se puede generar una reacción social positiva o negativa, dependiendo de la receptividad y renuencia que cause.

⁷³ Roemer Andrés. Economía del crimen.

Esta realidad social colombiana toca muy de cerca a la mujer, máxime cuando ella asume la responsabilidad integral de la familia.

También es preciso dedicar algún espacio de este capítulo al factor educación, pues resulta indiscutible que la carencia de la misma, precipite a muchas mujeres hacia comportamientos criminales, que podrían evitarse si se atendiera oportunamente a esa necesidad social.

Etimológicamente, la palabra educación proviene de *educare*, entendida como: llenar, nutrir, alimentar, esto es, busca proporcionar conocimientos; asimismo, de *educere*, concebida como guiar, conducir fuera de, puesto que pretende sacar del individuo aquellas cosas que ha aprehendido a lo largo del tiempo. La RAE ha definido la palabra educar como: “*dirigir, encaminar, doctrinar// Desarrollar o perfeccionar las facultades del niño o del joven por medio de preceptos, ejercicios, ejemplos, etc. Educar la inteligencia, la voluntad*”⁷⁴. (cursiva fuera del texto).

Kant resalta cuatro grandes fines que la educación cumple en el desarrollo del hombre, a saber: la disciplina, entendida como la sumisión de la barbarie o de sus instintos salvajes; la cultura, la cual comprende la instrucción y la enseñanza; la civilidad, que exige buenas maneras, amabilidad y prudencia y por último, la moralización, que pretende brindarle ciertos criterios para que pueda trazarse y elegir “buenos” fines, otorgándole gran importancia para que el individuo aprenda a pensar, a obrar por principios, de los cuales se origina toda acción y no solamente a recibir una instrucción mecánica. En razón de esto, afirmó que únicamente por la educación, el hombre llega a ser hombre⁷⁵

Aquí cabe el cuestionamiento de establecer si esto realmente se materializa, para saber hasta qué punto el proceso educativo, efectivamente, logra influir en el individuo para la comisión de conductas punibles o para la abstención de la mismas y por tanto de qué manera interviene en la criminalidad?

Inicialmente, es importante reiterar que la educación no se entiende solo como ese aporte intelectual o cultural, adquirido de manera formal, no formal o informal, sino que también conlleva a la aprehensión de ciertos aspectos axiológicos, determinados por el medio político, económico y social en que se desenvuelve el individuo, puesto que como lo afirmo Lola Aniyar: “*Se educa a través de todos los*

⁷⁴ Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, Real Academia Española, Espasa, 2001 – http://html.rincondelvago.com/teoria-e-instituciones-educativas_1.html

⁷⁵ Imanuel Kant, La Pedagogía <http://www.librosgratisweb.com/html/kant-inmanuel/pedagogia/index.htm>

*órganos de control social informal: la familia, la religión, la escuela, los medios de comunicación y de información, la literatura, etc”*⁷⁶ (cursiva fuera del texto).

Por tanto, al indagar sobre la ausencia de la educación intelectual o cultural formal y no formal, es necesario remitirse a uno de los factores que más influye en la criminalidad, o mejor, el más significativo, es decir, la situación económica, pues, de una u otra forma es una de sus causas y consecuencias, dado que es innegable el hecho de que algunos individuos por sus bajas o paupérrimas condiciones de vida no puedan acceder a ella, o al hacerlo, reciben una calidad muy baja, en comparación con aquellos que si ostentan una buena condición; por tanto, esa privación, implica una imposibilidad de conseguir un empleo con buena remuneración económica, no solo por la competencia desigual, sino porque no podría desempeñarlo cabalmente, dejando a la persona en un gran desequilibrio social y sin mayores oportunidades para su subsistencia.

Asimismo, al examinar el medio económico, político y social que gira en torno al sujeto, puede concluirse que evidentemente, en la mayoría de casos, influye en el comportamiento del ser humano, puesto que no es lo mismo que el individuo se desarrolle, rodeado de drogas, maltratos, miseria, entre otros, a que lo haga con personas afectuosas, respetuosas del ordenamiento jurídico y con una buena posición social.

En relación con esto, Sutherland en su Teoría de la Asociación Diferencial, expuso, *grosso modo*, que la conducta desviada o delictual es aprendida, es decir, que los individuos llegan a ser criminales debido a su contacto con patrones criminales y a causa de su aislamiento de factores anti criminales.⁷⁷ No puede desconocerse entonces, el medio como factor importante para el comportamiento humano.

Por lo anterior, compete a cada Estado, implementar los mecanismos necesarios para erradicar estas condiciones infrahumanas e inequitativas. Y en este orden de ideas, es preciso recordar que la Carta Política estableció en Colombia un Estado Social de Derecho, que busca entre otros fines, servir a la comunidad y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes allí consagrados, como la igualdad, al expresar que todas las personas gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación.

⁷⁶ Criminología – un enfoque humanístico, Jorge Restrepo Fontalvo, Editorial Forum Pacis, Santa Fe de Bogotá, 1993.

⁷⁷ Criminología, Alfonso Reyes Echandía, editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999

Así mismo, consagra la obligación del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y de erradicar el analfabetismo. Impone también, el derecho fundamental a la educación, la cultura y la libre expresión de la opinión de los niños, y el derecho de los padres de familia a escoger el tipo de educación para sus hijos menores.⁷⁸ No obstante, la realidad es que la desigualdad es cada vez más notoria y aguda.

Precisamente, al respecto dijo el Dr. Reyes Echandía: *“En Colombia se imparte una instrucción más o menos discreta pero no se educa realmente, vale decir, no se forma la personalidad, ni se le hace adquirir al adolescente conciencia de sí mismo y de su posición frente al núcleo social en el que vive y ha de desarrollar su actividad futura; de tal manera que la experiencia escolar no le sirve para que se percate del radio de acción de sus derechos ni del ámbito de sus obligaciones, y una instrucción sin el ámbito morigerador de una eticidad sólidamente estructurada, corre el riesgo de una desviación social”*⁷⁹

Por otra parte, algunos criminólogos han tratado de dar respuesta al grado de Influencia de la educación en la criminalidad, así, Lombroso, por ejemplo, estableció que la educación escolar puede servir tanto para aumentar como para disminuir la delincuencia al reducir los delitos feroces y aumentar los naturales.

Por su parte Ferri, afirmó que existía una influencia positiva entre ellas. Por otro lado, Garófalo consideró que no podría reformarse a alguien que fuese de naturaleza perversa. Resulta también oportuna la cita de Nicéforo, quien estableció que los analfabetas tienden a los delitos de violencia, mientras las personas cultas se inclinan a los delitos fraudulentos. El tratadista Rivera Llano, aseveró que la falta de educación religiosa, moral, social, política, la creación de causas que crean complejos y la carencia de preparación practica para el trabajo, son formas en que la escuela puede contribuir al aumento de la delincuencia.⁸⁰

Infortunadamente, la mujer colombiana por muchos años ha sido discriminada negativamente en el medio educativo, particularmente en el sector rural, situación que la ha hecho muy vulnerable al delito.

⁷⁸ Constitución Política de Colombia

⁷⁹ REYES E, Alfonso. Op.cit.

⁸⁰ RIVERA LLANO, Abelardo. Fenomenología del delito. Santa Fe de Bogotá. 1975.

Finalmente, en la criminalidad femenina inciden además algunos factores generados en la influencia de terceros, quienes, en ciertos casos, utilizan a la mujer como instrumento para la comisión de conductas antisociales. De ahí surge el interés primordial por analizar cuáles son las causas para que la mujer se preste a cometer tales actividades, sabiendo que lo que hace es contrario a un ordenamiento jurídico imperante, y que tendrá posibles consecuencias para ella.

Es en estas circunstancias, las personas que manipulan o convencen a la mujer para realizar estas conductas delictuales, lo hacen, posiblemente, porque encuentran en ellas características que podrían facilitar la comisión de delitos, puesto que en la sociedad, la mujer tiene un rol de delicadeza, sumisión y fragilidad, que la aleja de las actividades contrarias a la ley, por tanto, es difícil para la misma sociedad y las autoridades, creer en ocasiones que determinados ilícitos son cometidos por ellas.

Ahora bien, es propio analizar en este acápite, lo que la teoría general del delito llama la autoría mediata, la cual es un elemento amplificador del tipo, que “se presenta cuando el agente realiza el tipo penal valiéndose de otra persona que actúa como instrumento, para la ejecución de la conducta consagrada en la ley”.⁸¹ Es prudente señalar que en este caso, quien es utilizado, no tiene, ni comparte el dominio del hecho con la persona que la manipula, puesto que de lo contrario, entraríamos al ámbito de la coautoría o la coparticipación criminal.

Es entonces posible que la mujer, en estos casos, pueda actuar conducida por violencia física o mental que ejerzan sobre ella. De igual forma, puede operar dominada por una situación de dependencia económica o afectiva hacia quien le ordena cometer el ilícito; tal es el caso, de la mujer completamente enamorada de su esposo, quien para mantenerlo junto a ella hace todo lo que él le pide, por el temor de un posible abandono. De igual forma, cuando existe una dependencia económica, ya que para mantener la estabilidad financiera, las mujeres realizan cualquier actividad que les pidan, puesto que en ciertas ocasiones, se sienten en deuda con quienes les han brindado dicha estabilidad.

De lo anterior, se puede concluir que esta causa de la criminalidad, puede darse por una falta de personalidad de la mujer receptora de la orden, o por encontrarse bajo amenaza y no hallar otra alternativa distinta a la que un tercero le indica. Lo anterior se ejemplifica, con aquella madre que le secuestran su hijo y le piden realizar otro delito para obtener su pronta liberación.

⁸¹ Teoría General de Derecho Penal. Fernando Velásquez Velásquez. Página 448.

5.3. MARCO JURÌDICO

Dentro de las bases teóricas que han servido de soporte al trabajo de investigación se elaboró un marco jurídico integrado por las Normas Constitucionales, Legislación Nacional, Normatividad Internacional y Derecho Comparado.

5.3.1. Marco Constitucional.

Corresponde al principal referente jurídico del presente trabajo, como quiera que es necesario precisar el rango de donde proceden los derechos fundamentales de las mujeres privadas de libertad y cuya efectiva protección debe estar garantizada en un tratamiento penitenciario que se cumple dentro del marco de un Estado Social de Derecho.

5.3.1.1 Principios Constitucionales.

El tema de los principios y los valores constitucionales ha tomado gran relevancia en los últimos años a partir de la constitución de 1991, pues ahora el juez y el ciudadano no se encuentran frente a un ordenamiento jurídico compuesto solo de reglas jurídicas, que señalan un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, sino además, frente a unas normas más generales en donde el campo interpretativo es mucho mayor.

La característica principal de los principios y valores es que gracias a su generalidad, irradian todo el ordenamiento jurídico constitucional y legal, dirigen la actividad estatal y la de todos los ciudadanos, y en general, son las bases axiológicas que el mismo constituyente ha establecido.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha definido con mucha claridad el concepto de principio constitucional, entre otros documentos, en la sentencia T-406 de 1992 que, dictada durante el primer año de funcionamiento de la alta corporación, ha brindado las bases jurisprudenciales sobre este concepto. Esta sentencia establece que *“los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que*

establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana (...)

“(...) Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.”⁸² (cursiva fuera del texto)

Luego, desde el punto de vista doctrinal, un principio, en palabras de Robert Alexy es un “mandato de optimización”⁸³, esto es, “una norma que ordena que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y

⁸² Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992.

⁸³ Robert Alexy. Derecho y razón práctica. Editorial Coyoacan. México D. F. año 2002. Pág. 13.

fácticas”⁸⁴, esto implica que un principio, como el respeto por la dignidad humana, debe ser el fundamento de las actuaciones, aplicable de manera constante y permanente, pues es la base axiológica que dirige toda la actividad estatal y particular.

En síntesis, un principio es una prescripción jurídica general, vinculante, base del Estado y de la Constitución, un mandato para el presente que señala el ser del Estado, un punto de partida y un criterio de interpretación.

5.3.1.2 Estado social de Derecho:

La Constitución colombiana consagra en su artículo 1º que Colombia es un Estado Social de Derecho y hace con esto una configuración estatal como principio constitucional. Por tanto, este principio fundamental *“sirve de marco general a las instituciones constitucionales... .. debe orientar todo el amplio espectro del ordenamiento jurídico. Es una fórmula constitucional que debe ser atendida como la conjunción indescindible del Estado de Derecho con la idea de Estado Social.”*⁸⁵

Históricamente, *“el Estado Social de Derecho surgió como una respuesta a la crisis sociopolítica del Estado liberal, comenzada a mediados del siglo XIX y agudizada a comienzos del XX.”*⁸⁶

*“Sin renunciar a las garantías jurídicas del Estado de Derecho, el Estado social de Derecho supone, además, la garantía material de los derechos y libertades; que el Estado social de Derecho entraña una fórmula de compromiso entre la defensa de las libertades tradicionales de corte individual y las exigencias de la justicia social.”*⁸⁷(cursiva fuera del texto)

De las anteriores citas se puede concluir que el Estado Social de Derecho no es más que el resultado de la dialéctica histórica entre el Estado liberal (bajo el

⁸⁴ Ibíd.

⁸⁵ Ivan Vila Casado. Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. Editorial Legis. Año 2009. Pág. 401.

⁸⁶ Ibíd.

⁸⁷ Ibíd. Pág. 405.

esquema jurídico de Estado de Derecho) y las diferentes doctrinas sociales que propenden por un mayor equilibrio económico entre los ciudadanos.

Lo anterior ha sido expresado por la Corte Constitucional en los siguientes términos: *“Lo primero que debe ser advertido es que el término “social”, ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado. Una larga historia de transformaciones institucionales en las principales democracias constitucionales del mundo, esta presente para dar testimonio de la trascendencia de este concepto (...) La incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del **Estado bienestar** (welfare State, stato del benessere, L'Etat Providence) y lo segundo bajo el tema de **Estado constitucional democrático**. La delimitación entre ambos conceptos no es tajante; cada uno de ellos hace alusión a un aspecto específico de un mismo asunto.”*⁸⁸

En síntesis, *“el Estado social de derecho, como modelo político-jurídico, es una simple reformulación del Estado Liberal de derecho para responder a las demandas sociales que el Estado liberal clásico deja insatisfechas. El Estado social todavía no es pensado como un modelo distinto del Estado demoliberal, es una matización importante de este en cuanto a los medios pero no en cuanto a los fines. O tal vez se deba a una particular concepción y definición valorativa de la naturaleza humana.”*⁸⁹

Probablemente el derecho que mejor representa las características del Estado Social de Derecho es la igualdad material, pues no se debe entender la igualdad como una declaración dogmática según la cual todos son iguales, sino que se debe partir de la realidad, de la diferencia de las personas para llegar a una igualdad material, donde los menos favorecidos tengan mayores oportunidades y puedan estar en una verdadera situación de igualdad frente a los más favorecidos.

⁸⁸ Tulio Chinchilla H. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Editorial Temis. Bogotá. Año 2009. Pág. 227.

⁸⁹ *Ibíd.*

5.3.1.3. Derechos fundamentales:

Definir qué es un derecho fundamental es una tarea ardua, y es en principio un problema semántico, pero con consecuencias prácticas y cuya solución repercute en su grado de justiciabilidad.

El problema surge debido a que la Constitución colombiana de 1991 no define que es un derecho fundamental, además utiliza varias expresiones para referirse a estos. De igual forma, los derechos fundamentales no son solo aquellos que la Constitución establece expresamente como tal, sino que es un concepto jurídico indeterminado, lo cual genera un alto grado de incertidumbre sobre su naturaleza jurídica. Por tal razón, en la práctica, es al juez a quien le corresponde hacer el análisis interpretativo para descubrir qué derechos tienen la categoría de fundamentales, y por tanto pueden ser protegidos a través de acción de tutela, esto sin negar que hay consenso sobre la fundamentalidad de algunos derechos

Ahora bien, los derechos fundamentales se entienden como una especie dentro del género de los derechos humanos, y estos se clasifican por generaciones de acuerdo a los paradigmas históricos que los han reconocido. Pero decir que un derecho es fundamental porque es de primera generación es un error jurídico, pues tales categorías son independientes, esto es, derecho político, social, económico, de primera o de segunda generación, de abstención, prestaciones, etc., son conceptos autónomos al de derecho fundamental.

Manuel José Cepeda define un derecho fundamental como *“poderes jurídicamente exigibles”*⁹⁰, es decir, no como declaraciones filosóficas sino como poderes reales en cabeza del individuo. De igual forma, *“el carácter fundamental de un derecho no hace relación a su mayor importancia frente a otros derechos considerados no fundamentales, sino a su naturaleza jurídica y las circunstancias de tiempo, modo y lugar del caso.”*⁹¹

Según Tulio Chinchilla, al referirse al debate sobre la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales, expresa que la discusión se ha dado desde dos perspectivas, la axiológica y la técnico-jurídica, ambos extremos traen

⁹⁰ Manuel José Cepeda. Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991. Editorial Temis. Año 1992. Pág. 1.

⁹¹ *Ibíd.* Pág. 5

consecuencias no muy adecuadas, pues si se le da mayor peso al argumento axiológico, se perdería seguridad jurídica, ya que se argumentaría cualquier necesidad humana regularmente importante para que sea derecho fundamental.

Si por el contrario, se le da mayor importancia al aspecto técnico-jurídico, ensayado bajo la fórmula de derecho subjetivo, se ganaría seguridad, pero necesariamente serían menos los derechos fundamentales reconocidos bajo esta perspectiva, ya que *“el clásico molde del derecho subjetivo cruje ante la dúctil e inquieta metodología de nuestros derechos fundamentales.”*⁹² Y además, los derechos fundamentales, siendo asumidos como normas-principios, pueden entrar en colisión con otros principios y por tanto se deben ponderar.

Lo anterior deja ver que la posición a tomar debe ser intermedia, es decir, es necesario reconocer el contenido axiológico propio de los derechos fundamentales, pero sin separarse totalmente del criterio jurídico que le da exigibilidad y seguridad.

De lo anterior se desprenden *“cinco elementos esenciales sin los cuales tal derecho es impensable como categoría jurídica.”*⁹³

- El núcleo esencial que lo fundamenta (valores, principios ético-políticos explícitos o implícitos).
- Situación ventajosa, beneficiosa o favorable, libertad de acción, poder de limitar la libertad de alguien (bien jurídico protegido).
- Sujeto identificable titular de la situación y un sujeto obligado.
- Un conjunto de deberes de dar, hacer o no hacer.
- Conjunto de garantías institucionales cualificadas o reforzadas.

Tulio Chinchilla H. Óp. Cit. Pág. 60.

⁹³ Ibíd. Pág. 115

Complementando lo anterior, Tulio Chinchilla explica que los derechos fundamentales, *“como elementos del orden jurídico positivo, son aquellas situaciones ventajosas que, por tener una fundamentación axiológica sólida -derivada de un valor o principio del paradigma ético que ilumina la Constitución, en especial la dignidad humana-, se encuentra revestida de una diversificada constelación de garantías que refuerzan significativamente su eficacia y, de esta guisa, representan la máxima capacidad de reclamación moral en la vida de un estado.*

Desde esta perspectiva, un derecho puede ser fundamental si, además de traducir un imperativo axiológico y constituir un asidero del orden político, posee una estructura normativa que hace posible su óptima tutela con los mecanismos reforzados que hoy ofrece el derecho constitucional de un Estado social y democrático de derecho. De esta manera, la fundamentación axiológica y la aptitud jurídica para ser amparado mediante determinado tipo de súper garantía (eficacia directa y contenido esencial, por ejemplo), parecen ser las coordenadas en cuya referencia se mueve la labor de identificación de un derecho fundamental.

La primera, cumple el papel de fuerza expansiva, pues no hay nada más exigente que los principios de vida humana digna, igualdad y libertad; la segunda, hace las veces de límite y freno en favor de otros principios de organización estatal (principio de legalidad, principio de separación de poderes, principio de racionalidad del gasto público) y a favor de una cruda realidad que no admite ser forzada más allá de sus posibilidades. Así las cosas, un derecho a la felicidad no llenaría este último requisito⁹⁴ (pues no se podría identificar un sujeto obligado).

“Como derecho moral con eficacia jurídica, un derecho fundamental en manos del juez constitucional -y todos nuestros jueces lo son- es una patente para la creación de condiciones que disminuyan la desgarradora distancia que separan nuestro mundo cotidiano de exclusiones y penurias (de todo tipo), de ese estado ideal ético de plena realización humana que se conoce como dignidad de la persona.”⁹⁵ (Cursiva fuera del texto).

Decir que los derechos fundamentales son una patente de creación es una afirmación verdadera si se tiene en cuenta que estos son fuente de derechos

⁹⁴ *Ibíd.* Pág. 223

⁹⁵ *Ibíd.*

subjetivos. Por tal razón, un derecho fundamental es *“un formidable instrumento luminoso con el cual el operador jurídico se abre paso en la búsqueda de mil deberes (de toda índole), para el Estado y los particulares, pero especialmente para aquel, a fin de obtener su plena realización, frente a conductas específicas de desconocimiento o vulneración.”*⁹⁶ Este impulso expansivo encuentra límite en la naturaleza de la función judicial.

La Corte Constitucional en su sentencia T-227/03, al definir el derecho fundamental como *“Todo derecho constitucional funcionalmente dirigido a lograr la dignidad humana y que sea traducible en un derecho subjetivo”, “ha optado por concebirlo como un derecho moral proyectado sobre la juridicidad.”*⁹⁷ (Cursiva fuera del texto).

En síntesis, se puede afirmar que la definición de derecho fundamental posee dos elementos esenciales: *La vocación para reivindicar al ser humano y rescatarlo de sus penurias remediabiles* (cualidad ética) y *la convertibilidad practica en derechos subjetivos específicos* (dualidad técnico-jurídica).

*“Esta última no se le impone al operador jurídico como algo dado, como un estado pétreo e irremovible del derecho positivo. Es más bien una potestad soberana del juez constitucional para construir, a partir de las infinitas piezas normativas disponibles (leyes, reglamentos, políticas públicas, contratos, etc.), órdenes específicas de dar, hacer o no hacer a sujetos públicos y privados.”*⁹⁸ (cursiva fuera del texto).

Tal actividad, denominada constructivismo judicial, encuentra su límite en los principios básicos que definen el estado constitucional, tales como la separación de poderes y la legitimidad democrática.

Finalmente, *“cualquier derecho puede llegar a ser fundamental si tiene la virtud de acercarnos al ideal normativo de la dignidad humana y su vulneración admite ser corregida por orden judicial”*⁹⁹. En virtud de lo anterior, se concluye que lo importante no es establecer *“cuáles son los derechos fundamentales sino qué*

⁹⁶ *Ibíd.* Pág. 224.

⁹⁷ *Ibíd.*

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ *Ibíd.*

contenidos de nuestros derecho constitucionales son fundamentales. ¿El derecho a la salud será fundamental? Desde luego que lo es, pero únicamente respecto a ciertos contenidos del mismo."¹⁰⁰

Algunos derechos fundamentales:

La dignidad humana: *"El valor o principio dignidad humana o dignidad de la persona (enunciado como fundamento del Estado colombiano en el art. 1º de la Carta) tiene en nuestra jurisprudencia el manejo dual, ambivalente. Unas veces se comporta como postulado ético del cual emanan directamente los derechos humanos fundamentales; otras como un derecho fundamental en sí mismo".*¹⁰¹ (cursiva fuera del texto).

Como derecho, la dignidad humana ha sido tratado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde tres sentidos, *"(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)."*¹⁰² (cursiva fuera del texto).

Lo anterior no quiere decir que existan tres conceptos diferentes de dignidad humana, sino que estos tres aspectos son los ámbitos desde los cuales su protección se hace efectiva.

Ahora bien, el concepto de dignidad humana ha sido explicado de forma muy concreta y clara desde la filosofía de Kant, quien estableció que el hombre existe como fin en si mismo y no solo como un medio para los demás, tal modo de apreciar las cosas implica que *"solo el libre puede llevar una existencia digna del*

¹⁰⁰ *Ibíd.* Pág. 225.

¹⁰¹ Tulio Chinchilla H. *Óp. Cit.* Pág. 177.

¹⁰² Corte Constitucional. Sentencias T-881 de 2002, T-1096 de 2004, entre otras.

*hombre*¹⁰³, según esta concepción, la dignidad es un atributo del ser humano que lo diferencia con los otros seres, pues como es racional, puede ser autónomo.

Igualmente, la posibilidad de diseñar un plan vital y hacerlo real, solo se puede si se tienen ciertas condiciones materiales, y si las demás personas respetan ese plan vital que se pretende realizar, esto es, siempre y cuando los demás no afecten la integridad física o moral de quien pretende ser un fin en si mismo.

Lo anterior demuestra como los sentidos, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional le ha dado a la dignidad, no son contradictorios sino complementarios.

Por otra parte, desde el punto de vista jurídico, el respeto por la dignidad humana es un principio, por lo tanto, y como se dijo anteriormente, es una prescripción jurídica general, vinculante, base del estado y de la constitución, un mandato para el presente que señala el ser del estado, un punto de partida y un criterio de interpretación.

Sin embargo, la Corte Constitucional también le ha dado a la dignidad humana el carácter de derecho fundamental, esto se puede observar en la sentencia T-036 de 1995, donde se tuteló el derecho a la dignidad humana de una pareja de ancianos que necesitaban modificar los términos de un derecho de servidumbre en donde se había constituido con la condición no pasar animales de carga, la decisión fue modificar la servidumbre para permitir el paso de un animal de carga, y evitarle a los ancianos el indigno trabajo de llevar por si mismos los objetos pesados. Y como dice Tulio Chinchilla al respecto, *“en este contexto, nuestro supremo juez constitucional mutó el valor (o principio fundamental) dignidad humana, consagrado en el artículo 1º de la Constitución, en un derecho fundamental de aplicación inmediata, con fundamento en el cual los jueces dictan infinitas órdenes de tutela.”* (Cursiva fuera del texto).¹⁰⁴

En síntesis, la dignidad humana tiene un fundamento filosófico kantiano, y su naturaleza jurídica puede ser, tanto la de un principio constitucional como la de un derecho fundamental.

¹⁰³ KANT, Immanuel. Sobre la paz perpetua. Presentación de Antonio Truyol y Serra. Traducción de Joaquín Abellan. Editorial Tecnos. Madrid 1991. Página XXVIII.

¹⁰⁴Tulio Chinchilla E. Op. Cit. Pág. 36.

El derecho a la igualdad: El artículo 13 de la Constitución Política establece en su artículo 13 lo siguiente: *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismo derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

De lo anterior se deducen dos conceptos del derecho a la igualdad. El primero se conoce como igualdad formal o igualdad ante la ley, al segundo se le denomina igualdad real o material, la Corte Constitucional ha tratado este doble concepto de la siguiente manera:

“El artículo 13 de la Constitución establece un principio general de igualdad: todas las personas nacen iguales, merecen la misma protección y trato de las autoridades y tienen los mismos derechos, libertades y oportunidades.

No obstante, en la medida en que en la práctica no todas las personas gozan de idénticas condiciones materiales ni se encuentran en la misma posición personal o institucional, la realización de la igualdad no se garantiza siempre tratando a todos como iguales; tampoco se materializa con la simple exigencia de una igualdad formal ante la ley, en tanto que de esa forma, simplemente se mantendrían en el tiempo las situaciones de desigualdad existentes en un momento dado.

En tal sentido, la Constitución trata el derecho a la igualdad desde una doble perspectiva: como mandato de abstención o de interdicción de tratos discriminatorios y como mandato de intervención sobre aquéllas situaciones de

desigualdad material en orden a su superación. Frente a lo primero (mandato de abstención), la Constitución prohíbe la discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; respecto de lo segundo (mandato de optimización), el Constituyente promueve una dimensión positiva de actuación pública (acciones afirmativas), que exige del Estado promover condiciones para que la igualdad sea real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos que se encuentran discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y sancionar los abusos y maltratos en su contra.

Por tanto, bajo el presupuesto de que prima facie todas las personas son iguales ante la ley, no se puede concluir que el legislador tiene prohibido tener en cuenta criterios de diferenciación para proveer un trato especial frente a situaciones que en esencia no son iguales; entonces, si frente a diferencias relevantes los sujetos en comparación no son iguales, son susceptibles de recibir un trato diferente siempre que exista una justificación constitucional y la medida no sea desproporcionada.”¹⁰⁵ (cursiva fuera del texto)

Derecho a la libertad: La libertad puede ser definida como “*la facultad que tiene una persona de escoger o elegir su obrar entre varias posibilidades*”¹⁰⁶, o como el “*poder de hacer todo aquello que no perjudique al otro*”¹⁰⁷, lo cual quiere decir que el derecho a la libertad no puede ser entendido en un sentido absoluto, si no que tiene límites en la libertad del otro, en caso de no ser así, no podría haber libertad, por tanto, algunos conciben el derecho como la forma en que la libertad toma existencia en la sociedad, esto es, como la configuración de las libertades de todos los ciudadanos, pues, o todos son libres relativamente, o algunos se quedan sin libertad. Ahora, precisamente ese límite es el que consagra la ley, por esta razón el artículo 6 de la Constitución expresa que “*los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes.*”

Además, “*desde el punto de vista jurídico, la libertad de la persona significa que cada actividad individual se realiza, en principio, sin autorización previa del gobernante, pero con la condición de que no perturbe los derechos de los demás o*

¹⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-258 de 2008.

¹⁰⁶ Jacobo Pérez Escobar. Derecho Constitucional Colombiano. Editorial Temis. Bogotá. Año 2004. Pág. 298.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

*el orden social, casos en los cuales surge una responsabilidad que acarrea consecuencias jurídicas.*¹⁰⁸ (cursiva fuera del texto).

De igual forma, la Constitución se refiere a la libertad en el artículo 28, pero en otros artículos habla de libre desarrollo de la personalidad, de libertad de conciencia, de cultos, de opinión, de información, y de muchas otras libertades, lo cual deja ver que la libertad puede realizarse desde varios sentidos u orientaciones, es decir, *“la libertad puede ejercerse en distintas direcciones, siempre en busca de la realización integral del ser humano y de su legítimo desarrollo dentro de la sociedad. Este derecho comprende varias categorías:*

- *La libertad individual o física.*

- *Las libertades intelectuales.*

- *Las libertades espirituales.*

- *Las libertades sociales.*

- *La libertad económica.*¹⁰⁹

La libertad individual o física es definida como la posibilidad de acción, esto es, *“como el estado del hombre que no está arrestado ni detenido, quien goza por lo mismo de la posibilidad de ir y venir”*¹¹⁰, verbigracia, la libertad de locomoción.

Las libertades intelectuales son aquellas que permiten el desarrollo de las facultades mentales, la expresión de ideas, de opiniones, etc., un ejemplo sería la libertad de enseñanza.

¹⁰⁸ Vladimiro Naranjo Mesa. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Editorial Temis. Bogotá. Año 2003. Pág. 506.

¹⁰⁹ Jacobo Pérez Escobar. Óp. Cit. Pág. 300

¹¹⁰ *Ibíd.*

Las libertades espirituales están relacionadas con la fe, las creencias, la religión y la relación con la divinidad, un ejemplo es la libertad de cultos.

Las libertades sociales son las facultades de relación con los demás, verbigracia, la libertad de asociación.

Finalmente, la libertad económica es *“la facultad que tiene todo individuo de desarrollar actividades lucrativas, según sus preferencias o habilidades, con miras a asegurarse un patrimonio, dentro de las limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes por razones de seguridad, salubridad, moralidad y, también, de utilidad pública y de interés social.”*, ejemplo de este tipo de libertades es la libre iniciativa empresarial.

Ahora bien, el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene una connotación especial frente a las demás libertades. En primer lugar porque las demás formas de libertad giran en torno al libre desarrollo de la personalidad, y en segundo lugar, porque la concepción de la dignidad humana adoptada, conlleva a que se entienda el libre desarrollo de la personalidad como la materialización más cercana de la dignidad humana, o mejor, considerar al hombre como un fin en sí mismo encuentra su expresión máxima al afirmar que este puede desarrollar su personalidad libremente.

El libre desarrollo de la personalidad consiste básicamente en considerar al hombre en términos existenciales, es decir, afirmar con Sartre que *“Hay por lo menos un ser en el cual la existencia precede a la esencia, un ser que existe antes de poder definirse por ningún concepto.... Esto significa que el hombre existe primero y se define después. El hombre es principalmente lo que se lanza hacia el futuro. El hombre es primeramente un proyecto que se vive a sí mismo subjetivamente, y no un musgo, una podredumbre o una coliflor”*. Como el hombre es un proyecto que se vive a sí mismo, encuentra la garantía de tal condición en el derecho al libre desarrollo de la personalidad en los términos del artículo 16 de la Constitución Política: *“Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.”* Esto es, el hombre encuentra límites a la hora de desarrollar libremente su proyecto de vida, este límite, plasmado en el ordenamiento jurídico, no es más que la encarnación de los intereses o bienes jurídicos de los demás.

En otros términos, se podría retomar a Giovanni Pico Della Mirandola, quien en su *De hominis dignitate oratio* señalaba: “No te di, Adán, ni un puesto determinado ni un aspecto propio ni función alguna que te fuera peculiar, con el fin de que aquel puesto, aquel aspecto, aquella función por los que te decidieras, los obtengas y conserves según tu deseo y designio. La naturaleza limitada de los otros se halla determinada por las leyes que yo he dictado. La tuya, tú mismo la determinarás sin estar limitado por barrera ninguna, por tu propia voluntad, en cuyas manos te he confiado: Te puse en el centro del mundo con el fin de que pudieras observar desde allí todo lo que existe en el mundo. No te hice ni celestial ni terrenal, ni mortal ni inmortal, con el fin de que –casi libre y soberano artífice de ti mismo- te plasmaras y te esculpieras en la forma que te hubieras elegido. Podrás degenerar hacia las cosas inferiores que son los brutos; podrás -de acuerdo con la decisión de tu voluntad- regenerarte hacia las cosas superiores que son divinas.” (cursiva fuera del texto) ¹¹¹

Desde el punto de vista jurisprudencial, la Corte Constitucional ha estipulado lo siguiente: “Al interpretar el artículo 16 constitucional que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el intérprete debe hacer énfasis en la palabra “libre”, más que en la expresión “desarrollo de la personalidad”, pues esta norma no establece que existen determinados modelos de personalidad que son admisibles y otros que se encuentran excluidos por el ordenamiento, sino que esa disposición señala “que corresponde a la propia persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional”. Por ello esta Corte y la doctrina han entendido que ese derecho consagra una protección general de la capacidad que la Constitución reconoce a las personas para autodeterminarse, esto es, a darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no afecten derechos de terceros (...).”

Continúa la Corte diciendo que “Se vulnera a este derecho “cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano”. Por ende, las restricciones de las autoridades al artículo 16, para ser legítimas, no sólo deben tener sustento constitucional y ser proporcionadas sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal, por cuanto estarían desconociendo el núcleo esencial de este derecho. De allí el nexo profundo que existe entre el reconocimiento del pluralismo y el libre desarrollo de la personalidad, ya que

¹¹¹ Erich Fromm. El miedo a la libertad. Editorial Planeta – Agostini. Bogotá. Año 1986. Pág. 20.

*mediante la protección a la autonomía personal, la Constitución aspira a ser un marco en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana, frente a las cuales el Estado debe ser neutral.*¹¹²

Y respecto al núcleo esencial, esto es, el mínimo irreductible del derecho, se ha dicho: *“El núcleo del libre desarrollo de la personalidad se refiere entonces a aquellas decisiones que una persona toma durante su existencia y que son consustanciales a la determinación autónoma de un modelo de vida y de una visión de su dignidad como persona. En una sociedad respetuosa de la autonomía y la dignidad, es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuye a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa ser una persona humana.”*¹¹³ (Cursiva fuera del texto).

5.3.1.4 Los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y racionalidad:

Los derechos fundamentales, a pesar de su importancia en el ordenamiento jurídico y en la sociedad, deben ser analizados desde una óptica limitada y no absoluta, es decir, que a pesar de tener el rango de fundamentales no pueden ir en contra de otros derechos e intereses constitucionalmente protegidos, ya que si fuera de manera contraria, no admitirían ningún tipo de restricción, y si fuese así, su desarrollo sería imposible.

De lo anterior se infiere que ni su aplicación ni su restricción han de ser absolutas. Es por esta razón que se hace indispensable tratar brevemente los conceptos de proporcionalidad, razonabilidad y racionalidad, que se pueden sintetizar con las palabras de Manuel José Cepeda, quien al referirse a la Constitución de 1991 señalaba: *“La garantía del interés privado protegido por un derecho constitucional, interesa a toda la comunidad. Ahora, si se invoca el interés público para limitar un derecho fundamental, se debe analizar la proporcionalidad y la razonabilidad de tal limitación.”*¹¹⁴ (cursiva fuera del texto).

La razonabilidad logra fundamentar las decisiones de los jueces cuando existen derechos fundamentales encontrados, en principios de justicia, ya que permite

¹¹² Corte Constitucional. C-481 de 1998.

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ Manuel José Cepeda. *Óp. Cit.* Pág. 2.

alcanzar una decisión no arbitraria, es decir, una decisión que “*consiga equilibrar las diversas exigencias contrapuestas y que sea aceptable por la comunidad*”¹¹⁵ (cursiva fuera del texto).

Por otra parte, cabe anotar el papel de complementariedad que tiene el criterio de racionalidad con el de razonabilidad, ya que las decisiones en materia de derechos fundamentales contrapuestos, logran ser razonables en la medida en que cumplen con los criterios de la racionalidad.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tratado el criterio de razonabilidad como una guía metodológica que permite justificar la restricción de un derecho fundamental (la igualdad es el ejemplo mas usual) en determinadas situaciones, es decir, como la lógica que debe predominar cuando se ven en pugna estas clases de derechos. Este proceso tiene como resultado una decisión que restringe el derecho que razonablemente debe ser afectado, de acuerdo a las etapas que integran el test de razonabilidad, las cuales son: La existencia de un objetivo perseguido a través de la reducción del derecho fundamental, la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución y la razonabilidad del trato, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

Sobre la proporcionalidad hay que señalar, como se mencionó en el punto anterior, que este criterio lo maneja la Corte Constitucional dentro del test de razonabilidad como un elemento del mismo, el cual consiste en la ponderación de la restricción del derecho y el fin perseguido. Ahora bien, las etapas de este criterio son: La idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. El primero hace referencia a que “*toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo*”¹¹⁶; el segundo contempla que “*toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido*”¹¹⁷; el tercero maneja “*las ventajas que se obtienen mediante de la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general*”¹¹⁸, se infiere entonces, como es en este último paso donde el juez realiza una verdadera ponderación de los derechos fundamentales enfrentados. (cursiva fuera del texto)

¹¹⁵ El Derecho de los Derechos. Carlos Bernal Pulido. Universidad Externado de Colombia Página 70.

¹¹⁶ Ibid Página 61.

¹¹⁷ Ibid. Página 67.

¹¹⁸ Ibid. Página 67.

La racionalidad, de acuerdo a la doctrina, es de mayor generalidad con respecto a la razonabilidad y proporcionalidad, puesto que orienta como criterio sucedáneo de la objetividad, ya que al momento de tomar una decisión en materia de derechos fundamentales, el juez se encuentra en una situación donde no puede cumplir con una objetividad en estricto sentido, lo único que puede hacer es tomar una decisión que satisfaga el conflicto y de esta forma cumplir con la racionalidad.

5.3.1.5 Derechos sociales, económicos y culturales:

Estos derechos son denominados por algunos como derechos prestacionales, pues mayoritariamente generan una prestación positiva por parte del Estado (a diferencia de los derechos de libertad que como regla general sus prestaciones son negativas), es decir, una prestación de dar o hacer. Otros autores, bajo el discurso de los derechos humanos, los denominan derechos de segunda generación, teniendo en cuenta su reconocimiento histórico seguido de los de primera generación (individuales o civiles, políticos y libertades).

Algunos de estos derechos son: El derecho a la seguridad social, el derecho a la salud, el derecho a una vivienda digna, el derecho a la recreación y al deporte, el derecho a la propiedad privada, el derecho a la huelga, entre otros.

La importancia de estos derechos en un Estado Social de Derecho radica en que solo a través de su protección se pueden llegar a hacer efectivos los derechos fundamentales; es decir, de nada sirve la consagración del libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental si no se tienen las posibilidades económicas de ser libre. Por tanto, lo que se buscan con este tipo de derechos es que las diferentes consagraciones constitucionales no se queden en el papel sino que se hagan efectivas.

Protección constitucional de la familia: La Constitución política establece una protección especial a la familia, al respecto la Corte Constitucional ha dicho: *“La importancia de la familia ha sido otorgada por el mismo constituyente cuando determinó que ella constituía la “institución básica” y la “célula fundamental” de la sociedad, en los artículo 5 y 42, respectivamente, de la Constitución. Calificación*

con la que hizo que la familia se hiciera merecedora de una especial protección".¹¹⁹ (cursiva fuera del texto)

Es decir, constitucionalmente la familia es considerada como la base de la sociedad, por tanto el artículo 42 consagra que *"La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables."* Igualmente que *"las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes."* Ahora bien, la misma Constitución señala el concepto de familia, pues, como la ha dicho la Corte Constitucional, *"el artículo 42 de la Constitución Política, establece que la familia es el núcleo esencial de la sociedad, y reconoce que puede ser constituida por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por su voluntad responsable de conformarla (...)"*¹²⁰(cursiva fuera del texto).

*(...) De esta forma, la Constitución de 1991, eliminó definitivamente cualquier forma de diferenciación entre el matrimonio y la unión libre, como formas de constitución de la familia, con fundamento en la protección que le debe el Estado a todas las formas de familia y al principio de igualdad, el cual garantiza el mismo trato jurídico a sujetos en situaciones idénticas. En consecuencia, tanto a través del contrato solemne, como por medio de la voluntad responsable de un hombre y una mujer, sin formalidad, se produce el efecto jurídico de la formación de una unidad familiar. Por lo tanto, conforme con la jurisprudencia constitucional, "todo aquello que en la normatividad se predique del matrimonio es aplicable a la unión de hecho", y particularmente en lo que tiene que ver con el reconocimiento de derechos, beneficios y prerrogativas, que cada una de estas instituciones confiere a los cónyuges o compañeros permanentes, como con relación a los hijos concebidos al amparo de cada una de las citadas uniones (...)"*¹²¹.

Continúa la Corte: *"Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha estimado que el cónyuge y el compañero permanente son merecedores de un tratamiento igualitario, y que un trato diverso entre ellos por causa de tal calidad, constituye una discriminación injustificada, inadmisibles desde el punto de vista*

¹¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-900 de 2006.

¹²⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-932 de 2008.

¹²¹ *Ibíd.*

constitucional, teniendo en cuenta que la misma Carta ha puesto las dos calidades en plano de igualdad.”¹²² (cursiva fuera del texto)

Protección constitucional de la mujer: La Constitución política de 1991 surge en el contexto de la lucha por la igualdad de las mujeres, por tanto, la Norma de normas no es ajena a tal situación. Sea de paso recordar la jurisprudencia de la Corte constitucional: *“No hay duda alguna de que la mujer ha padecido históricamente una situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familia, a la educación y al trabajo. Aun cuando hoy, por lo menos formalmente, se reconoce igualdad entre hombres y mujeres, no se puede desconocer que para ello las mujeres han tenido que recorrer un largo camino (...)”¹²³.*

En la sentencia C-371 de 2000 la Corte constitucional hace un recuento histórico sobre la evolución jurídica de la mujer, recordando como en el siglo XX tenían restringida la ciudadanía, así como limitación en la administración de sus bienes, de la patria potestad, entre otras. Y como poco a poco fueron logrando el reconocimiento de ciertas prerrogativas, como el derecho al sufragio en 1954, ejercido por primera vez en 1957. El acceso a la universidad a través del Decreto 1972 de 1933. La libre administración y disposición de los bienes de la mujer casada gracias a la Ley 28 de 1932. La patria potestad por medio del Decreto 2820 de 1974. La abolición de llevar el apellido del esposo a través del Decreto Ley 999 de 1988. Y los demás logros obtenidos en las leyes 1 de 1976, 75 de 1978, 83 de 1931, 50 de 1990, Decreto 2351 de 1965.

Igualmente expresa como a partir de 1991, las mujeres adquirieron una trascendencia constitucional por el hecho de pertenecer al género femenino. Esto en virtud a las desventajas históricas padecidas por las mujeres.

Además, hay ciertos artículos constitucionales que expresamente protegen a las mujeres, tales como:

¹²² *Ibíd.*

¹²³ Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2000.

- Artículo 13 sobre el derecho a la igualdad, al consagrar la igualdad de derechos y libertades y la no discriminación por razones de sexo.

- Artículo 40 sobre derechos políticos que también deben ser garantizados a las mujeres.

- Artículo 43 donde se reitera lo del Artículo 13 y se agrega la protección durante el embarazo y después de este. Así como la protección a la mujer cabeza de familia.

- Artículo 53, donde establece la protección especial a la mujer trabajadora.

Continúa la sentencia: *“Por consiguiente, la mujer es sujeto constitucional de especial protección y en esa medida no sólo sus derechos generales sino igualmente los específicos, requieren de atención fija por parte de todo el poder público, donde se incluyen los operadores jurídicos.”*¹²⁴

Ahora bien, del articulado constitucional se pueden deducir los siguientes derechos, entre otros: *“El reintegro al cargo de mujer embarazada, la constatación del estado de indefensión de la mujer embarazada, la preservación de la estabilidad laboral de la mujer embarazada, la no discriminación de mujer embarazada, las acciones afirmativas a favor de la mujer cabeza de familia, la autonomía de la mujer adolescente en relación con el matrimonio precoz, el pago oportuno de salarios a mujer embarazada, el derecho a la educación de la mujer embarazada, el derecho a la igualdad de mujer cabeza de familia disminuida físicamente, el derecho a la igualdad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la igualdad de sexos, el derecho de la mujer a participar en los niveles decisorios del poder público, los beneficios a favor de madres cabeza de familia.”*¹²⁵

¹²⁴ Ibíd.

¹²⁵ Ibíd.

“En Conclusión: La mujer es un sujeto de especial protección, de protección reforzada, al interior de nuestro Cuerpo normativo constitucional. En consecuencia, no se encuentra en la misma situación constitucional que el hombre, que si bien es un sujeto de protección constitucional, su protección no es especial ni reforzada.

Para garantizar y de manera reforzada, la gran cantidad de derechos en cabeza de la mujer , la misma Constitución y la jurisprudencia constitucional han determinado el uso de acciones afirmativas en cabeza del Estado y todos sus poderes públicos, con el único fin de hacer efectivo y real el derecho de igualdad.”¹²⁶

Finalmente, respecto a la mujer cabeza de familia, la Corte Constitucional ha recordado las razones que justifican la protección especial a las madres cabeza de familia en los siguientes términos:

“(…) diversos motivos, como la violencia –que ha dejado un sinnúmero de mujeres viudas– el abandono del hogar por parte del hombre y la displicencia de éste con respecto a la natalidad, han obligado a la mujer a incorporarse a los roles de producción adquiriendo la responsabilidad de ser la base de sustentación económica de su hogar, sin haber llegado jamás a desprenderse de los patrones culturales que la confinan al espacio doméstico y al cuidado de los hijos.

(…) Un número creciente de hogares tiene jefatura femenina. De acuerdo con los patrones de separación la gran mayoría de éstos están compuestos por mujeres jóvenes, con hijos todavía dependientes. Según la encuesta nacional de hogares DANE (1981) un 17% de los hogares eran monoparentales, de los cuales el 85% correspondían a mujeres; el censo de 1985 reporta un 17.9% de hogares en esta situación y según el Estudio Nacional de Separaciones Conyugales, llevado a cabo por la Universidad Externado de Colombia en 1986, el porcentaje de mujeres cabeza de familia es del 21%. Para 1985, la tasa global de participación de la población femenina clasificada por el DANE en estado de miseria era del 22.5%, la más baja por sector social. La situación de pobreza es dramática y tiende a profundizarse por las altas tasas de dependencias concentradas en

¹²⁶ *Ibíd.*

*cabezas de mujeres solas, enfrentadas casi a todas a gran inestabilidad laboral, baja remuneración y desprovistas del sistema de seguridad social”.*¹²⁷

Por lo tanto, la mujer se encuentra amparada por las “acciones afirmativas genéricas” (Artículo 13 C.N.) y por el reconocimiento como “sujeto de especial protección” (Artículo 42 C.N.).

5.3.2. LEGISLACIÓN NACIONAL

5.3.2.1. LEY 599 DE 2000 – CODIGO PENAL -

La presente ley regula lo que atañe al aspecto dogmático del derecho penal y describe las conductas consideradas delictivas así como las sanciones a que hubiere lugar en caso de su realización.

El legislador consagra en esta, unas normas rectoras o principios fundantes del ordenamiento jurídico penal colombiano, los cuales “*contienen los postulados básicos, la filosofía y la orientación del sistema penal, y están destinadas a regir y guiar la interpretación y aplicación de las normas penales, de tal manera que los diversos desarrollos guarden plena coherencia con estos postulados (...)*”¹²⁸

Dentro de las anteriores normas, se encuentra un principio, valor y derecho fundamental¹²⁹: *la dignidad humana* que “*constituye el pilar central de la relación entre el Estado y la persona privada de la libertad*”¹³⁰, como lo señaló la Corte Constitucional a partir del análisis realizado en la sentencia T-851 de 2004¹³¹, dado que este postulado está consagrado en el PIDCP¹³², las observaciones generales de la ONU¹³³, la CADH¹³⁴, entre otros instrumentos internacionales, al

¹²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-1211 de 2008.

¹²⁸ Sentencia C-775 de 2003 artículo 1 al 13 del Código Penal

¹²⁹ Sentencia T-881 de 2002

¹³⁰ T-851 de 2004 y T-322 de 2007

¹³¹ T-322 de 2007

¹³² 10-1 “*toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*”.

¹³³ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General No. 21 sobre personas el trato humano de las privadas de la libertad, a saber: (i) todas las personas privadas de la libertad deberán ser tratadas en forma humana y digna, independientemente del tipo de

igual que en la carta política y el código penitenciario y carcelario¹³⁵, siendo menester su efectivo cumplimiento

Al respecto, por vía jurisprudencial se ha señalado que el Estado tiene la potestad de limitar o restringir ciertos derechos a aquellas personas que se encuentren privadas de la libertad, precisamente en aras de que dicha privación pueda lograrse y con ello las funciones establecidas a la pena de prisión; no obstante, existen algunos derechos de carácter fundamental que no pueden ser coartados por el ente Estatal, como la vida y la dignidad humana entre otros, y antes bien, deben crearse políticas y programas gubernamentales que permitan el goce efectivo de estos.¹³⁶

Así, se ha establecido que entre estas personas y el Estado existe una “*relación especial de sujeción*” que tiene como consecuencias jurídicas más importantes “(i) *la posibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales de los reclusos (intimidad, reunión, trabajo, educación); (ii) la imposibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales (vida, dignidad humana, libertad de cultos, debido proceso, habeas data, entre otros); (iii) el deber positivo¹³⁷ en cabeza del Estado de asegurar el goce efectivo tanto de los derechos no fundamentales como de los fundamentales, en la parte que no sea objeto de limitación cuando la misma procede, y en su integridad frente a los demás, debido a la especial situación de indefensión o de debilidad manifiesta en la que se*

detención al cual estén sujetas, del tipo de institución en la cual estén reclusas; (ii) los Estados adquieren obligaciones positivas en virtud del artículo 10-1 del Pacto, en el sentido de propugnar por que no se someta a las personas privadas de la libertad a mayores penurias o limitaciones de sus derechos que las legítimamente derivadas de la medida de detención correspondiente; y (iii) por tratarse de una “norma fundamental de aplicación universal”, la obligación de tratar a los detenidos con humanidad y dignidad no puede estar sujeta, en su cumplimiento, a la disponibilidad de recursos materiales, ni a distinciones de ningún tipo.

¹³⁴ Una disposición similar se encuentra en el artículo 5-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con el cual “...toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano

¹³⁵ “En los establecimientos de reclusión prevalecerá, el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral”.

¹³⁶ T-322 de 2007: “*existe un contenido mínimo de las obligaciones estatales frente a las personas privadas de la libertad que es de imperativo cumplimiento, independientemente de la gravedad de la conducta por la cual se ha privado a la persona de la libertad, y del nivel de desarrollo socioeconómico del Estado*” y T-1145 de 2005

¹³⁷ [Cita del aparte transcrito] Sobre el contenido de este deber positivo ver la sentencia T-153 de 1998.

encuentran los reclusos; (iv) El deber positivo¹³⁸ en cabeza del Estado de asegurar todas las condiciones necesarias¹³⁹ que permitan a su vez condiciones adecuadas para la efectiva resocialización¹⁴⁰ de los reclusos”¹⁴¹

Por ultimo, es importante destacar que el deber del Estado antes mencionado debe ir encaminado a la protección de todas las esferas o ámbitos en que se ha entendido o desarrollado el derecho a la dignidad humana, es decir, debe salvaguardar la autonomía individual, las condiciones materiales de existencia al igual que la integridad física y moral¹⁴², toda vez, que en sentencia T-881 de 2002 se afirmo:

“El referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida)”¹⁴³

Por otra parte y continuando con las normas rectoras inicialmente mencionadas, el artículo cuarto de la ley objeto de estudio, asigna unas funciones específicas a la pena, siendo estas: la prevención general, la retribución justa, la prevención especial, la reinserción social y por último la protección al condenado, indicando jurisprudencialmente que tendrán aplicación en momentos determinados¹⁴⁴ al afirmar que:

¹³⁸ [Cita del aparte transcrito] Sobre el énfasis en el deber positivo en cabeza del Estado, véase las sentencias T-714 de 1996 y T-153 de 1998.

¹³⁹ [Cita del aparte transcrito] Responsabilidad del Estado que se concreta en la obligación de velar por la seguridad de los reclusos en el perímetro carcelario y en la obligación de garantizar condiciones de vida adecuadas a los reclusos, así en la Sentencia T-522 de 1992.

¹⁴⁰ [Cita del aparte transcrito] La posibilidad de reinserción social depende en buena medida de la eficacia del derecho de los reclusos a contar con centros carcelarios adecuados, este derecho encuentra el fundamento de su validez en el derecho a la dignidad y en el principio del Estado social de derecho, así en sentencia T-153 de 1998.

¹⁴¹ Sentencia T-126 de 2009

¹⁴² Sentencia T-1145 de 2005

¹⁴³ Sentencia T-322 de 2007

¹⁴⁴ Sentencia T-635 de 2008

“En el primer momento, se considera que el Legislador define los delitos orientado esencialmente por consideraciones de prevención general, y secundariamente por principios retributivos. Conforme a tal criterio, la tipificación legal de hechos punibles pretende desestimular conductas lesivas de bienes jurídicos dignos de ser tutelados por el derecho penal (prevención general) pero de manera tal que exista una cierta proporcionalidad entre el daño ocasionado por el delito y la pena que le es atribuida (componente retributivo en esta fase).

De otro lado, en la fase de imposición judicial de la pena a un determinado sujeto, en general se considera que el sistema penal debe operar con un criterio esencialmente retributivo, a fin de que, por razones de justicia, exista una proporcionalidad entre la dañosidad de la conducta, el grado de culpabilidad del agente y la intensidad de la pena.

Finalmente, se considera como propio del Estado social de derecho que la ejecución de la sanción penal esté orientada por finalidades de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad puesto que, como se verá más adelante, es necesario armonizar estos valores¹⁴⁵

De igual manera se ha destacado por parte de esa Corporación¹⁴⁶, que al consagrar la formula del Estado Social y Democrático de Derecho en nuestro ordenamiento jurídico es menester darle gran relevancia a la función resocializadora o de reinserción social, respetando la autonomía y dignidad de la persona reclusa, en razón a que *“La labor de resocialización no consiste en imponer determinados valores a los reclusos, sino en brindarles los medios para que, haciendo uso de su autodeterminación, establezca cada interno el camino de su reinserción al conglomerado social”¹⁴⁷*

Para finalizar el capítulo único del título I de la ley 599 de 2000 es menester resaltar que allí se consagra el principio de legalidad, igualdad y *non bis in idem*, al

¹⁴⁵ Sentencia C-261 de 1996. MP Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴⁶ Sentencia T-153 de 1998 “la pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Sin embargo, como bien lo señala el código penitenciario la función primordial de ella sí debe ser la resocialización. ello por cuanto esta función es la que materializa en mejor forma, en este campo, la definición del Estado colombiano como social de derecho y el principio de la dignidad de la persona humana, una de las piedras angulares de la constitución política”

¹⁴⁷ *Ibíd.*

igual que el de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad al momento de llevarse a cabo la imposición de la sanción penal.¹⁴⁸

En lo que respecta a las consecuencias jurídicas¹⁴⁹ que puede acarrear la comisión de una conducta punible, la ley señala que estas pueden ser penas o medidas de seguridad dependiendo de la calidad de imputable e inimputable que posea el acusado, siendo indispensable, la concurrencia de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad cuando se trate de la imposición de penas y solo de la tipicidad y antijuridicidad si se trata de una medida de seguridad.¹⁵⁰

Ahora bien, en lo referente a las penas, pueden tener el carácter de principales (*la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las consagradas en la parte especial*)¹⁵¹, sustitutivas (*la prisión domiciliaria a la pena de prisión y el arresto de fin de semana convertible en ininterrumpido por multa*)¹⁵² o accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales¹⁵³ (*Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, para el ejercicio de la profesión o para la patria potestad; pérdida del empleo; prohibición de conducir vehículos automotores y motocicletas, a residir en lugares determinados, a consumir sustancias alcohólicas y estupefacientes o a acercarse o comunicarse con la víctima o sus familiares; privación del derecho a la tenencia y porte de armas y a la expulsión del territorio de los extranjeros*)

Por otra parte, en lo que atañe a las medidas de seguridad, el artículo 89 de la norma dispone que son *“la internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada, la internación en casa de estudio o trabajo y la libertad vigilada”*¹⁵⁴ dado que las funciones que debe materializar son la protección, curación, tutela y rehabilitación, por tanto de índole diferente a las establecidas a la pena como se expuso anteriormente.

El capítulo tercero de los preceptos legales objeto de estudio, señala como subrogados penales o mecanismos por medio de los cuales puede sustituirse la pena privativa de la libertad, a la suspensión condicional, la libertad condicional y

¹⁴⁸ Artículo 3, 6, 7 y 8 del Código Penal

¹⁴⁹ Artículo 34 ibíd.

¹⁵⁰ Sentencia C-297 de 2002

¹⁵¹ Artículo 35, 37 y 39 ibíd.

¹⁵² Artículo 36 y 38 ibíd.

¹⁵³ Artículo 43 al 52 ibíd.

¹⁵⁴ Ver del artículo 70 al 76 ibíd.

la reclusión domiciliaria y hospitalaria por enfermedad muy grave, los cuales deberán hacerse efectivos una vez se verifique por parte del juzgador los requisitos estipulados en cada uno de ellos, pero limitándolos a aquellas personas que no hayan sido condenadas dentro de los 5 años anteriores por delitos dolosos o preterintencionales.¹⁵⁵

La Corte Constitucional en sentencia C-806 de 2002 asevero:

“(...) Teniendo en cuenta que la pena debe responder al principio de necesidad, en el marco de la prevención especial y las instituciones que la desarrollan, el legislador colombiano ha considerado que si un condenado, bajo determinadas condiciones y circunstancias, no necesita de la privación física de la libertad para readaptarse a la sociedad, debe brindársele la oportunidad de cumplir con su condena mediante mecanismos que, sin dejar de ser eficaces, comporten una menor aflicción.

En este sentido, es claro que nuestra legislación no es ajena a las corrientes de la criminología crítica, pues pese a no recoger una posición extrema como sería la corriente abolicionista, le da cabida a los subrogados penales para evitar la permanencia de los individuos en las prisiones, cuando son sentenciados y condenados a penas privativas de la libertad, buscando con estas medidas dar aplicación en concreto a una de las funciones declaradas de la pena como es la resocialización del sentenciado.

Los subrogados penales son mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad que se conceden a los individuos que han sido condenados, siempre y cuando cumplan los requisitos objetivos y subjetivos establecidos por el legislador. Según lo dispuesto en el Código Penal, los subrogados penales son la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la libertad condicional”¹⁵⁶

5.3.2.2. LEY 906 DE 2004 – CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL -

¹⁵⁵ Artículo 73 al 68A

¹⁵⁶ Sentencia C-806 de 2002

Esta segunda disposición normativa, es aquella que establece todo lo que concierne al proceso y tramite necesario para imponer a determinada persona una pena o medida de seguridad, al colegirse que efectúo una conducta típica, antijurídica y culpable o solo las dos primeras cuando se trate de inimputables.

Comienza indicando que la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la legalidad, la presunción de inocencia, la oralidad, la lealtad, la intimidad, la contradicción, la inmediatez, la doble instancia, la cosa juzgada, el restablecimiento del derecho, la clausula de exclusión, el derecho de las victimas y la defensa entre otros, son principios rectores que deben orientar las demás disposiciones plasmadas y por tanto que tendrán prevalencia sobre ellas en caso de contrariedad entre las mismas.

Ahora bien, lo concerniente a la ejecución de sentencias, se encuentra regulado en el libro cuarto de la norma objeto de análisis, donde se establece que al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario por medio de sus autoridades penitenciarias, le corresponde llevar a cabo la ejecución de las penas impuestas por el juzgador competente, mientras que al Sistema General de Seguridad Social en Salud le concierne la ejecución de las medidas de protección y seguridad cuando la providencia judicial haya reconocido la inexistencia de culpabilidad en razón a la inimputabilidad del sujeto activo.

Lo anterior, debe realizarse bajo la coordinacion y conocimiento del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad quien vela no solo por la materIALIZACIÓN de las decisiones judiciales sino también por el cumplimiento eficaz de las funciones de la pena, y por las garantías a que tenga derecho el condenado, pronunciándose entre otros asuntos sobre: acumulacion juridica de penas, libertad condicional, rebaja y redención de pena, situaciones que modifiquen las circunstancias de cumplimiento de la sentencia, aplicación del principio de favorabilidad, y extinción penal, entre otras.¹⁵⁷

5.3.2.3. LEY 65 de 1993 – CODIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO

¹⁵⁷ Artículo 38 de la ley 906 de 2004 y artículo 51 de la ley 65 de 1993

Reglamenta todo lo respectivo al cumplimiento de las penas privativas de la libertad y de las medidas de seguridad.

Al igual que las dos codificaciones anteriormente mencionadas, inicia exponiendo los principios en que debe fundarse; señalando como tales a la igualdad, la legalidad, el respeto por la dignidad humana, la prohibición de imponer determinadas penas como la de muerte, destierro o prisión perpetua, la excepcionalidad de la privación de la libertad a determinada persona¹⁵⁸ (plasma el derecho fundamental a la libertad, considerado como la regla general en nuestro ordenamiento, toda vez que su limitación solo podrá efectuarse de manera excepcional en cumplimiento de una pena, detención preventiva o captura, cuando sea necesario, razonable y proporcional)¹⁵⁹.

También, refiere que el fin fundamental de la pena es la resocialización, la cuál se logra mediante la implementación de un tratamiento penitenciario que conforme al artículo 143 y siguientes, debe cimentarse en la dignidad humana y las necesidades propias de cada uno de los internos; contar con la participación activa de grupos interdisciplinarios que permitan su efectividad; efectuarse de manera progresiva y gradual según las cinco fases que lo integran: “(1) *Observación, diagnóstico y clasificación del interno*, (2) *Alta seguridad que comprende el período cerrado*, (3) *Mediana seguridad que comprende el período semiabierto*, (4) *Mínima seguridad o período abierto*, (5) *De confianza, que coincidirá con la libertad condicional*”; y estar conformado por actividades laborales, educativas, recreativas, culturales y deportivas, al igual que por programas de servicio social.

Así, en lo concerniente al trabajo dispone que se impondrá según las aptitudes y capacidades de cada interno¹⁶⁰, permitiéndole dentro de las posibilidades de cada establecimiento su escogencia, como medio terapéutico tendiente a la resocialización y no como medio aflictivo; asimismo, que servirá para la redención de penas - abonando un día de reclusión por dos días de actividad laboral que no podrá exceder las ocho horas diarias -, que estará previamente regulado por la dirección general del INPEC y que no podrá llevarse a cabo sin que los directores de cada establecimiento celebren convenios o contratos con personas de derecho

¹⁵⁸ “*toda persona es libre. Nadie puede ser sometido a prisión o arresto ni detenido sino en virtud de mandamiento escrito proferido por autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley*”

¹⁵⁹ como lo dispone el artículo 28 de la constitución, el 4 de la ley 599 de 2000 y el artículo 295 de la ley 906 de 2004 Al respecto ver sentencia T-490 de 1992

¹⁶⁰ (salvo los mayores de 60 años, incapaces por enfermedad, mujeres 3 meses antes del parto y 1 mes después del mismo)

público o privado¹⁶¹, pues los internos pueden contratar directamente con el establecimiento o con la sociedad “renacimiento”.

En lo que respecta a la educación¹⁶², se estipula que puede comprender desde la alfabetización hasta programas de instrucción superior, para lo cual, pueden celebrar convenios con las instituciones de educación superior de carácter oficial al igual que organizar bibliotecas adecuadas que permitan el fomento de la lectura. También, coadyuva para la redención de pena –abonando un día de reclusión por dos días de estudio que no podrá exceder las 6 horas diarias -

Ahora bien, los programas sociales se establecen, no solo para satisfacer las necesidades que se presenten dentro del establecimiento, sino también para “facilitar las relaciones con la familia, supervisar el cumplimiento por parte del interno de las obligaciones contraídas en el tratamiento penitenciarios y para apoyar a los liberados”¹⁶³

Por otra parte, la ley bajo análisis, determina entre otros aspectos, la clasificación que deberá llevarse a cabo en los centros de reclusión atendiendo a las condiciones de género, edad, naturaleza de la conducta, personalidad, antecedentes y condiciones de salud de cada uno de los internos, así como la calidad de detenido o condenado según la fase de tratamiento en que se encuentren; motivo por el cuál, asevera que se requiere de un examen al momento del ingreso que permita conocer en que categoría se encuentra cada uno.

Igualmente manifiesta que las personas privadas de la libertad tienen derecho a recibir asistencia medica dentro o fuera del establecimiento penitenciario según la gravedad acaecida, a gozar de la libertad de información, a sostener comunicaciones con el exterior y a recibir visitas de su abogado, su familia y sus amigos conforme, al igual que a acceder a los denominados “beneficios administrativos” - los permisos hasta de 72 horas, permisos de salida sin vigilancia

¹⁶¹ Las empresas o personas naturales que vinculen a nivel laboral a los reclusos, podrán recibir estímulos tributarios, al igual que aquellas que realicen inversión privada o incorporen en sus actividades a los pospenados.

¹⁶² Artículo 94 enmarcada en los métodos pedagógicos propios del sistema penitenciario puesto que “enseñara y afirmará en el interno, el conocimiento y respeto por los valores humanos, de las instituciones públicas y sociales, de las leyes y normas de convivencia ciudadana y el desarrollo de su sentido moral”

¹⁶³ Artículo 151 de la ley 65 de 1993

durante 15 días continuos sin exceder 60 días al año, permisos de salida los fines de semana, la libertad y franquicia preparatoria y el trabajo extramuro y penitenciaria abierta - siempre y cuando, concurren las condiciones que para cada caso se requieran.¹⁶⁴

5.3.3 Normatividad y Jurisprudencia Internacionales

Teniendo en cuenta que el referente internacional es de vital importancia en el mundo globalizado de hoy, las bases teóricas de este trabajo se alimentaron con la normatividad y la jurisprudencia internacional, en torno a los derechos de la mujer y los establecimientos de privación de la libertad.

5.3.3.1 Normas internacionales de protección a la mujer

A lo largo de la historia, las naciones han demostrado que existen derechos, que siendo aparentemente muy simples e indispensables para una vida digna, requieren un tratamiento especial, teniendo gran trascendencia tanto a nivel nacional como internacional, debido a la facilidad con la cual se vulneran, y lo complejo de su marco de aplicación, lo cual hace que se instituyan controles jurisdiccionales a nivel internacional, con los cuales se trata de garantizar una mayor protección a cada uno de los bienes jurídicos de los que cada persona dispone, naciendo así el derecho internacional.

Cabe resaltar que este, traza pautas generales sobre las diferentes áreas que regula y dichas disposiciones deben ser adecuadas a cada uno de los países que se suscriben a ellas, ratificando estos acuerdos por medio de leyes y decretos que regulen la manera de darles aplicación.

Dichas directrices generales, denotan que para el derecho internacional hay temas especiales a los cuales se le dado mayor grado de importancia, como la protección de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad, protección de la mujer y políticas contra el tráfico de estupefacientes, entre muchas otras.

¹⁶⁴ Ver desde artículo 147 al 149 ibíd.

Se evidencia que en la actualidad, dichos tratados y convenios, regularmente emplean mecanismos que van más allá de entregar su implementación a la interpretación que cada Estado haga de sus normas y a la vigilancia informal del conjunto de la comunidad internacional, sino que de manera directa se trazan reglas que deben ser incorporadas a la política criminal de cada estado, que estén conforme a su ordenamiento jurídico y que atiendan a las necesidades de su región.

De conformidad con lo anterior se hace imperioso resaltar la gran cantidad de convenios que se han suscrito respecto del delito de tráfico de estupefacientes, ya que este es de carácter transnacional, y por lo tanto una situación que afecta de manera general a todos los países en los cuales se ejecuta esta conducta punible, de esta manera existe entonces, una política criminal internacional que ha sido aplicada en cada uno de los países contratantes de estos convenios.

Así mismo a nivel internacional se ha afirmado que la diferenciación de género es necesaria para una vida digna, como se establece en la declaración universal de los derechos humanos así:

“los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”.

Es notoria la necesidad de un trato enmarcado en la igualdad formal y material, dejando entrever que existen pactos o convenios que regulan de forma especial los derechos, tanto de hombres como de mujeres, por lo cual es relevante conocer las diferentes disposiciones que se han adoptado y que han sido ratificadas por Colombia respecto de la situación de la mujer que se encuentra en prisión.

A continuación se relacionan los tratados internacionales ratificados por Colombia respecto a la mujer privada de su libertad y en general sobre el trato de las personas que se encuentran en prisión y las diferentes medidas adoptadas acerca del delito de tráfico de estupefacientes.

- Convención interamericana sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Ley 248 de 1995 por medio de la cual se aprueba la convención internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia, con la mujer suscrita en la ciudad de Belem do, para brasil el 9 de junio de 1994.
- Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Protocolos, Convenios y Acuerdos que enmiendan los Acuerdos, Convenios y Protocolos sobre Estupeficientes y Opio, Nueva York, 1946.
- Convención Única sobre Estupeficientes, Nueva York, 1961, y sus Protocolos de 1972 y 1975.
- Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, Viena, 1971.
- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupeficientes y Sustancias, Viena, 1988.
- Acuerdo con España sobre cooperación en prevención del uso y control del tráfico de estupeficientes.
- Convenio para la supresión del trafico ilícito de drogas nocivas, ginebra, 26 de junio de 1936.

5.3.3.2. Jurisprudencia internacional sobre el sistema penitenciario

Se destacan tres importantes pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de algunos establecimientos carcelarios y penitenciarios de la región

(i) Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia). Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Venezuela:

VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 4 (DERECHO A LA VIDA) Y 5 (DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL) DE LA CONVENCIÓN AMERICANA, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1.1 DE LA MISMA

De las condiciones de detención en el Retén de Catia

El artículo 5 de la Convención consagra uno de los valores más fundamentales en una sociedad democrática: el derecho a la integridad personal, según el cual “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, y quedan expresamente prohibidos la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En lo que se refiere a personas privadas de la libertad el propio artículo 5.2 de la Convención establece que serán tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. De conformidad con el artículo 27.2 de la Convención este derecho forma parte del núcleo inderogable, pues se encuentra consagrado como uno de los que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes.

La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Esta restricción de derechos es consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa, Asimismo, el Estado debe asegurar que la manera y el método de ejecución de la medida no someta al detenido a angustias o dificultades que excedan el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén adecuadamente asegurados.

Por otro lado, el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna.

Hacinamiento

La Corte toma nota de que según el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (en adelante “el CPT”), una prisión sobre poblada se caracteriza por un alojamiento antihigiénico y restringido, con falta de privacidad aun para realizar actividades básicas tales como el uso de las facilidades sanitarias; reducidas actividades fuera de la celda debido al número de internos que sobrepasan los servicios disponibles; servicios de salud sobrecargados; aumento de la tensión en el ambiente y por consiguiente más violencia entre los prisioneros y el personal penitenciario.

La Corte considera que las celdas de aislamiento o castigo sólo deben usarse como medidas disciplinarias o para la protección de las personas por el tiempo estrictamente necesario y en estricta aplicación de los criterios de racionalidad, necesidad y legalidad. Estos lugares deben cumplir con las características mínimas de habitabilidad, espacio y ventilación, y solo pueden ser aplicadas cuando un médico certifique que el interno puede soportarlas.

Servicios sanitarios e higiene

Este Tribunal considera que las malas condiciones físicas y sanitarias de los lugares de detención, así como la falta de luz y ventilación adecuadas, pueden ser en sí mismas violatorias del artículo 5 de la Convención Americana, dependiendo de la intensidad de las mismas, su duración y las características personales de quien las sufre, pues pueden causar sufrimientos de una intensidad que exceda el límite inevitable de sufrimiento que acarrea la detención, y porque conllevan sentimientos de humillación e inferioridad.

Atención médica

Este Tribunal ha señalado que la falta de atención médica adecuada no satisface los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno conforme a la condición de ser humano en el sentido del artículo 5 de la Convención Americana. El Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal, sin que esto signifique que existe una obligación de cumplir con todos los deseos y preferencias de la persona privada de libertad en cuanto a atención médica, sino con aquellas verdaderamente necesarias conforme a su situación real. La atención por parte de un médico que no tenga vínculos con las autoridades penitenciarias o de detención es una importante salvaguardia en contra de la tortura y malos tratos, físicos o mentales, de los prisioneros.

(ii). Corte IDH. Caso Tibi. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Ecuador

VOTO CONCURRENTE RAZONADO DEL JUEZ SERGIO GARCIA RAMIREZ A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO *TIBI VS. ECUADOR*,

DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 2004

El Estado “garante”

“Bien que haya reforma penitenciaria, se expida una nueva legislación de la materia, se provea a la clasificación de los internos, se modernicen las instituciones penitenciarias, se haga un cuidadoso reclutamiento de los funcionarios encargados de la custodia y ejecución de penas, existan sustitutivos adecuados para la pena de prisión, se franquee la visita a los presos en condiciones dignas, haya servicio médico que preserve la salud de los reclusos, se establezcan centros escolares, talleres y unidades de trabajo. Todo eso, y más todavía, es absolutamente indispensable, porque refleja los estándares actuales en materia de privación de la libertad, cautelar o penal, medida severamente cuestionada en la actualidad.-- Pero nada de eso, que es preciso realizar cuanto antes, puede suplir la inmediata adopción de las medidas necesarias para evitar que se presente una sola muerte más en la Cárcel de Urso Branco”

El estado de las prisiones

No obstante la copiosa literatura formada en torno a la privación oficial de la libertad, quedan a la vista, con todos sus problemas evidentes, las cuestiones más inquietantes que han persistido a lo largo de la historia, una larga historia, de este medio de cautela y punición. Literatura que no sólo comprende los relatos de los presos y los testigos del cautiverio, las inquisiciones de los criminólogos y penitenciaristas, las interpretaciones de los críticos, sino también, y con particular exuberancia, las intenciones explícitas en proyectos y programas de gobierno, así como en normas copiosas y minuciosas: desde leyes constitucionales hasta circulares, bandos y reglamentos que anuncian una de las empresas mayormente pregonadas y menos cumplidas: la reforma penitenciaria. Una reforma que vaya más allá de las declaraciones y las disposiciones y se interne, como debe y se espera de ella, en los pasadizos de las cárceles, en las crujías, en las celdas y los calabozos que siguen poblando y caracterizando, pese a todo, la geografía de las prisiones.

La prisión es, finalmente --menos que la pena capital, pero eso depende de las circunstancias en que cada una opera, específicamente, en el doble plano de la previsión y la ejecución--, un hecho de fuerza extrema del Estado sobre un ciudadano, que se legitima en función de ciertas condiciones que la hacen inevitable --mejor que deseable o plausible-- y que constituyen, al mismo tiempo, sus fronteras estrictas. De ahí que las medidas precautorias o penales que implican privación de libertad deban atenerse, con gran rigor, a las exigencias de la legalidad, la necesidad y la proporcionalidad.

Desde luego, la moderación alcanza todo el curso de la reclusión, e incluso los actos que pudieran tener como objetivo la prevención o sanción de conductas ilícitas o la reducción de la resistencia a la autoridad.

(iii). Corte IDH. Caso Caesar. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Trinidad y Tobago

Pena de azotes:

La obstinada presencia de estos métodos de castigo, que constituyen reminiscencias de antiguas prácticas opresivas, conduce a replantear los fines de la pena que el Estado impone al responsable de un delito. No niego el carácter retributivo que formalmente posee la sanción penal y que en ocasiones ha contribuido a limitar el despliegue de la violencia, ajustando la gravedad de la pena a la gravedad de la falta.

Ciertamente, se han expuesto críticas relevantes sobre este proyecto asociado a la pena. Se trata, a menudo, de observaciones razonables que es posible compartir. Sin embargo, aún se carece, en términos reales, efectivos, no sólo ideales o conceptuales, de sustitutos que lo releven de inmediato, con ventaja y eficacia. Tras la decadencia de la concepción readaptadora de la pena aguardan las opciones eliminativas y aflictivas, de las que son ejemplos la sanción capital y las penas corporales --como la mutilación, la marca o los azotes--, respectivamente. De ahí que la readaptación siga constituyendo, a pesar de sus debilidades y contradicciones, un límite razonable al poder penal absoluto del Estado, que de otra suerte se desbordaría.

El diseño readaptador se localiza en el artículo 6.5 de la Convención Americana, que atribuye a las penas privativas de libertad la “finalidad esencial” de promover “la reforma y la readaptación social de los condenados”. Si este es el objetivo de aquellas penas --su misión finalista, que da sentido a la actuación “positiva” del Estado con respecto a los condenados--, el límite para esa acción --frontera insalvable para la autoridad-- se halla en la preservación de la dignidad humana. Es así que “toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (artículo 5.2 de la misma Convención).

Es verdad que estas disposiciones se asocian a la privación de la libertad, pero también lo es que las ideas en las que aquéllas se informan permean el sistema de las penas en su conjunto, sin perjuicio de otros objetivos vinculados con ese conjunto --como la satisfacción de los derechos e intereses del ofendido-- o con algunas penas y medidas específicamente. No es posible suponer, ni remotamente, que los azotes infligidos al condenado dejan a salvo el “respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, o que tienden a alcanzar la “reforma y readaptación” del sentenciado, en el único sentido que éstas poseen en una sociedad democrática y que ciertamente no es la devastación intelectual o moral del sujeto, su reducción absoluta por medio de la violencia, la imposición del puro dolor físico, la humillación del flagelado. Todo esto caracterizó la idea social y estatal sobre la pena en un pasado cada vez más distante, que debiéramos confinar, de una vez y para siempre, en el arcón de la historia.

CONDICIONES DE DETENCIÓN

De la situación prevaleciente --como se percibe a través de las sentencias de la Corte Interamericana y de diversas medidas provisionales ordenadas por ésta-- y del concepto reiterado por el mismo Tribunal acerca de la función de garante que corresponde al Estado con respecto a las personas sujetas a custodia --adultos o menores, sanos o enfermos--, se desprende la necesidad imperiosa de emprender cuanto antes una reforma verdadera e integral de los sistemas de detención. Esto abarca normas, medidas, establecimientos, personal de custodia y alternativas a la reclusión, entre otras cosas. Son muchas, de suyo, las paradojas e insuficiencias de la prisión. A ello se añade, para agravar el estado de cosas que tenemos a la vista, el quebranto reiterado o constante de las reglas cuya observancia pudiera aportar un sistema de reclusión siquiera medianamente aceptable.

PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

En este caso pudo figurar la consideración sobre la racionalidad --que implica, en la especie, legitimidad-- de la pena privativa de libertad prevista por la ley e impuesta por el juzgador. En el marco del Derecho penal de la sociedad democrática, que supone la cuidadosa tipificación de las conductas ilícitas y la medición razonable de sus consecuencias, debe existir una graduación adecuada de las reacciones punitivas conforme a los bienes jurídicos afectados y a la lesión causada o al peligro corrido. La mayor jerarquía del bien protegido a través de los tipos penales y la mayor gravedad del daño ocasionado o del peligro corrido

determinan la severidad de la sanción aplicable. No es admisible sancionar la tentativa, que es la figura a la que se refiere el expediente integrado en este caso por las autoridades competentes, con penas muy elevadas que debieran asignarse al delito consumado. Si se pierde de vista este principio, como en efecto sucedió, se habrá mellado el principio de proporcionalidad de la pena.

5.3.4 DERECHO COMPARADO

Se presenta una breve exhibición de las disposiciones penitenciarias de algunos países de Latinoamérica, Centroamérica y España, dando una mirada general a dichas reglamentaciones, y lo más trascendental , es visualizar qué normatividad se tiene en cuanto a la población femenina dentro de los centros carcelarios.

Se encuentra el sistema penitenciario colombiano, regulado por la ley 65 de 1993, la cual, grosso modo, indica qué programas e instituciones son los adecuados para lograr la llamada “prevención especial” o resocialización. Empero, para analizar dicha legislación, es preciso compararla con diferentes regulaciones que ofrecen actualmente otros Estados, para así comprender qué tipo de desarrollo ha tenido el sistema Colombiano, y lo mas importante, qué avances tiene la legislación con respecto al tratamiento a la mujer, quien de acuerdo a su condición, merece un estudio de sus necesidades al encontrarse en un establecimiento carcelario.

Para esta investigación se tuvo en cuenta, en primer lugar, **a la República de Argentina** con la ley 24.660, llamada de “Ejecución de la pena privativa de la libertad”, la cual nos muestra que dentro de ese sistema penitenciario se puede enfatizar en la progresividad de dicho régimen, ya que se divide en las siguientes etapas:

“a) Período de observación: se hace referencia al organismo técnico-criminológico, el cual cumple funciones de:

- Realizar el estudio médico, psicológico y social del condenado, formulando el diagnóstico y el pronóstico criminológico, todo ello se asentará en una historia criminológica debidamente foliada y rubricada que se mantendrá

permanentemente actualizada con la información resultante de la ejecución de la pena y del tratamiento instaurado.

- Recabar la cooperación del condenado para proyectar y desarrollar su tratamiento. Para lograr su aceptación y activa participación, se escucharán sus inquietudes;
- Indicar el período y fase de aquel que se propone para incorporar al condenado y el establecimiento, sección o grupo al que debe ser destinado;
- Determinar el tiempo mínimo para verificar los resultados del tratamiento y proceder a su actualización, si fuere menester”¹⁶⁵.

“b) Período de tratamiento: se dice que tiene un cumplimiento fraccionado para que el condenado pueda recibir una paulatina atenuación de las restricciones inherentes a la pena. Esas fases podrán incluir el cambio de sección o grupo dentro del establecimiento o su traslado a otro”¹⁶⁶.

“c) Período de prueba: El período de prueba comprenderá sucesivamente:

- La incorporación del condenado a establecimiento abierto o sección independiente de éste, que se base en el principio de autodisciplina;
- La posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento;
- La incorporación al régimen de la semilibertad”¹⁶⁷.

“d) Período de libertad condicional”¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Artículo 13. Ley 24.660. República de Argentina.

¹⁶⁶ *Ibíd.* Artículo 14.

¹⁶⁷ *Ibíd.* Artículo 15.

¹⁶⁸ *Ibíd.* Artículo 12.

Además, se puede mencionar que es en la presente ley donde se encuentra una especie de capítulo separado, aunque no muy extenso, sobre los temas relacionados al tratamiento penitenciario dirigido a la mujer. En este acápite se tratan temas como el personal que se debe encontrar en cada centro penitenciario¹⁶⁹, el tratamiento a la reclusa en estado de gravidez¹⁷⁰ y aquellas que tienen a su cargo hijos menores de cuatro años¹⁷¹.

Ahora bien, la **República de Chile**, ofrece de manera separada el reglamento penitenciario, Decreto de Justicia N°518/98 y las instituciones que ejecutan dicho sistema, los cuales son llamados GENDARMERÍA, Decreto Ley N°2.859, el cual es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y rehabilitar a las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad cumplir las demás funciones que le señale la ley.

En el Decreto de Justicia 518 de 1998, se ilustran los principios sobre los que se funda los establecimientos penitenciarios chilenos, los cuales son:

¹⁶⁹ *Ibíd.* Artículo 190. — Las internas estarán a cargo exclusivamente de personal femenino. Sólo por excepción podrán desempeñarse varones en estos establecimientos en tareas específicas. La dirección siempre estará a cargo de personal femenino debidamente calificado.

Artículo 191. — Ningún funcionario penitenciario del sexo masculino ingresará en dependencias de un establecimiento o sección para mujeres sin ser acompañado por un miembro del personal femenino.

¹⁷⁰ *Ibíd.* Artículo 192. — En los establecimientos para mujeres deben existir dependencias especiales para la atención de las internas embarazadas y de las que han dado a luz. Se adoptarán las medidas necesarias para que el parto se lleve a cabo en un servicio de maternidad.

Artículo 193. — La interna embarazada quedará eximida de la obligación de trabajar y de toda otra modalidad de tratamiento incompatible con su estado, cuarenta y cinco días antes y después del parto. Con posterioridad a dicho período, su tratamiento no interferirá con el cuidado que deba dispensar a su hijo.

Artículo 194. — No podrá ejecutarse ninguna corrección disciplinaria que, a juicio médico, pueda afectar al hijo en gestación o lactante. La corrección disciplinaria será formalmente aplicada por la directora y quedará sólo como antecedente del comportamiento de la interna.

¹⁷¹ *Ibíd.* Artículo 195. — La interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años. Cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo de personal calificado.

Artículo 196. — Al cumplirse la edad fijada en el artículo anterior, si el progenitor no estuviere en condiciones de hacerse cargo del hijo, la administración penitenciaria dará intervención a la autoridad judicial o administrativa que corresponda.

“a) Una ordenación de la convivencia adecuada a cada tipo de establecimiento, basada en el respeto de los derechos y la exigencia de los deberes de cada persona.

b) El desarrollo de actividades y acciones tendientes a la reinserción social y disminución del compromiso delictivo de los condenados.

c) La asistencia médica, religiosa, social, de instrucción y de trabajo y formación profesional, en condiciones que se asemejen en lo posible a las de la vida libre.

d) Un sistema de vigilancia que garantice la seguridad de los internos, funcionarios, recintos y de toda persona que en el ejercicio de un cargo o en uso de una facultad legal o reglamentaria ingrese a ellos.

e) La recta gestión y administración para el buen funcionamiento de los establecimientos”¹⁷².

De igual forma, se establecen ciertos criterios para la separación de las personas que ingresan a los centros penitenciarios, los cuales son:

“a) La edad.

b) El sexo de las mismas.

c) La naturaleza de las actividades y acciones para la reinserción social que proceda.

d) El tipo de infracción cometida.

¹⁷² Artículo 10. Decreto de Justicia No 518 de 1998. Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. República de Chile.

e) El nivel de compromiso delictual de los internos.

f) Las especiales medidas de seguridad o de salud que la situación de ciertos internos haga necesarias.

g) Otros criterios adoptados complementariamente por la Administración Penitenciaria¹⁷³.

En cuanto a la mujer, la legislación chilena maneja diferentes temas de su tratamiento en un solo artículo, el cual establece que “los establecimientos penitenciarios destinados a la atención de mujeres se denominan Centros Penitenciarios Femeninos (C.P.F.) y en ellos existirán dependencias que contarán con espacios y condiciones adecuadas para el cuidado y tratamiento pre y post-natal, así como para la atención de hijos lactantes de las internas.

En aquellos lugares en que no existan estos Centros, las internas permanecerán en dependencias separadas del resto de la población penal, sin perjuicio de que se incorporen a actividades conjuntas con la población penal masculina.

Toda vez que ingrese una interna con hijos lactantes, el Jefe del Establecimiento deberá comunicar de inmediato este hecho al Servicio Nacional de Menores para los efectos de la respectiva subvención y de los programas o medidas que dicha Institución deberá desarrollar para el adecuado cuidado de los niños¹⁷⁴.

Por otro lado, el Reino de España, maneja la ley orgánica general penitenciaria de 1979, la cual ilustra como debe manejarse la población femenina en caso de no existir un penal exclusivo para ellas¹⁷⁵, lo anterior manejado como excepción, ya que la regla general es que los establecimientos de cumplimiento, que son centros

¹⁷³ *Ibíd.* Artículo 13.

¹⁷⁴ *Ibíd.* Artículo 19.

¹⁷⁵ Numeral 3. Artículo 8. Ley Orgánica General Penitenciaria del 26 de septiembre de 1979. Reino de España. Cuando no existan establecimientos de preventivos para mujeres y jóvenes, ocuparán en los de hombres departamentos que constituyan unidades con absoluta separación y con organización y régimen propios.

destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad, se organizarán separadamente para hombres y mujeres; y estos últimos son de dos tipos: de régimen ordinario y abierto.

De manera similar a Chile, existen unos criterios para separar a la población criminal, en **España** se tiene en cuenta el sexo, emotividad, edad, antecedentes, estado físico y mental y, respecto de los penados, las exigencias del tratamiento, lo anterior trae como resultado que:

“a. Los hombres y las mujeres deberán estar separados, salvo en los supuestos excepcionales que reglamentariamente se determinen.

b. Los detenidos y presos estarán separados de los condenados y, en ambos casos, los primarios de los reincidentes.

c. Los jóvenes, sean detenidos, presos o penados, estarán separados de los adultos en las condiciones que se determinen reglamentariamente.

d. Los que presenten enfermedad o deficiencias físicas o mentales estarán separados de los que puedan seguir el régimen normal del establecimiento.

e. Los detenidos y presos por delitos dolosos estarán separados de los que estén por delitos de imprudencia”¹⁷⁶.

Como principios del tratamiento se encuentra que:

“a. Estará basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad, conducente a un enjuiciamiento global de la misma, que se recogerá en el protocolo del interno.

¹⁷⁶ Ibíd. Artículo 16.

b. Guardará relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio pronóstico inicial, que serán emitidos tomando como base una consideración ponderada del enjuiciamiento global a que se refiere el apartado anterior, así como el resumen de su actividad delictiva y de todos los datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales, del sujeto.

c. Será individualizado, consistiendo en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno.

d. En general, será complejo, exigiendo la integración de varios de los métodos citados en una dirección de conjunto y en el marco del régimen adecuado.

e. Será programado, fijándose el plan general que deberá seguirse en su ejecución, la intensidad mayor o menor en la aplicación de cada método de tratamiento y la distribución de los quehaceres concretos integrantes del mismo entre los diversos especialistas y educadores.

f. Será de carácter continuo y dinámico, dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena.”¹⁷⁷

En cuanto a la mujer, está eximida del trabajo obligatorio, quien esté embarazada, durante dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas. Dicho período de excepción se distribuirá, a opción de la interesada, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto.

En el artículo 63 de la ley orgánica general penitenciaria de 1979, se encuentra una clasificación de las personas más detallada, es decir que, “para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado, y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél.

¹⁷⁷ *Ibíd.* Artículo 62.

La clasificación debe tomar en cuenta no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento”.

Es importante mencionar que en España, al momento de concluir el tratamiento o próxima la libertad del interno, “se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional”¹⁷⁸

Por otra parte, cabe indicar como la anterior legislación española tuvo una reforma en 1996, de la cual se extrae como trascendental para el tema en estudio, que *“el desarrollo de las unidades de madres y de los departamentos mixtos -éstos últimos con carácter excepcional- extiende el principio constitucional de protección a la familia al ámbito penitenciario, para paliar, en lo posible, la desestructuración de los grupos familiares que tengan varios miembros en prisión y para proporcionar la asistencia especializada necesaria a los niños menores de tres años que convivan en prisión con sus madres”*¹⁷⁹. (cursivas fuera del texto).

Otra reforma importante que se relaciona con el tema en estudio es la que establece la ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la cual tiene como objeto “hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria”.

¹⁷⁸ *Ibíd.* Artículo 67.

¹⁷⁹ Modificación del Artículo 38 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979. Reino de España.

Ahora bien, en la **República de Guatemala**, en el Decreto Número 33-2006, la ley de régimen penitenciario, describe que en dicho Estado, se tienen como fines del sistema penitenciario: La readaptación social y reeducación de las personas reclusas; así como cumplir con las normas mínimas para la custodia y tratamiento de las mismas.

Esta ley regula el sistema penitenciario nacional, lo relativo a los centros de prisión preventiva y los centros de cumplimiento de condena para la ejecución de las penas.

Aunque no es tema propio de la investigación, es importante mencionar como en Guatemala, se tiene instaurada la pena capital, y quienes son condenados a la misma, de acuerdo al artículo 30 del Decreto Número 33-2006, deben permanecer en *“espacios especialmente destinados para ellos en los centros de condena, debiendo garantizarse el respeto a sus derechos fundamentales”*.

Al igual que en el Reino de España, en Guatemala se establece de manera excepcional que en caso en que no existan establecimientos destinados para mujeres, las mismas podrán ser reclusas en los centros para varones, pero en sectores especiales con absoluta separación, vigilancia y régimen de interior propios. Y aquellos que son especiales para la mujer, “deberán ser adecuados a sus condiciones personales. Deben contar con dependencias o sectores para reclusas embarazadas. Además, contarán con condiciones que les permitan a las reclusas vivir con sus hijos menores de cuatro años, debiéndose para el efecto dotar de locales adecuados en el centro, destinados para guardería infantil que serán atendidos por personal especializado.

La secretaría de obras sociales de la esposa del presidente creará los centros de abrigo y velará por la educación de los hijos, de madres reclusas, mayores de cuatro años, cuyos parientes dentro de los grados de consanguinidad no puedan hacerse cargo de ellos, en condiciones que garanticen su desarrollo y educación integral”¹⁸⁰.

En cuanto al tratamiento penitenciario, se encuentra que manejan un régimen progresivo, el cual es el conjunto de actividades dirigidas a la reeducación y readaptación social de los condenados mediante fases, en donde se pone de manifiesto el progreso de su readaptación. Dichas fases, son las siguientes:

¹⁸⁰ Artículo 52. Decreto Número 33-2006. ley de régimen penitenciario. República de Guatemala.

“a) Fase de diagnóstico y ubicación.

b) Fase de tratamiento.

c) Fase de prelibertad; y

d) Fase de libertad controlada”¹⁸¹.

La República de **Nicaragua**, implementa la ley No. 473 de 2003 que es denominada la ley del régimen penitenciario y ejecución de la pena, la cual tiene por objeto *“establecer las normativas y reglas generales para el funcionamiento del Sistema Penitenciario Nacional y regular la actividad de éste en la ejecución de las penas y medidas cautelares privativas de libertad, tales como control, reeducación, seguridad penal y la reinserción social de los privados de libertad.*

*La ejecución de la pena tiene como fin primordial la reeducación y reinserción del privado de libertad a las actividades de la sociedad”*¹⁸². (cursivas fuera del texto).

En esta legislación se efectúa la separación de condenados y procesados a causa del sexo, por tanto, se reglamenta que *“las internas mujeres bajo proceso de detención y/o condenadas, deberán de permanecer en centros penales distintos a los que albergan a los hombres, debiendo ser el personal de custodia del orden interior del mismo sexo, salvo el personal de seguridad y traslado”*¹⁸³.

De igual forma, se ilustra como *“los centros penitenciarios, dentro de sus instalaciones, procurarán contar con ambientes o unidades especiales para la atención a las privadas de libertad que se encuentren en la etapa de pre y post natal”*.

¹⁸¹ *Ibíd.* Artículo 57.

¹⁸² Artículo 1. Ley No 473 de 2003. ley del régimen penitenciario y ejecución de la pena. República de Nicaragua.

¹⁸³ *Ibíd.* Artículo 9.

Se procurará que el parto se realice en un establecimiento asistencial de salud fuera del penal, en los casos en que el niño nazca dentro de las instalaciones del Sistema Penitenciario Nacional no debe de hacerse constar esta circunstancia en su partida de nacimiento, sino que se tendrá como lugar de nacimiento el nombre del municipio en donde este ubicado el centro.

En los casos en que el centro penitenciario no tenga las instalaciones especiales para el período pre y post natal, las privadas de libertad deben ser ubicadas bajo el régimen de convivencia familiar hasta que el niño o niña cumpla los seis meses de edad propicios para la lactancia materna. Este artículo será para las privadas de libertad donde la ley penal no contempla ningún tipo de fianza o beneficio.

En los otros casos se respetará la convivencia familiar hasta que el niño o niña cumpla los dos años de edad.

Las autoridades del Sistema Penitenciario Nacional deben de realizar los trámites pertinentes de forma escrita, de éstos se debe llevar un registro en forma de expediente por caso, del que se deben dejar copia como soporte ante cualquier suceso futuro¹⁸⁴.

De acuerdo al artículo 39, dentro de este régimen se manejan los siguientes criterios para la clasificación de las personas privadas de la libertad:

a) Por situación legal: Acusados; y Condenados.

b) Por sexo: Masculino y Femenino.

c) Por edad: Adolescentes, entre 15 y 18 años no cumplidos; Jóvenes, entre 18 y 21 años; y Adultos.

¹⁸⁴ Ibíd. Artículo 33.

d) Por patología física o psíquica, que imposibilite su permanencia en el régimen común de la población penal.

e) Por régimen penitenciario: Adaptación; Laboral; Abierto; y Convivencia Familiar.

Es importante destacar como en Nicaragua se implementa el régimen de convivencia familiar, donde se establece un período previo a la libertad definitiva y su objetivo es fortalecer las relaciones del privado de libertad con su núcleo familiar, preparándolo para su vida social al recuperar su libertad.

En este régimen, los privados de libertad conviven en el exterior del centro penitenciario junto a su familia de origen o adquirida, estos internos aún se encuentran vinculados al Sistema Penitenciario Nacional. Para el control de éstos, se deben establecer los mecanismos de control y registros que al efecto consideren pertinente las autoridades del Sistema para dar garantía plena a quién goce del beneficio de este régimen y cuanto resulte necesario.

Bajo este modelo, se podrán ubicar a los ciudadanos que en general carezcan de antecedentes penales, siempre y cuando los delitos por los cuales hayan sido procesados y condenados no sean aquellos que por su naturaleza no aceptan fianza de ningún tipo.

La incorporación a este sistema es la propuesta del director general del centro penitenciario, quien debe de coordinar con el juez ejecutor de la pena, en base a los criterios y las recomendaciones del equipo interdisciplinario¹⁸⁵.

En cuanto a los objetivos del tratamiento penitenciario básicamente se dirigen a *“proporcionar a los privados de libertad o internos, a través de servicios, atención y seguimiento, diferentes oportunidades para la superación académica, técnica y vocacional, brindarles las posibilidades para desempeñar un oficio y prepararlos*

¹⁸⁵ Ibíd. Artículo 60.

para la vida, teniendo como punto de partida la aceptación voluntaria del interno y el respeto a su dignidad”¹⁸⁶.

De igual forma, se tiene reglado el modo de aplicación de dicho tratamiento, donde se dice que *“el Sistema Penitenciario Nacional deberá de promover e impulsar las diferentes formas de participación de la familia de los privados de libertad, sea por medio de los diferentes comités de familiares de los internos, así como la participación de las diferentes asociaciones civiles sin fines de lucro, organismos e instituciones y ciudadanos en general preocupados por la recuperación y el bienestar de los ciudadanos internos en el Sistema. El Reglamento de la presente ley establecerá los procedimientos y mecanismos de participación de la sociedad civil en el proceso de reinserción de los privados de libertad”¹⁸⁷.*

En **República Dominicana**, opera la ley No. 224 de 1984. Sobre Régimen Penitenciario, en la cual se expone como los establecimientos penales se clasifican en “penitenciarías, cárceles, presidios e institutos especiales”¹⁸⁸. En las primeras cumplirán sus condenas los reclusos sujetos a penas de privación de libertad superiores a dos años; en los presidios lo harán los condenados a penas inferiores a dos años; en las cárceles permanecerán los reclusos mientras dure su prisión preventiva.

Los Institutos especiales, son aquellos donde son reclusos condenados con características especiales, tales como: enfermos mentales, reclusos primarios o que se encuentren dentro del período de prueba. Podrán ser establecimientos abiertos o granjas agrícolas.

El Poder Ejecutivo determinará los lugares en que existan establecimientos de una y otra clase, pero en cada Distrito Judicial existirá necesariamente una cárcel.

¹⁸⁶ *Ibíd.* Artículo 66.

¹⁸⁷ *Ibíd.* Artículo 68.

¹⁸⁸ Artículo 1. Ley No 224 de 1984. Régimen Penitenciario. República Dominicana.

Cuando en la localidad no existieren construcciones separadas, en un mismo edificio podrán ser alojados reclusos que debieren estar internados en penitenciarías, presidios y cárcel, debidamente clasificados”¹⁸⁹.

En cuanto al objeto de la ejecución de la pena intramural, se dice que es fundamentalmente *“la protección social y la readaptación del condenado, a fin de restituirlo a la sociedad con voluntad y capacidad para respetar la ley. El régimen penitenciario deberá usar, de acuerdo con las características de cada caso, el tratamiento educativo y asistencial de que pueda disponer, de conformidad a los progresos científicos que se realizan en la materia”*¹⁹⁰.

Se encuentra también que debe haber establecimientos separados para hombres y mujeres. En aquellas localidades en que esto no fuere posible, se habilitarán, en un mismo establecimiento, secciones totalmente independientes, de tal modo que no pueda existir comunicación alguna entre las clases de reclusos mencionados. Los establecimientos para menores seguirán regidos por su ley especial¹⁹¹.

De igual forma, se establece que deberá existir conveniente clasificación entre los reclusos mayores y menores de 21 años de edad, y respecto de los pertenecientes a la primera clase, entre los que hayan cometido delitos de sangre o que atenten contra el sexo, y los demás delitos establecidos por el Código Penal y las leyes especiales.

Cuando las dependencias del establecimiento lo permitan, se procurará mayor separación atendiendo a la naturaleza del delito, la edad y personalidad del recluso, la cuantía de la pena y la reincidencia”¹⁹².

En cuanto al régimen penitenciario se dice que es progresista, ya que se aplican los siguientes periodos o etapas: “1) De observación; 2) de tratamiento; 3) de prueba”¹⁹³.

¹⁸⁹ Ibíd. Artículo 1.

¹⁹⁰ Ibíd. Artículo 2.

¹⁹¹ Ibíd. Artículo 11.

¹⁹² Ibíd. Artículo 12.

¹⁹³ Ibíd. Artículo 13.

Es importante destacar que en las instituciones carcelarias, de acuerdo al artículo 52 de la ley 224 de 1984, deben llevar de cada recluso una hoja de vida, en la que se anotarán las medidas disciplinarias aplicadas a la calificación mensual, que merezca su conducta y su grado de rehabilitación, expresados en una escala que comprenderá los grados siguientes: a).- Optima; b) Muy buena; c) Buena; d) Regular; e) Menos que regular; f) Mala; y g) Pésima”¹⁹⁴.

En cuanto a las personas que recobran su libertad se les prestará asistencia y “protección moral y material, con el fin de que puedan desarrollar normalmente su vida en libertad; y cuando residieren en lugar distinto a aquel en que esté ubicado el establecimiento del que egresan, se les proporcionarán los recursos indispensables para el traslado al lugar de su residencia, si los reclusos no los tuvieron”¹⁹⁵.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 94 de la ley 224 de 1984, “*en las prisiones existirá un departamento especial encargado de la asistencia de los reclusos liberados, al cual se le asignarán los fondos necesarios para su funcionamiento. Corresponderá a este departamento una labor directiva y relacionada respecto de los demás organismos que tengan finalidades análogas*”.

En cuanto al personal, se dice que Los establecimientos carcelarios estarán bajo la vigilancia y control de personal especializado e idóneo, capaz de cumplir la misión social que le impone la ley. Los establecimientos destinados a reclusión de mujeres serán atendidos por personal femenino de vigilancia¹⁹⁶.

Para finalizar, situamos la legislación de la **República Bolivariana de Venezuela**, cuyo reglamento penitenciario se encuentra en la ley 36.975 del 2000, donde se manifiesta principalmente que “la reinserción social del penado constituye el objetivo fundamental del período de cumplimiento de la pena”..

Durante el período de cumplimiento de la pena deberán respetarse estrictamente todos los derechos inherentes a la persona humana consagrados en la Constitución y leyes nacionales, tratados, convenios, acuerdos internacionales

¹⁹⁴ Ibíd. Artículo 52.

¹⁹⁵ Ibíd. Artículo 93.

¹⁹⁶ Ibíd. Artículo 95.

suscritos por la República, así como los derivados de su particular condición de condenado.

Los tribunales de ejecución ampararán a todo penado en el goce y ejercicio de los derechos individuales, colectivos y difusos que le correspondan de conformidad con las leyes¹⁹⁷.

Se encuentra un sistema progresivo, el cual está encaminado a fomentar en el penado el respeto a si mismo, los conceptos de responsabilidad y convivencia sociales y la voluntad de vivir conforme a la Ley¹⁹⁸.

Asimismo, se establece la necesidad de separar a la población interna, de acuerdo a unos lineamientos como: el sexo, edad, naturaleza y tipo del delito, antecedentes penales, grado cultural, profesión u oficio, estado de salud, características de su personalidad y la naturaleza y duración de la pena¹⁹⁹. La anterior clasificación, de acuerdo a los artículos 10 y 11 de la ley en estudio, *“se hará en el período de observación, que no excederá de tres (3) meses, y servirá para establecer el diagnóstico criminológico y el tratamiento adecuado a la personalidad del recluso y a la duración de la pena. Dicha observación se realizará por los servicios técnicos de los establecimientos a los cuales se atribuya este cometido”*.

Se debe tener en cuenta que “los penados serán agrupados al ingresar al establecimiento a que hayan sido destinados en razón de la afinidad de sus respectivos tratamientos. Con este fin los establecimientos penales dispondrán de secciones separadas que permitan el trato adecuado a cada grupo.²⁰⁰”

En cuanto al trabajo penitenciario, se dice, de acuerdo al artículo 15, que es un “derecho y un deber. Tendrá carácter formativo y productivo y su objeto primordial será la adquisición, conservación y perfeccionamiento de las destrezas, aptitudes y hábitos laborales con el fin de preparar a la población reclusa para las condiciones del trabajo en libertad, obtener un provento económico y fortalecer sus responsabilidades personales y familiares.

¹⁹⁷ Artículo 2. Ley No. 36.975 de 2000. República Bolivariana de Venezuela.

¹⁹⁸ *Ibíd.* Artículo 7.

¹⁹⁹ *Ibíd.* Artículo 9.

²⁰⁰ *Ibíd.* Artículo 12.

Por otra parte, llama la atención que como norma general los reclusos vestirán el equipo uniforme que al efecto les será suministrado en cantidad suficiente para su periódica y oportuna renovación; y están obligados a conservarlo adecuadamente así como a procurar su mayor duración²⁰¹.

En cuanto a la población femenina, se establece que *“cumplirán las penas privativas de libertad en establecimientos especiales. Cuando no existan dichos establecimientos, el tribunal de ejecución ordenará su reclusión en pabellones y secciones independientes dentro del centro de internación de destino”*²⁰².

Dichos establecimientos para mujeres “serán dirigidos y estarán exclusivamente a cargo de personal femenino, sin perjuicio de que los servicios religiosos, médicos, educativos y de vigilancia exterior sean desempeñados por hombres”²⁰³.

De acuerdo al artículo 72, *“las secciones para mujeres en los centros de internación mixtos estarán bajo la inmediata jefatura de una funcionaria dependiente del director del establecimiento y en locales totalmente separados de la sección para hombres. Los servicios en estas secciones serán desempeñados por personal femenino”*.

Se enfatiza que “ningún funcionario varón penetrará en los establecimientos y secciones para mujeres sin la compañía de un funcionaria”²⁰⁴.

De igual forma existe cierta prevalencia para las reclusas embarazadas, ya que se enuncia como *“se prestará especial cuidado a las reclusas embarazadas y lactantes, quienes quedarán eximidas de las obligaciones inherentes al tratamiento que sean incompatibles con su estado, por el tiempo y según las especificaciones del dictamen médico. Se procurará que el parto se produzca en un servicio de maternidad ajeno al establecimiento y, si por circunstancias*

²⁰¹ Ibíd. Artículo 32.

²⁰² Ibíd. Artículo 70.

²⁰³ Ibíd. Artículo 71.

²⁰⁴ Ibíd. Artículo 73.

especiales, el niño naciere en el centro de internación, no obstante lo dispuesto por el Código Civil, se omitirá la mención de ello en la partida de nacimiento”²⁰⁵.

Por otra parte, el artículo 75 manifiesta como “las reclusas podrán conservar consigo a sus hijos menores de tres años. Este límite será prorrogable por el tribunal de protección del niño y el adolescente”.

²⁰⁵ *Ibíd.* Artículo 74.

CAPÍTULO SEXTO

DISEÑO METODOLÓGICO

El nivel de profundidad de la investigación es analítico desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, porque partiendo de los aspectos teóricos de los mecanismos de control social frente al delito, se hizo el análisis de la forma como se trata la condición de género femenino, como factor de criminalidad y en el momento de diseñar y ejecutar un verdadero tratamiento penitenciario, estudiando las características que presenta la población femenina de los establecimientos de reclusión de mujeres en las cárceles de Armenia, Manizales y Pereira, durante el año 2008.

Se tuvo como fuente primaria para obtener la información requerida, la población conformada por los Directores de los establecimientos de reclusión, los Jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad y las reclusas de las tres cárceles ya mencionadas.

El dato se obtuvo a través de los siguientes instrumentos de medición: (i) Encuestas aplicadas a los señores Directores de los establecimientos de reclusión, de Armenia, Manizales y Pereira. (ii) Encuestas aplicadas a los señores Jueces de ejecución de penas de las tres capitales ya mencionadas. (iii) Reclusas que purgan pena en las Cárceles de “Villa Cristina” , en Armenia, de “Villa Josefina” en Manizales y de La Badea en Pereira.

Para recoger el dato respecto a las unidades de información, se utilizó la totalidad de la población compuesta por tres (3) Directores de los establecimientos de reclusión, seis (6) Jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad y setenta y cinco (75) internas de los establecimientos de reclusión de mujeres ya señalados.

Como sesgo de confusión, se advirtió dificultad en el acceso a la población reclusa y la limitación que las directivas de los establecimientos pusieron respecto al número de internas que estaban en capacidad de atender las encuestas de los investigadores.

Los instrumentos de medición se diseñaron teniendo en cuenta los objetivos, tanto el general como los específicos y el análisis de los resultados se hizo clasificando las preguntas en relación a cada una de las variables tomadas de esos objetivos.

La respuesta desde el punto de vista cualitativo, se obtuvo mediante el cálculo de medidas descriptivas, con números y porcentajes respecto a las diferentes variables. Se tabuló la información y se elaboraron los gráficos con los indicadores más significativos.

Desde el punto de vista cualitativo, se hizo una construcción teórica, atendiendo tanto a los referentes históricos, conceptuales y jurídicos, como a los resultados obtenidos con la aplicación de las encuestas. Finalmente, se consignaron las conclusiones derivadas del análisis, se verificó el cumplimiento del objetivo general partiendo de los objetivos específicos, se verificó la confirmación de la hipótesis, el cumplimiento del propósito y se dio respuesta a la pregunta a través de la cual se formuló el problema. Finalmente, se hicieron unas recomendaciones que podrían adoptarse para hacer efectivos los fines de política criminal.

CAPÍTULO 7

RESULTADOS DE LA INFORMACIÓN

Antes de proceder a la construcción teórica de la investigación, se presentan los resultados de la misma, teniendo en cuenta las encuestas aplicadas a la población reclusa, a los directores y a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, de los tres establecimientos de reclusión de mujeres que funcionan en los tres departamentos del eje cafetero, con el fin de dar cumplimiento a al objetivo general y específicos y verificar la confirmación o información de la hipótesis planteada.

Los resultados se agruparon por temas, así:

7.1. De las encuestas aplicadas a la población reclusa: (Ver Anexo A)

7.1.1. Respecto a las actividades que cumplen en los establecimientos de reclusión.

¿Qué actividades realiza actualmente en la Cárcel?

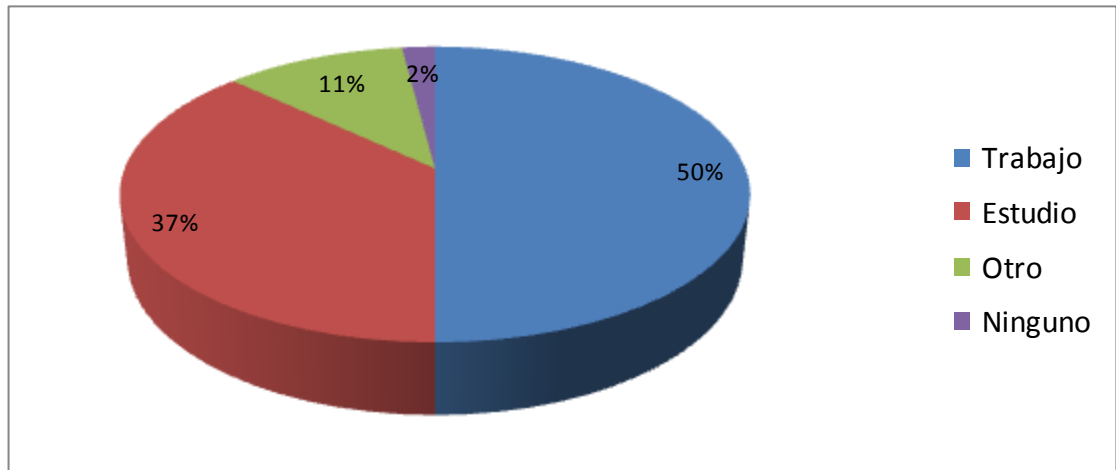
Trabajo: 50%

Estudio: 37%

Otras: 11%

Ninguna: 2%

Figura 1: Actividades realizadas dentro de la institución carcelaria.



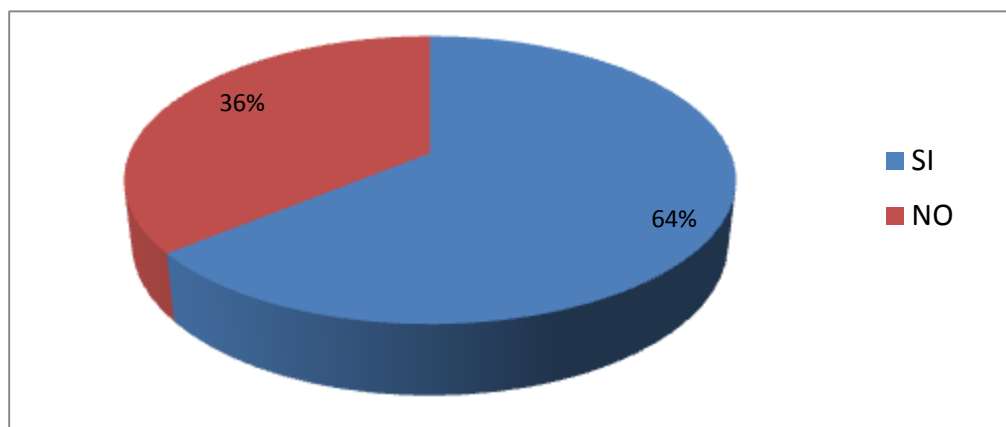
Se advierte que la mayor parte de la población reclusa se dedica al trabajo en primer lugar, muy seguida de la educación, una mínima parte se ocupa de otras actividades como la enseñanza y solamente un 2% está totalmente ociosa.

¿La actividad que realiza fue escogida voluntariamente por usted?

Si: 64%

No: 36%

Figura 2: Actividades realizadas de manera voluntaria.



La mayor parte de las internas (64%) siente que no han tenido libertad para escoger su actividad. El 36% considera que si han sido autónomas.

7.1.1.2 .En relación con el trabajo:

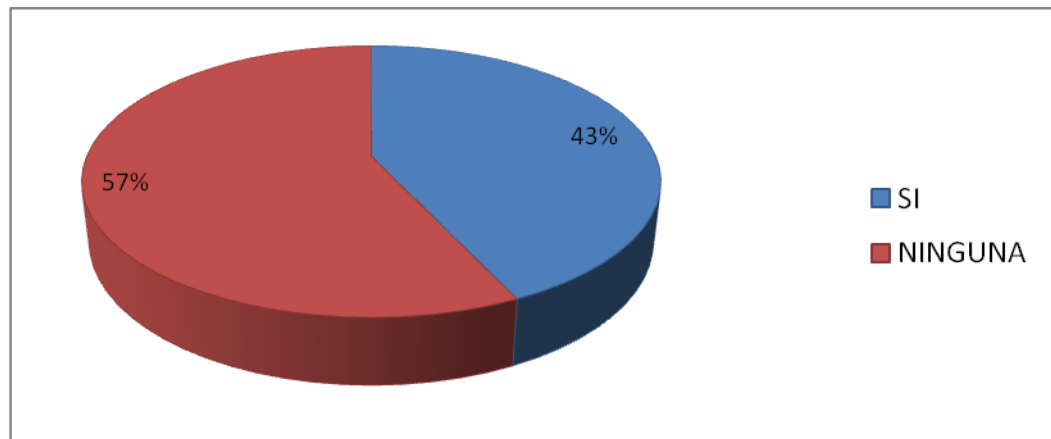
Si usted trabaja señale:

a) Vinculación empresarial:

Sí: 43%

Ninguna: 57%

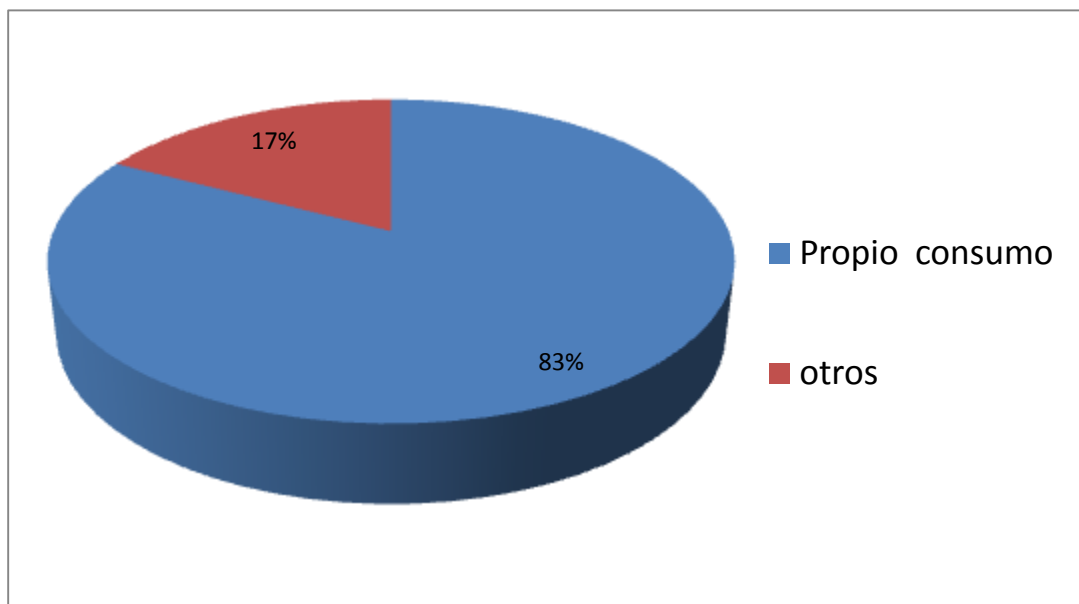
Figura 3: Vinculación empresarial.



La mayor parte de las reclusas (57%) no tiene vinculación empresarial, el 43% si tiene algún tipo de respaldo empresarial.

Porcentaje de los ingresos destinados al propio consumo:

Figura 4: Porcentaje destinado al consumo.



La mayor parte de los ingresos recibidos por las internas durante su reclusión (83% aproximadamente), lo dedican a su propio consumo. En un porcentaje mínimo al ahorro y a la familia.

Número de horas laboradas al día:

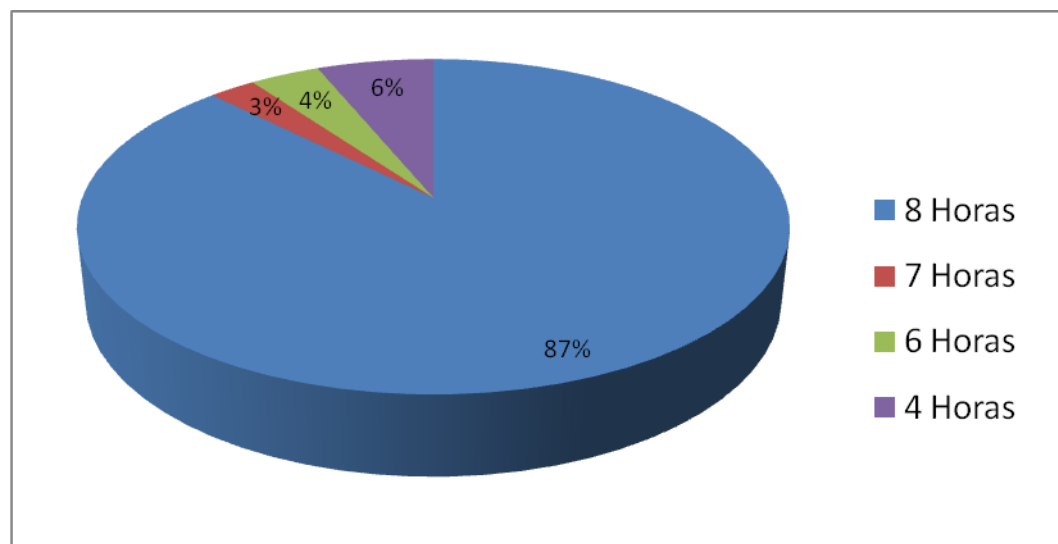
8 Horas: 87,5%

7 Horas: 2,5%

6 Horas: 3,75%

4 Horas: 6,25%

Figura 5: Horas laboradas diariamente.



La mayor parte de las reclusas que laboran (87%) lo hace durante 8 horas diarias, un menor porcentaje, entre 7 y 4 horas al día.

Días de descanso semanal:

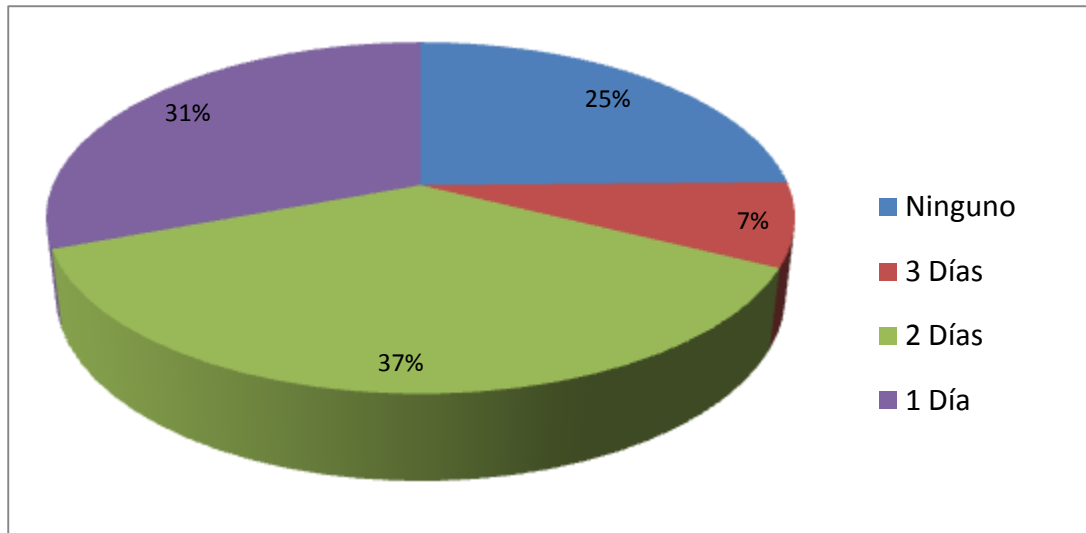
Ninguno: 23%

3 Días: 7,15%

2 Días: 34,3%

1 Día: 28,6%

Figura 6: Días de descanso semanal.



El 37% de las internas descansa solo dos días; el 31% un día; el 25% no toma ningún descanso y un mínimo de 7% descansa 3 días. Sin embargo es necesario tener en cuenta que las normas penitenciarias imponen un límite de 8 horas de trabajo, para un máximo de 40 horas semanales.

¿Qué labor quisiera desempeñar durante la Privación de su Libertad?

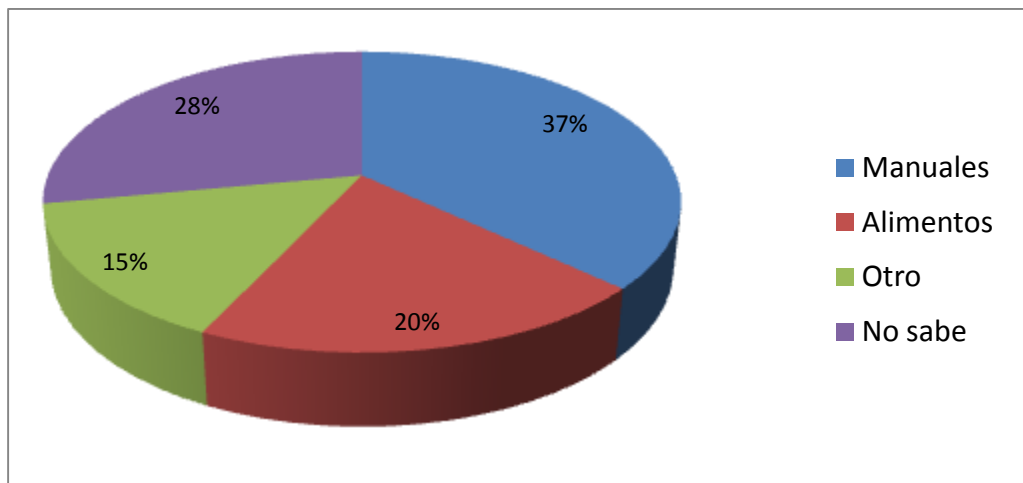
Manuales: 37%

No sabe: 28%

Alimentos: 20%

Otro: 15%

Figura 7: Labores deseadas para realizar dentro del plantel.



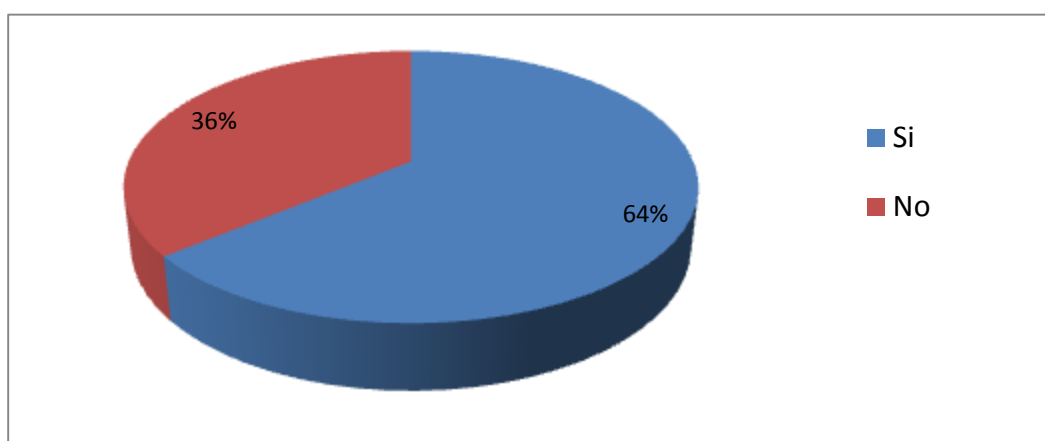
Un 37% de las mujeres privadas de la libertad desea ocuparse de labores manuales; el 28% no tiene predilección por un área determinada; el 20% se inclina por lo relacionado con alimentos y un 15% a diversas actividades.

¿La labor deseada es ofrecida por el plantel?

Si: 64%

No: 36%

Figura 8: el plantel penitenciario ofrece las labores deseadas.



El 64 % de las internas cuenta en el plantel con las actividades deseadas, el 36 % carece de esa opción

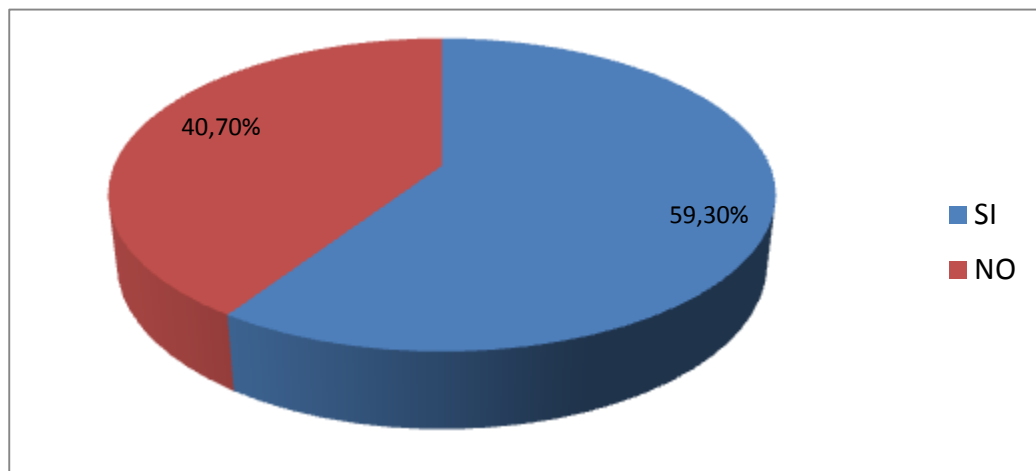
7.1.1.3. Respecto al estudio:

¿Estudia actualmente en el centro de reclusión?

Sí: 59.3 %

No: 40.7 %

Figura 9: Porcentaje de internas estudiando actualmente en el plantel.



El 59,30% de las reclusas adelanta estudios; el 40,70 %, no lo hace.

Nivel de estudio:

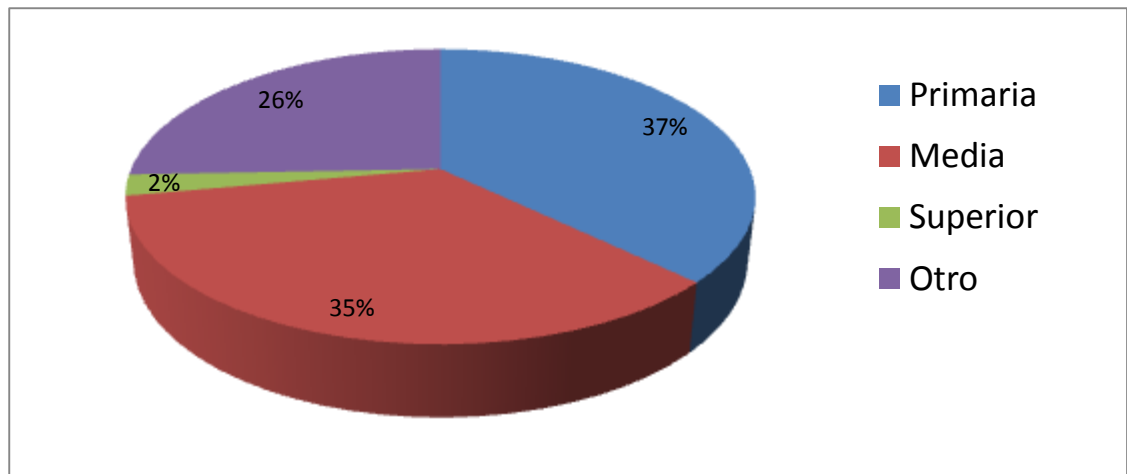
Primaria: 37.2%

Media: 34.9%

Superior: 2.3%

Otro: 25.6%

Figura 10: Nivel de escolaridad.



El 37% de las internas dedicadas al estudio, está en el nivel de primaria; el 35%, en el nivel de educación media; solamente el 2% se encuentra en el nivel de educación superior; el 26% está vinculado a un tipo de educación no formal.

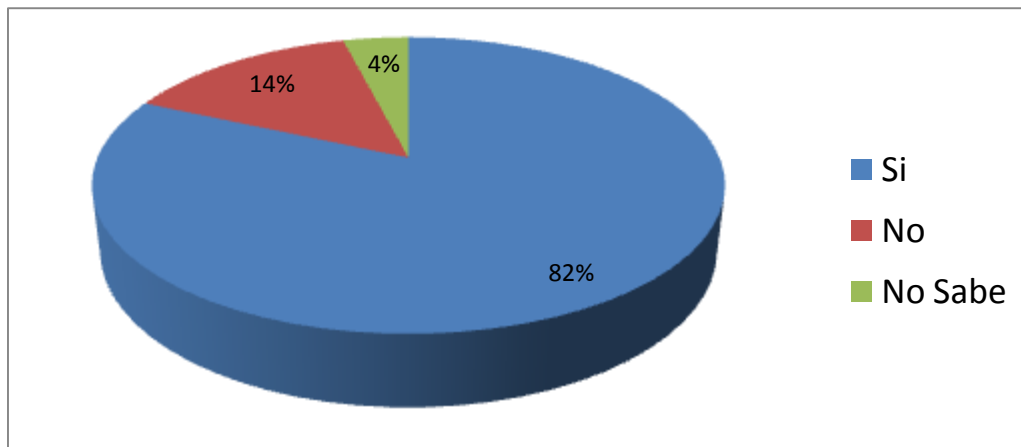
7.1.1.4. Grado de satisfacción con su actividad

SI = 81.7%

No =14.3%

No sabe = 4%

Figura 11: Nivel de satisfacción con las labores realizadas.



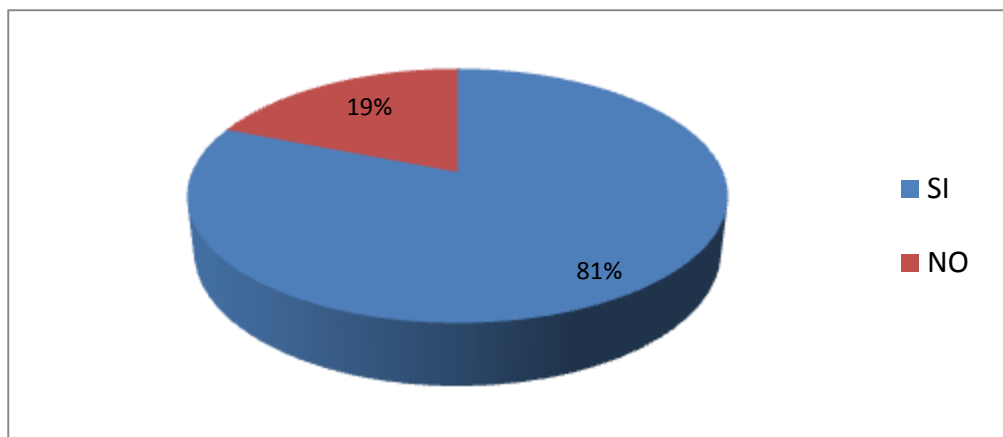
El 82% de las reclusas está satisfecho con la actividad que realiza al interior del establecimiento; el 14% está insatisfecho y el 4%, no está en capacidad de medir su grado de satisfacción.

¿Considera que las actividades que realiza son las adecuadas para su condición de mujer?

Si: 81%

No: 19%

Figura 12: Las actividades corresponden a su condición de mujer.



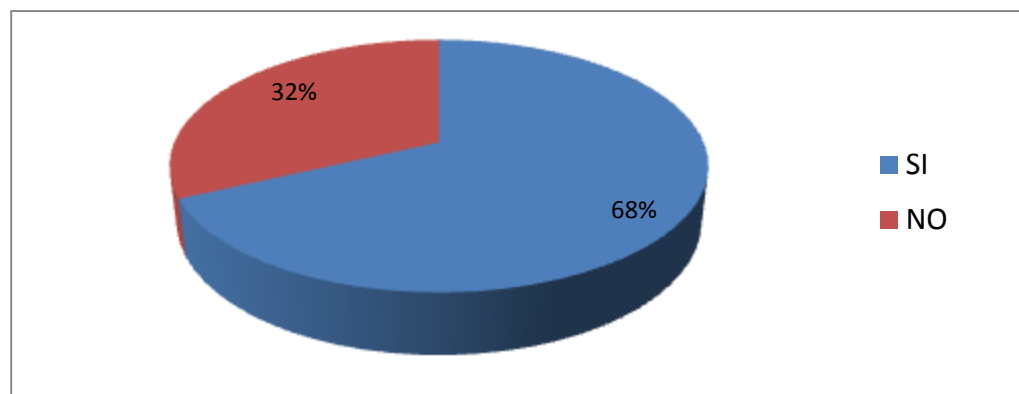
El 81% considera que las actividades que brinda el establecimiento son adecuadas a su condición de género, el 19% no las considera pertinentes.

¿Considera que las actividades que realiza al interior del establecimiento de reclusión, le van a servir positivamente cuando recobre la libertad?

Sí: 68 %

No: 32 %

Figura 13: Utilidad de las actividades realizadas dentro del plantel.



El 68% considera que la actividad que realiza, será positiva para prepararlas para su vida en la libertad. El 32% no tiene la misma percepción.

7.1.2. Respecto al tratamiento al interior de establecimiento

¿En qué grado sus necesidades básicas son satisfechas en el establecimiento de reclusión?

Figura 14: Asistencia en salud.

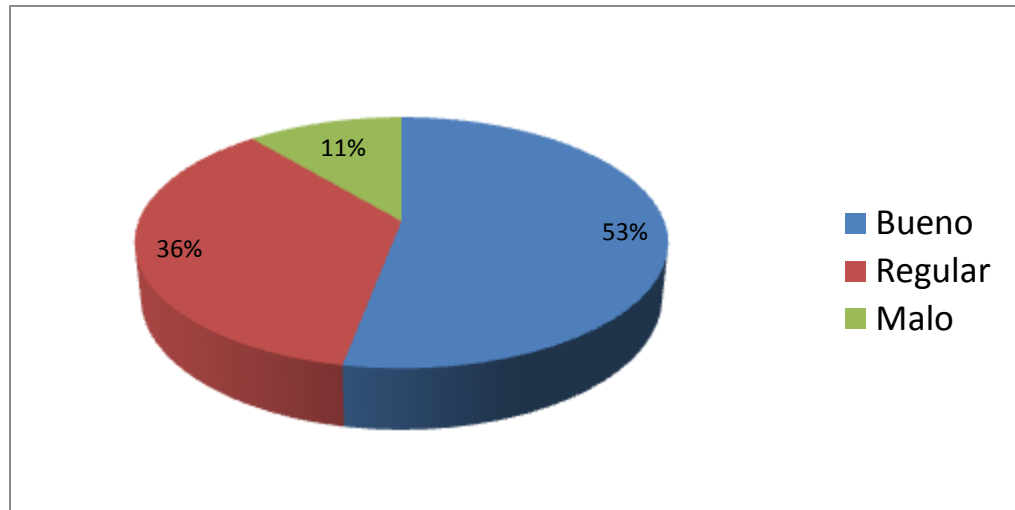


Figura 15: Asistencia jurídica.

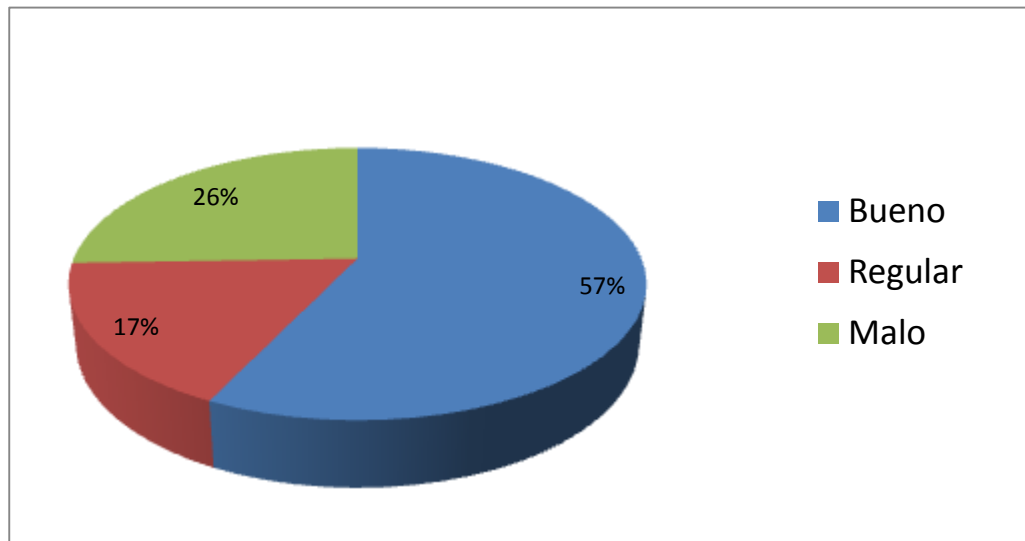
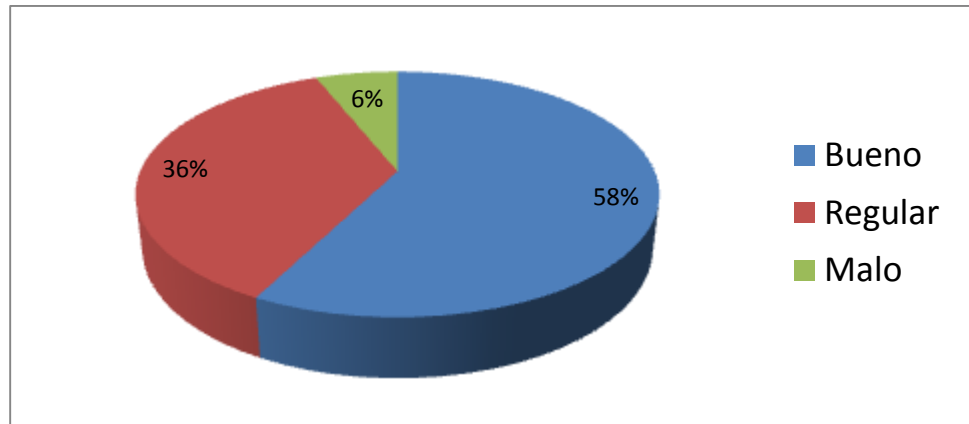


Figura 16: Alimentación



Se consideraron como básicas, tres necesidades: Salud- Asistencia Jurídica y Alimentación. El resultado fue el siguiente: En cuanto a la salud: El 53% la considera buena; el 36% regular y el 11% mala. En cuanto a la asistencia jurídica: El 57% estima que es buena, el 17% regular y el 26%, mala. Y la alimentación, es calificada como buena por el 58%, como regular por el 36% y como mala por el 6%.

¿Cómo califica el tratamiento que está recibiendo en el plantel?

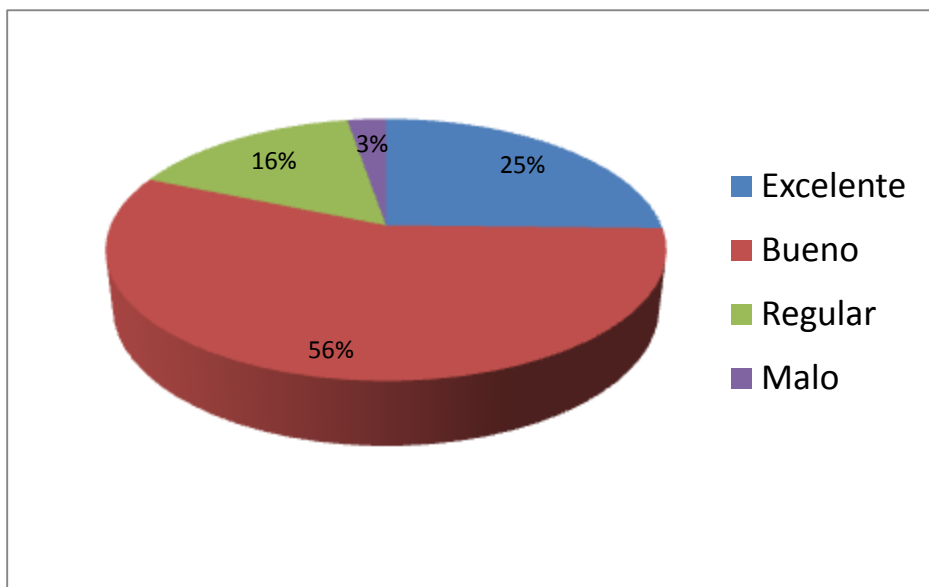
Excelente: 33%

Bueno: 56%

Regular: 16%

Malo: 2.67%

Figura 17: Calificación del tratamiento.



La calificación del tratamiento actualmente recibido en el centro de reclusión es buena para el 56%, excelente para el 25%, regular para 16% y mala para el 3%, aproximadamente.

¿Qué sugerencias hace para que mejore el tratamiento?

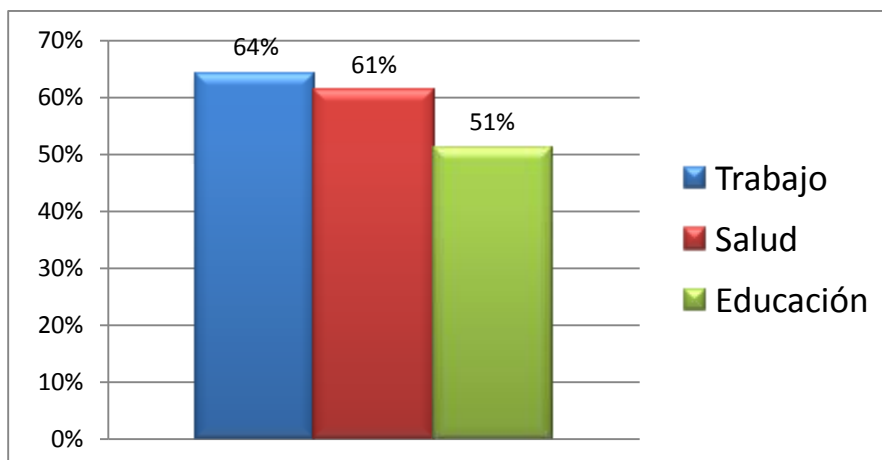
Mayores oportunidades laborales: 64 %

Mejor salud: 61 %

Mejor educación: 51 %

NOTA: Algunas reclusas seleccionaron varias opciones.

Figura 18: Sugerencias al tratamiento.



En cuanto a los aspectos por mejorar, el 64% considera que deben existir mayores oportunidades para trabajar; el 61% estima que deben mejorar las condiciones de salud y el 51% que deberían existir mejores condiciones para la educación. Debe aclararse, que muchas personas escogieron más de una opción.

7.1.3. De las relaciones interpersonales:

En cuanto a las relaciones con la familia, con las internas y con los superiores, se obtuvo el siguiente resultado: En las primeras, el 84% las califica como buenas, el 10%, como regulares y el 6% malas. Lo que tiene que ver con la relación entre las compañeras de reclusión, para el 70% son buenas, para el 21% regular y para el 9% malas.

Figura 19: Relaciones familiares.

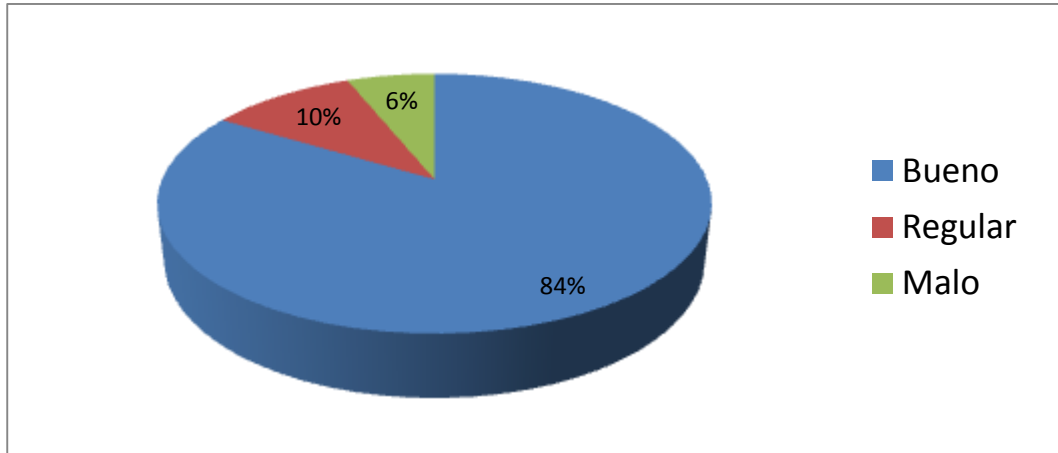


Figura 20: Relaciones con las compañeras.

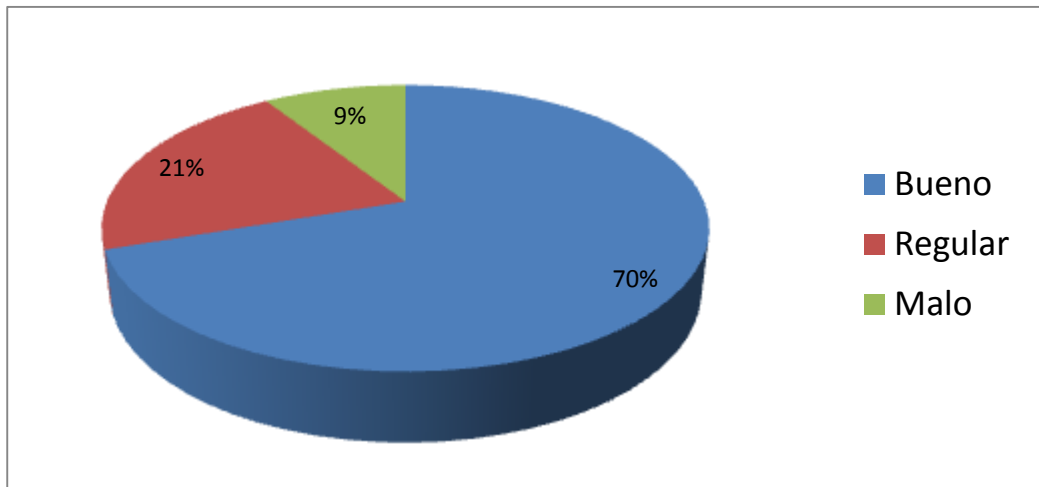
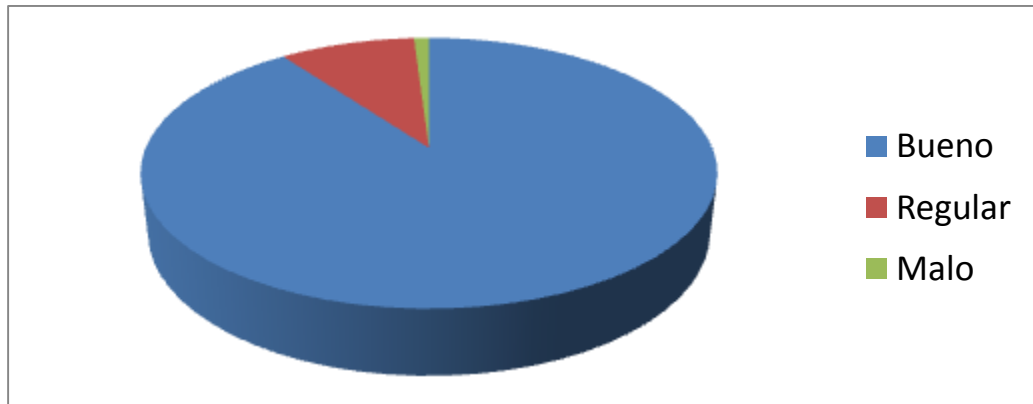


Figura 21: Relaciones con los superiores.



7.1.4. El tratamiento post-penitenciario:

¿Qué proyectos desearía desarrollar al recuperar su libertad?

Laborales: 61.8 %

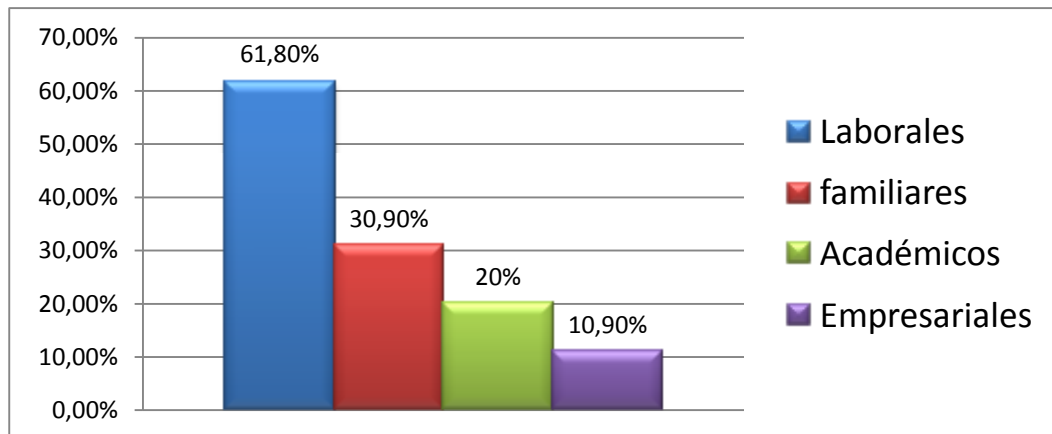
Familiares: 30.9 %

Académicos: 20 %

Empresariales: 10.9 %

NOTA: Algunas reclusas seleccionaron varias

Figura 22: Proyectos al momento de recobrar la libertad.



Al recuperar la libertad, el 61,80% de las internas desea dedicarse a actividades laborales, el 30,90%, a la familia; el 20% a labores académicas y el 10,90% a trabajo empresarial.

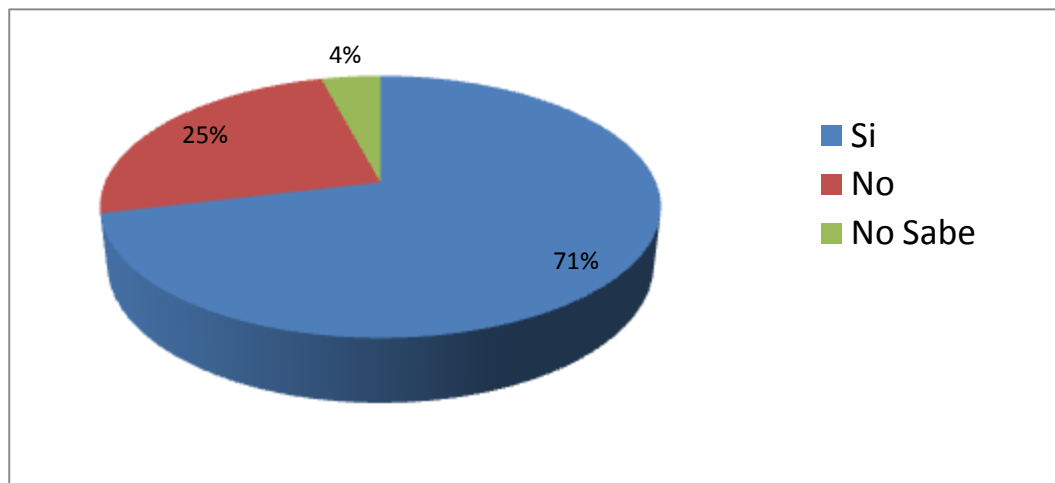
¿Considera que sus planes tendrán respuesta positiva en la sociedad?

Si: 71.24%

No: 24.66%

No sabe: 4.1%

Figura 23: Respuesta positiva de la sociedad frente a sus proyectos.



Respecto a la respuesta que sus aspiraciones tendrán en la sociedad, el 71% considera que será positiva, el 25% que no y el 4% no tienen opinión al respecto.

7.2. DE LAS ENCUESTAS APLICADAS A LOS JUECES DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD Y DIRECTORES DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE RECLUSIÓN. Ver Anexo B.

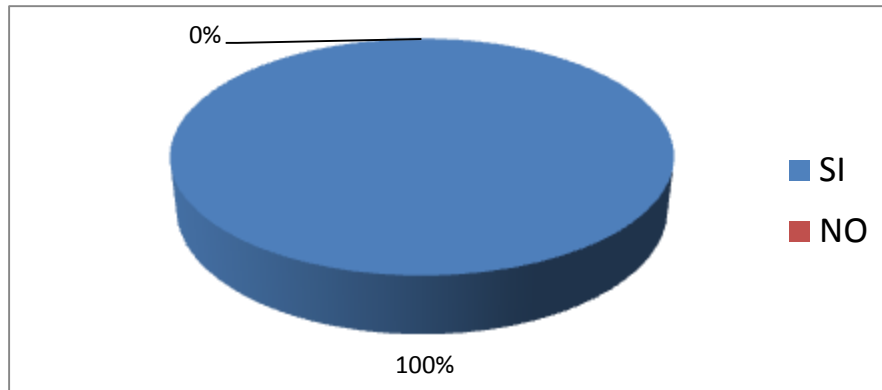
7.2.1 Del respeto por el derecho de las internas:

¿Es respetado el principio de igualdad material en las penitenciarías femeninas?

Si: 100%

No: 0%

Figura 24: Respeto de la igualdad material en los centros penitenciarios.



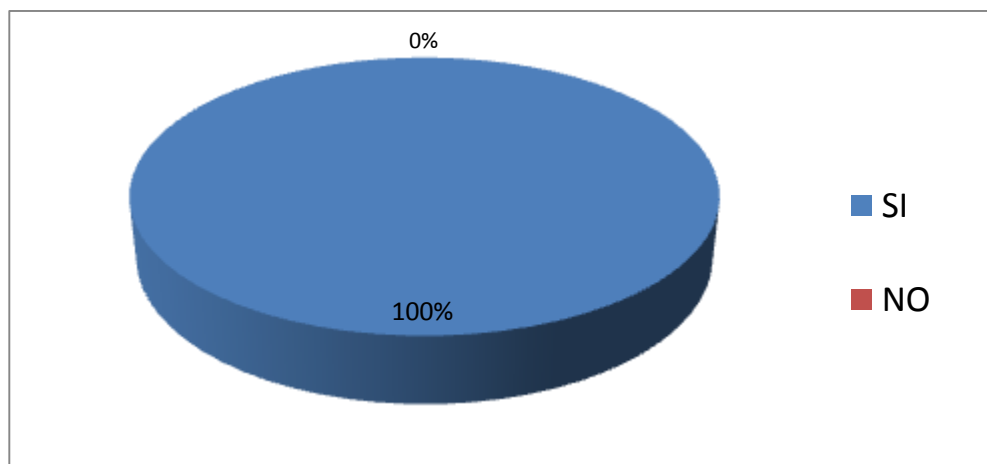
El 100% de las autoridades penitenciarias y carcelarias considera que en los establecimientos de reclusión se respeta el derecho a la igualdad material de las internas.

¿Cumplen las cárceles con la finalidad de la prevención especial positiva, esto es, con la resocialización?

Si: 100%

No: 0 %

Figura 25: Cumplimiento de la prevención especial positiva.



El 100% de los Jueces y de los Directores considera que se cumple con la finalidad de la prevención especial positiva y concretamente con el fin de la resocialización, al interior de los centros penitenciarios femeninos.

7.2.2. De las causas de la criminalidad femenina:

¿Cuál es el principal motivo que hace delinquir a las mujeres?

Situación económica: 42,8%

Falta de educación: 9,5%

Protección a la familia: 28,7%

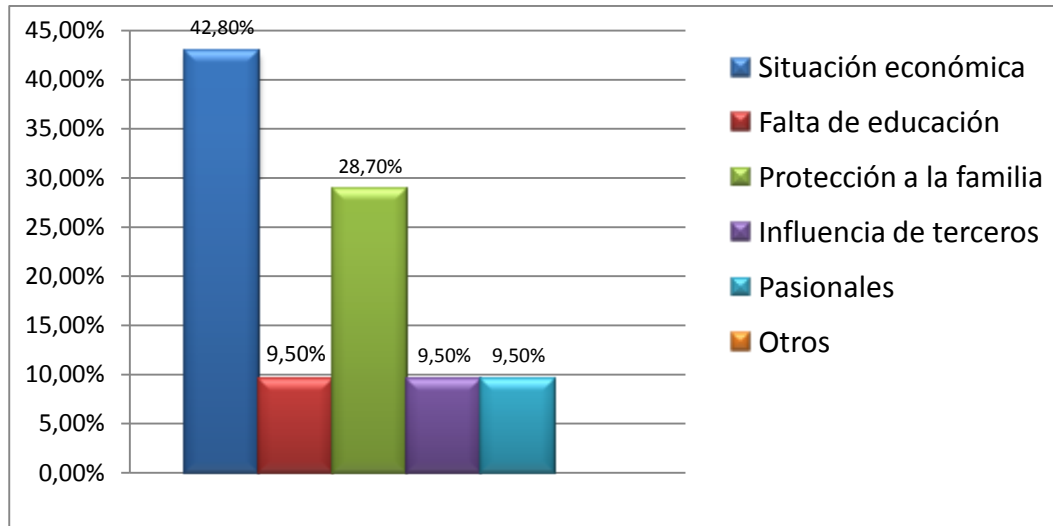
Influencia de terceros: 9,5%

Pasionales: 9,5%

Otros: 0%

NOTA: ALGUNOS FUNCIONARIOS SELECCIONARON VARIAS OPCIONES.

Figura 26: Causales de criminalidad femenina.



Las causas por las cuales las mujeres delinquen son en su orden: 1.Económicas (42.80%). 2. Protección a la familia (28.70%). 3. Falta de educación, influencia de terceros y pasionales, más o menos en la misma proporción 9.50%).

De los siguientes controles ejercidos por la sociedad. ¿Cuál considera el más idóneo?

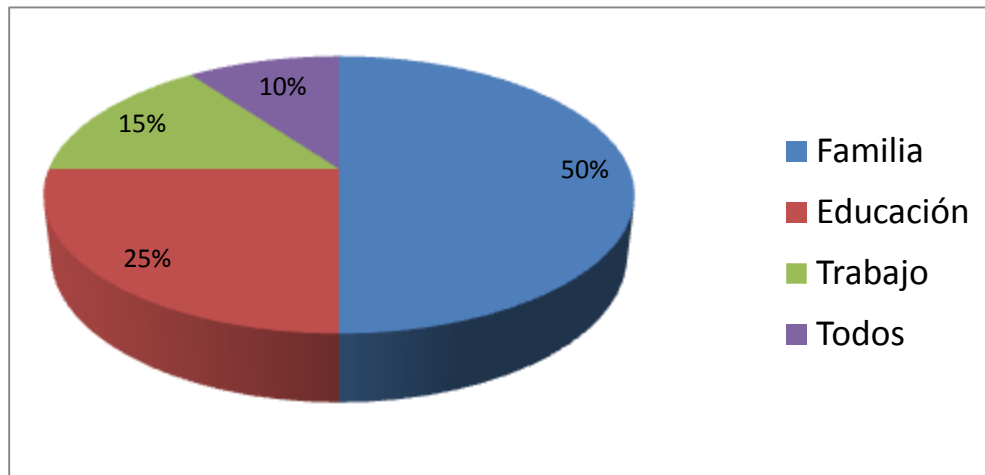
Familia: 50%

Educación: 25%

Trabajo: 15%

Todos: 10%

Figura 27: Idoneidad de los controles de la sociedad.



Entre los controles que la sociedad ejerce sobre las mujeres, el 50% de los encuestados considera más efectiva la familia, el 25 % la educación, el 15% el trabajo y el 10% todos los anteriores.

7.2.3. De la política criminal del Estado, en relación con la delincuencia femenina, debe ir dirigida principalmente hacia:

Prevención: 72,7%

Retribución: 0%

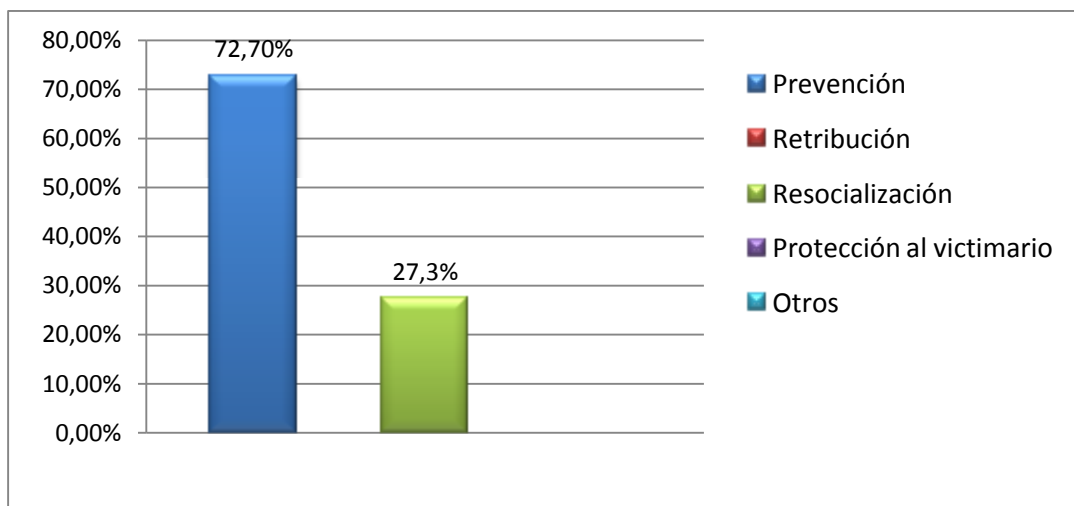
Resocialización: 27,3%

Protección al victimario: 0%

Otras: 0%

NOTA: ALGUNOS FUNCIONARIOS SELECCIONARON VARIAS OPCIONES

Figura 28: Dirección de la política criminal del Estado.



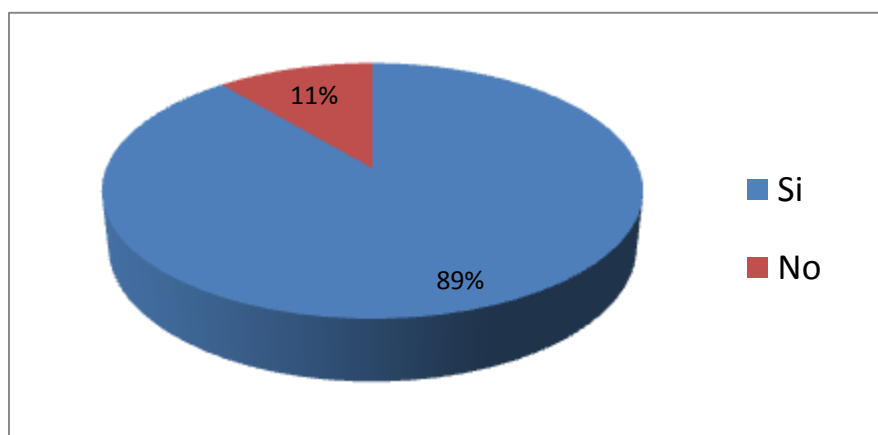
Los funcionarios investigados, tanto los judiciales como los penitenciarios, consideran que la política criminal debe dirigirse hacia la prevención, en un 73% y hacia la resocialización en un 27%.

¿Considera que la resocialización se debe enfocar respetando el libre desarrollo de la personalidad de cada reclusa?

Si: 88,9%

No: 11,1%

Figura 29: Enfoque de la resocialización.



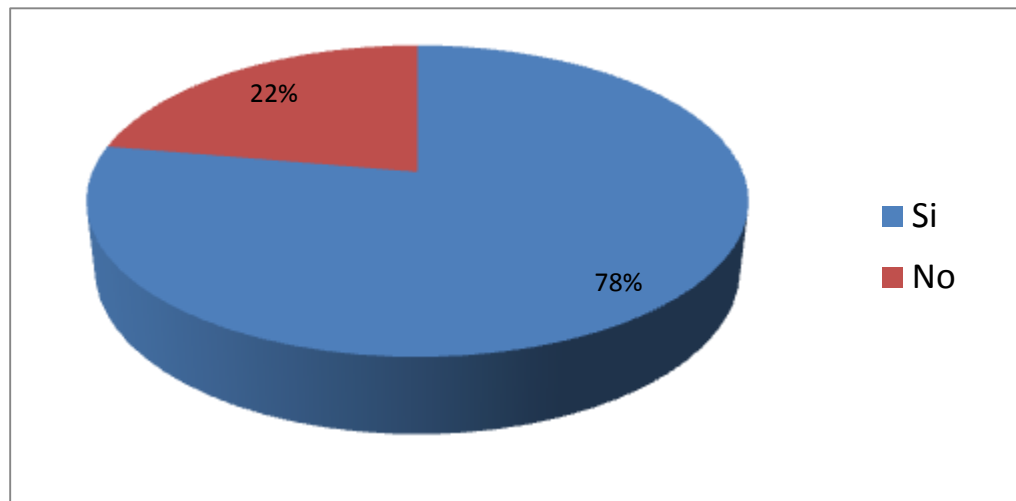
El 89% de los funcionarios estima que la función resocializadora debe partir del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el 11% no comparte tal posición.

¿Considera que la relación entre el derecho afectado (libre desarrollo de la personalidad) y el beneficio social logrado es proporcional, razonable y necesaria?

SI: 77.8%

NO: 22.2%

Figura 30: Grado de Proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de la pena.



La relación entre el libre desarrollo de la personalidad y la finalidad social lograda es necesaria, razonable y proporcional, según el 78% de los funcionarios, pero no lo es para el 22%.

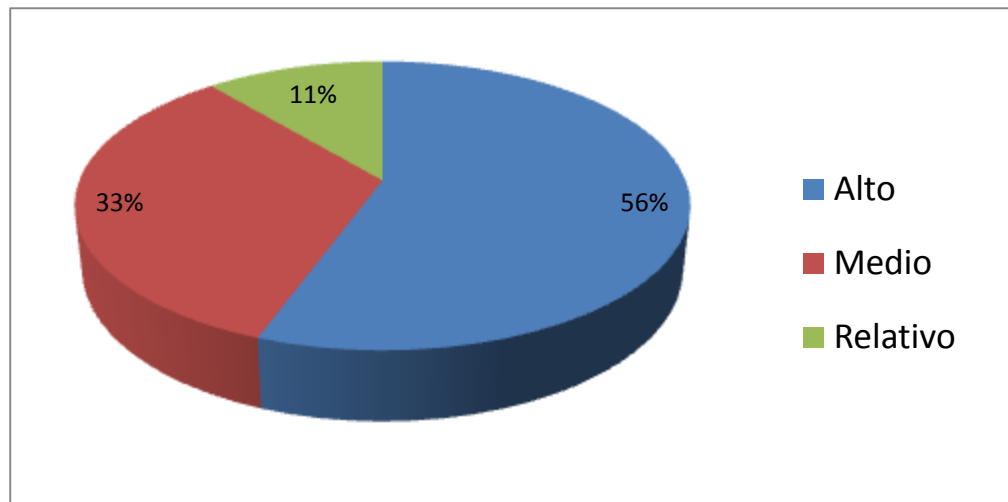
¿En qué grado las penas logran influir en la conciencia de las mujeres?

ALTO: 55,6%

MEDIO: 33,3%

RELATIVO: 11,1%

Figura 31: Nivel de influencia de las penas en la conciencia de las internas.



La influencia de la pena en la conciencia de las mujeres, para el 56% es de un alto grado, en grado medio para el 33% y es relativo para un 11%.

¿Qué tipo de manejo penitenciario da mejores resultados con respecto a la delincuencia femenina?

Familia: 18%

Educación: 23%

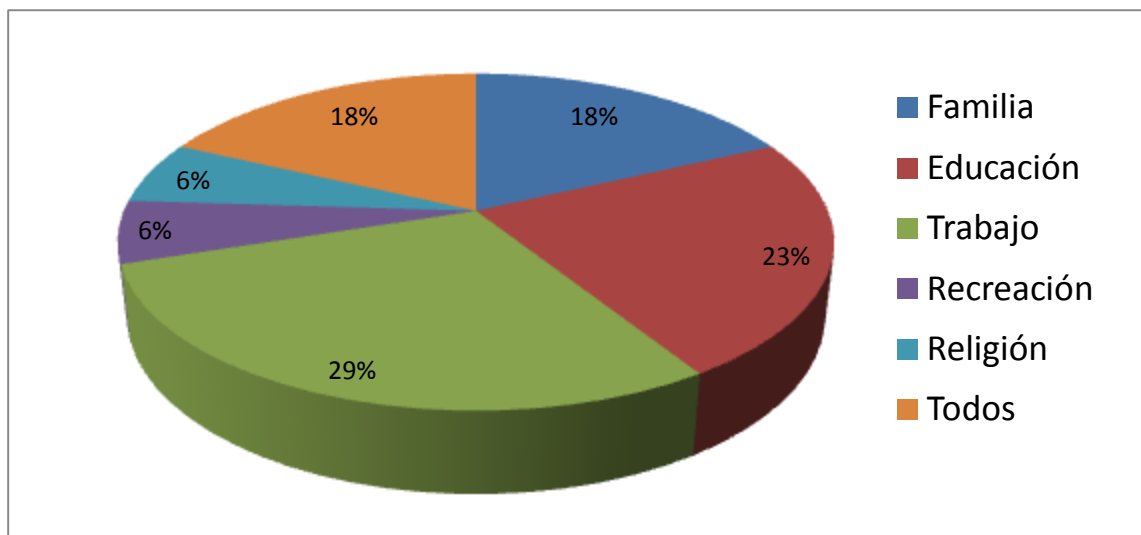
Trabajo: 29%

Recreación: 6%

Religión: 6%

Todos: 18%

Figura 32: Enfoque del manejo penitenciario para obtener mejores resultados.



Sobre las actividades más efectivas para lograr la resocialización de las mujeres condenadas, el 29% de los jueces y directores considera que están en el trabajo; el 23% en la educación; el 18% en la familia; el 6% en la recreación; el 6% en la religión y el 18% en todos los anteriores.

CAPÍTULO 8

ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

Los lineamientos de este capítulo permiten analizar las respuestas dadas a las preguntas que se relacionan con los programas que ofrece el tratamiento penitenciario en Colombia, para así establecer hasta qué punto son adecuados para la mujer, teniendo en cuenta sus necesidades y las causas de su criminalidad, según este estudio. Además se confronta, si los programas que hacen parte de ese tratamiento, logran la prevención especial como uno de los fines principales de la pena.

8.1 Sobre los programas ofrecidos:

Se seguirá el mismo orden del capítulo anterior, haciendo la distinción entre los resultados ofrecidos por las encuestas aplicadas a las reclusas, en primer lugar, y luego a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad y los directores de los establecimientos de reclusión.

8.1.1. Investigación aplicada a las reclusas:

8.1.1.1 Actividades que se realizan²⁰⁶:

Se colige que más del 90% de las reclusas realiza una actividad en el penal, lo cual es fundamental para el proceso de resocialización. Ahora bien, cabe destacar que dentro de esas actividades, la de mayor volumen es la laboral, de manera que a pesar de estar privadas de la libertad estas internas están siendo productivas.

²⁰⁶ Anexo A. Pregunta Número 4: ¿Qué actividades realiza actualmente en la Cárcel?

Frente a la posibilidad de laborar en el penal la corte constitucional ha manifestado que *“La máxima aspiración del preso es recobrar su libertad. Uno de los medios para lograrlo es el trabajo, el cual por disposición legal tiene incidencia directa en la rebaja de pena. Las oportunidades de trabajo y las garantías para el goce permanente de este derecho en las cárceles posibilitan al recluso alimentar su esperanza de libertad mediante un esfuerzo resocializador que dignifica su existencia. El carácter resocializador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad: ello es posible a través del trabajo.”*²⁰⁷

Se evidencia que el estudio no muestra un porcentaje preponderante, lo cual preocupa, ya que éste se ha considerado como la principal herramienta para que las mujeres que se encuentran en los establecimientos carcelarios puedan obtener en el futuro mejores niveles de vida dentro de la sociedad. Además, las aleja de la reincidencia, puesto que puede generar un estado de reflexión sobre el comportamiento que ellas han tenido frente a la violación de una norma penal. En síntesis, contribuye, no solo buscar que tengan una productividad laboral, sino un desarrollo integral como personas.

Es trascendental que el estudio tenga mayor relevancia e implementación dentro del tratamiento penitenciario, si la finalidad de éste es la resocialización, puesto que es la medida que permite que la mujer delincuente cambie su estructura de pensamiento y por ende, cambie su comportamiento, no por represión, sino por convicción acerca de las consecuencias que genera el delito y el daño que se hace a ella y a la sociedad en la que se desenvuelve.

Por otra parte, aunque la mayoría de las internas ha escogido voluntariamente la actividad que está realizando, un porcentaje bastante alto no lo ha hecho, lo que resulta inconveniente, porque parece inadmisibles que dentro del plantel se les exija ejercer determinadas actividades, ya que ello genera que no sean ejecutadas por convicción, sino por imposición²⁰⁸. De esta manera, no se está procurando que la resocialización alcance un nivel de reflexión en las personas que están sujetas al “ius puniendi” del Estado. En consecuencia, se considera que el imponer las actividades puede generar que las reclusas solo accedan a ejecutarlas por búsqueda de beneficios formales como la rebaja de pena, entre

²⁰⁷ Sentencia. T-009 de 1993.

²⁰⁸ Anexo A. Pregunta Número 5: ¿La actividad que realiza fue escogida voluntariamente por usted?

otras, pero no porque tengan una visión de cambio en su comportamiento, sin pensar en la resocialización y perdiendo así su dignidad.

En síntesis, esta respuesta evidencia que el tratamiento dentro de los planteles del eje cafetero, tienen cierto grado de imposición y obligatoriedad en la realización de algunos de los programas que lo integran, lo cual no se puede considerar acertado, ya que no se logra un avance importante de cambio en mujeres que dedican su tiempo a la ejecución de actividades que en la normalidad de su vida no realizarían.

Dentro del difícil y hasta traumático entorno de vida de las cárceles, el trabajo se convierte en una necesaria oportunidad para alcanzar la libertad. Por eso a las reclusas se les debe brindar la posibilidad de contar con varias opciones de oficios, de manera que sean ellas mismas quienes escojan las ocupaciones que más se ajusten a sus necesidades y deseos.

El máximo tribunal constitucional colombiano, ha enfatizado en que las actividades desplegadas en los penales por parte de las reclusas, debe realizarse en buenas condiciones y de manera voluntaria.

Por otra parte, se pudo apreciar, en un mayor porcentaje, que en los centros penitenciarios del eje cafetero, las internas que están produciendo con su fuerza de trabajo, no tienen ningún vínculo con empresas de la región²⁰⁹.

Se podría decir que éste es un mercado que se está desperdiciando, puesto que si estas mujeres contaran con un vínculo empresarial, se podrían establecer convenios para que una vez recobren la libertad puedan seguir laborando para las diferentes industrias. Si durante el tiempo de privación de la libertad, tuvieran la oportunidad de conocer y ejecutar labores en algunas empresas, saldrían con cierta ventaja competitiva.

Es importante comprender que todos los estamentos de la sociedad deben estar comprometidos con el proceso de resocialización de sus mujeres, por tanto, las empresas no deberían ser ajenas a un conglomerado que está en la capacidad de producir para ellas. Y este tipo de vinculación permitiría que las industrias

²⁰⁹ Anexo A. Pregunta Número 6: Si usted trabaja señale.

generaran empleos lícitos para personas que tenían como fuente de trabajo y sostenimiento económico, determinadas conductas criminales.

Respecto a las actividades específicas que se están ejecutando en las penitenciarías por parte de las internas, es evidente que en su mayoría se reduce al trabajo manual²¹⁰, actividad laboral que puede contar con demanda en el contexto social, lo que posibilita que las reclusas puedan ingresar a un mercado laboral cuando recobren su libertad, y gracias al tratamiento se les permitió aprender un oficio. Sin embargo, este sector manual cuenta con una desventaja en cuanto a su remuneración, porque la realidad muestra que es muy baja para garantizar la sostenibilidad de una persona y su núcleo familiar²¹¹.

En este orden de ideas, es posible que dentro de los planteles las reclusas tengan cierta estabilidad laboral en la ejecución de sus labores, pero las políticas del tratamiento deberían estar enfocadas hacia los problemas que comprende la sociedad y a los que se verán enfrentadas las mujeres que recobren la libertad.

Es importante que internas puedan laborar dentro de las cárceles, sobre todo aprender a realizar actividades lícitas que les generen ingresos, pero si estos son insuficientes, es probable que ellas decidan continuar delinquiendo, realizando conductas que son ilícitas y que generan un daño para la sociedad, porque son las que les proporcionan ingresos más altos para su bienestar y el de las personas que dependen de ellas.

El tratamiento se debe realizar con cada una de sus herramientas, una de ellas el trabajo, para resocializar a la mujer delincuente y lograr que no reincida, pero con oficios mal remunerados será poco probable conseguir este fin, puesto que encontrarán en actividades delictivas mejores ingresos.

Al investigar sobre este tema de la remuneración, se encuentra que dentro de las cárceles, los oficios que las internas están ejecutando son remunerados en su mayoría, sin embargo, el porcentaje de mujeres que no percibe contraprestación económica es bastante alto. La importancia que tiene una labor remunerada radica en que las internas al realizarla, no solo aprendan determinado oficio, sino que además generan un ingreso que puede ser utilizado para su consumo o aporte a su familia, mientras se encuentran privadas de la libertad

²¹⁰ b) Actividad específica: Manuales: 65 (81,25%) - Otras: 15 (18,75%)

²¹¹ Remuneración: Si: 38 (55,88%) - Ninguna: 30 (44,12%)

La pena de prisión está dirigida hacia quien ha cometido conductas antisociales y se le ha demostrado su culpabilidad dentro de un proceso penal, en el que la responsabilidad es individual, entonces, ¿por qué se deben ver afectadas familias enteras que dependen de estas mujeres, quienes aún estando en prisión podrían sufragar los gastos que requieren para el sustento de su hogar? Hacia estas inquietudes se debe replantear el tratamiento penitenciario, teniendo en cuenta que la pena en últimas no afecta a un solo individuo, sino, en este caso, a quienes son dependientes de todas aquellas mujeres que se encuentran condenadas.

Por otra parte, el hecho de que a unas reclusas se les remunere su actividad y a otras no, genera una situación de desigualdad manifiesta que no debería darse dentro de los establecimientos de reclusión y menos en el tratamiento penitenciario, puesto que éste debe estar rodeado por un marco de garantías y derechos constitucionales que no pueden ser vulnerados por el mismo sistema. Cabe preguntar entonces, ¿cuál es la razón para que a unas internas se les remunere y a otras no? Si todas están laborando, todas tienen derecho a un trato igual, es decir, a la remuneración de su oficio.

Ahora bien, dentro del porcentaje de mujeres a quienes se les remunera su actividad laboral, la inmensa mayoría manifiesta que el 100% de su ganancia es destinada para el consumo, integrado por sus propios gastos²¹². Esto demuestra que los ingresos que se obtienen no son suficientes para que los puedan ahorrar o para otras destinaciones²¹³. Si sus ingresos son insuficientes o muy exactos para su subsistencia, se deberían implementar medidas para aumentar el salario y procurarles un mejor bienestar dentro del plantel. Además, para que puedan continuar con un aporte económico a sus familias.

Es importante situarse dentro del marco de la realidad social y considerar las posibilidades de empleo que tiene una mujer que ha sido condenada a la pena intramural y queda con antecedentes judiciales. En un índice muy alto, son mujeres rechazadas para trabajar en cualquier sector, por tanto, si ellas, durante el tiempo que se encontraron privadas de la libertad hubieran tenido la opción de ahorro, al momento de obtener su libertad, podrían contar con un capital que les ayude a subsistir mientras encuentran un trabajo lícito, o mejor aún, podría ser un capital que destinen para la creación de sus propias industrias, negocios o inversión, lo que les permite alejarse del crimen y generar empleo.

²¹² Porcentaje para el consumo: 82,75% - Menos del 90%: 10 (17,25%)

²¹³ Porcentaje para el ahorro: Ninguno: 34 (85%) -Más del 10%: 6 (15%)

En cuanto al ahorro, un 85% de las internas manifiesta que no tienen esa posibilidad, por cuanto, atendiendo al ítem anterior, todo lo que ganan se destina para el consumo de ellas, lo que permite inferir que los ingresos percibidos por sus labores dentro de las instituciones carcelarias, son insuficientes, puesto que no les queda ningún tipo de excedente para invertir o ahorrar.

Es primordial que dentro del tratamiento se analicen todas las contingencias que presenta cada una de las mujeres, y las que van a enfrentar una vez recobren su libertad, porque el trabajo bien remunerado sería una herramienta importante para que ellas cuenten con un capital para su sostenimiento una vez se inserten de nuevo a la sociedad y puedan contribuir en algo para atender las necesidades de sus congéneres. De esta manera, podrían convertirse en seres más productivos, ya que es imperioso que sientan que las labores dentro del plantel, no solo les sirve a ellas, sino a quienes las necesitan y de alguna manera se ven afectados por la pena de prisión.

También es importante destacar el número de horas de trabajo, ya que aunque ellas se encuentren dentro de un establecimiento carcelario, es fundamental que el tratamiento sea consecuente con las normas laborales vigentes, en las que se determina que la jornada laboral debe comprender como máximo 8 horas diarias, de acuerdo al artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo. Esta exigencia se cumple en los centros penitenciarios analizados, por tanto se infiere que las internas no son sometidas a jornadas extenuantes y se les brinda un tiempo que es igual al de todos los trabajadores del sector privado²¹⁴.

Aunque dentro de los parámetros de la costumbre, la regla general es que el descanso sea de dos días por semana para quienes laboran, lo cual se satisface para la mayoría de las internas, la legislación laboral es clara cuando anuncia que la jornada laboral comprende 48 horas semanales, lo que permite deducir que según la ley, solo es posible un día de descanso por semana, sin tener en cuenta los festivos.

A pesar de encontrar que para la mayoría de las internas que laboran, el tratamiento ha sido más garantista, es preocupante que el segundo porcentaje más alto sea el que manifiesta que no tienen días de descanso.

²¹⁴ Días de Descanso por Semana: Ninguno: 16 (23%) - 3 Días: 5 (7,15%) - 2 Días: 24 (34,3%) - 1 Día: 20 (28,6%)

Lo anterior, porque es poco probable que las internas que no descansan puedan producir igual que aquellas que cuentan siquiera con un día.

Es elemental que no se den jornadas extenuantes de trabajo para que las internas puedan dedicarse a las otras herramientas que brinda el tratamiento para alcanzar una resocialización efectiva. De igual manera, porque se debe comprender que a pesar de que una persona, en este caso particular una mujer, sea castigada con la pena de prisión, no pierde su condición humana, por tanto, no sería consecuente un tratamiento que sea físicamente imposible de ejecutar, puesto que son necesarias unas horas de descanso, para así tener mejor rendimiento en las labores. Por tanto, para que las actividades sean elaboradas de manera óptima se requiere de un tiempo de descanso, además, porque puede ser empleado para otras actividades que le resulten interesantes a las internas como la lectura, el estudio, entre otras.

Respecto a la labor que las internas encuestadas, en su gran mayoría, quisieran desempeñar, está la intensificación de las actividades manuales para que al momento de obtener su libertad puedan utilizar todo lo aprendido gracias al tratamiento y así tengan una productividad basadas en actividades lícitas²¹⁵.

Se encuentra que el segundo porcentaje más alto es aquel en que las internas dicen no saber que les gustaría hacer mientras se encuentran privadas de la libertad. Estas mujeres deberían tener una prioridad dentro del tratamiento para que puedan encontrar un oficio que les llame la atención y así puedan iniciar un proceso de aprendizaje, para adquirir conocimientos en determinadas actividades que le permitan un mejor desenvolvimiento cuando se reinserten en la sociedad.

Se ilustra como en los centros carcelarios estudiados, se ha procurado atender los gustos y necesidades de las internas en cuanto a las actividades deseadas, lo que permite deducir que estas penitenciarias implementan un tratamiento que busca satisfacer los perfiles de cada reclusa, para que en el periodo que se encuentran en la institución puedan dedicar su tiempo a aprender oficios que les haga sentirse útiles y productivas ejecutando actividades lícitas.

Es el tratamiento actual, el que debe estar en función de resocializar a las mujeres que han tomado decisiones equivocadas al acercarse al crimen. Por tanto, el

²¹⁵ Anexo A. Pregunta Número 7: ¿Qué labor quisiera desempeñar durante la Privación de su Libertad?

hecho de que la mayoría de labores deseadas se encuentren ofrecidas por el plantel²¹⁶, es un avance del tratamiento mismo, teniendo en cuenta que el presupuesto para ello no es el más elevado. Se infiere como se está encaminando hacia un tratamiento en el que hay interés por proporcionar y satisfacer los gustos de cada una de las internas para que se sientan útiles.

De lo anterior se puede señalar que las actividades que desean realizar las reclusas durante su privación de la libertad, son labores que no atentan contra su condición de mujeres, antes por el contrario, si se confronta con la realidad social del país se puede ver que este tipo de labores son realizadas, mayoritariamente, por mujeres, sin que se deba pensar que son exclusivamente para ellas; y además las posibilidades de emplearse o de gestionar sus propias empresas, son muy altas. Esto sin duda, es trascendental, y contribuye en gran medida a su proceso de resocialización, el cual se corrobora a la salida del penal, en donde las reclusas que dominan un oficio, como los anteriores, van a poder trabajar y así mejorar sus condiciones de vida.

Consecuente con lo anterior, en sentencia C-580 de 1996 la corte constitucional ha mencionado que *“en estas circunstancias, el trabajo no sólo responde a la necesidad de cada persona de procurarse unos ingresos económicos para atender a su propia subsistencia y a la de su familia, según sus capacidades y las oportunidades que le ofrezca el mercado laboral, de lograr unas metas u objetivos acordes con sus particulares intereses y aspiraciones dentro del ámbito de su autonomía personal, sino en el deber social de contribuir con su trabajo al desarrollo económico, social y cultural de la comunidad de la cual hace parte*

El tema del estudio abordado en la investigación, indicó que éste es parte fundamental del tratamiento que se debe seguir dentro del establecimiento carcelario para obtener en las internas un cambio real y profundo, no solo para generar en ellas reflexión sobre la conducta socialmente reprochable que han cometido, sino también para que puedan adquirir diferentes niveles académicos, y al recobrar su libertad se encuentren más alejadas al crimen, puesto que, al obtener niveles educativos, amplían su capacidad intelectual y así pueden ingresar en determinados mercados laborales, además de los cambios culturales que la educación puede lograr²¹⁷.

²¹⁶ Anexo A. Pregunta 7.1: ¿La labor deseada es ofrecida por el plantel?

²¹⁷ Anexo A. Pregunta Número 8: ¿Estudia actualmente en el centro de reclusión?

Sin embargo, se debe recalcar que a pesar de que las mujeres que delinquen, en su gran mayoría, tienen niveles de escolaridad muy bajos, sigue siendo alto el porcentaje de quienes no se dedican a esta actividad. Puede ser porque dentro del plantel, las opciones educativas no han sido lo suficientemente atractivas para que las reclusas opten por invertir su tiempo en estudiar y profesionalizarse²¹⁸.

Resulta evidente que la población carcelaria femenina cuenta con un grado de escolaridad precario, pues su gran mayoría se encuentra cursando la educación primaria y la media, es decir, que no han terminado su bachillerato, lo que muestra que los índices de criminalidad en poblaciones con mayor acceso a la educación, es considerablemente inferior. Lo anterior es consecuente con la tesis ya expuesta, según la cual, la posibilidad que las mujeres tengan acceso a la educación, puede traer como consecuencia, lograr que ingresen en un mercado donde el crimen no sea una opción de subsistencia.

Por otra parte, es imperioso señalar el porcentaje de las internas que estudia gracias a convenios que se tienen con centros de educación no formal, los cuales cumplen una labor social importante dentro de los planteles penitenciarios y carcelarios, ya que cubren las demandas de aquellas internas, con criterios de una educación que las lleva a ejercer labores más específicas y de las cuales ven más utilidad en la sociedad.

En cuanto a la educación superior, es notorio que cuenta con una población mínima de los planteles en el eje cafetero, lo que evidencia que las mujeres que ingresan a la institución no han terminado la educación media para poder ingresar a los convenios que tienen las cárceles con Universidades de cada Departamento. Esta es una oportunidad valiosa que se está perdiendo y que redundaría en que las mujeres que ingresen en un centro carcelario, pudieran obtener títulos profesionales para tener una competitividad mayor de acuerdo a las necesidades del mercado.

Ahora bien, es indispensable observar como la educación, a pesar de los porcentajes que presenta, se ha estado cumpliendo dentro de la búsqueda de un tratamiento penitenciario óptimo, puesto que los planteles cuentan con convenios con diferentes instituciones de educación formal y no formal, y así atender a los intereses y expectativas de cada una de las reclusas.

²¹⁸ Anexo A. Pregunta Número 9: Si estudia actualmente, señale el nivel.

Aunque se puede afirmar que el grado de satisfacción de las internas con respecto al programa educativo que se les proporciona dentro del plantel es considerablemente alto, existen personas que no se encuentran satisfechas o simplemente no responden, lo que debe imponer a los directivos de los planteles, reforzar este programa del tratamiento, que probablemente sea el más eficaz para conducir a una verdadera resocialización²¹⁹.

Sobre las actividades adecuadas a la condición de género, es preciso resaltar que en el tratamiento penitenciario procura que las actividades sean acordes con la condición de mujer²²⁰, esto es, que sean adecuadas, teniendo en cuenta su condición física y mental; además, que correspondan al rol que cumple la mujer dentro de la sociedad actual, para que tenga una aplicabilidad en el momento de recobrar su libertad.

En efecto, para la mayoría de las reclusas, las actividades que realizan son las adecuadas para su condición de mujer, lo cual indica que la oferta de los penales se ajusta a la necesidad de diferenciar positivamente capacidades, cualidades y necesidades especiales de las mujeres.

No obstante, hay un pequeño porcentaje de reclusas que considera que la labor desempeñada no se adecua su condición, lo que permite un calificativo de deficiente en cuanto a la oferta ocupacional. Además, existe conciencia de la dificultad de ofrecer a todas las reclusas actividades que satisfagan sus aspiraciones.

La Corte Constitucional Colombiana, en sentencia C-549/94, dijo que en lo atinentes al trabajo, se prevé la no afflictividad, el respeto por los derechos del interno y la relevante consideración que merece la dignidad humana, además de señalar que las tareas deben caracterizarse por su contenido formativo y productivo, atender a la adecuación de las aptitudes y capacidades de los penados, de manera que no se sientan invadidos ni violentados en sus derechos fundamentales, principalmente, en la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad

²¹⁹ Anexo A. Pregunta Número 10: Si estudia actualmente, está satisfecha con tal actividad.

²²⁰ Anexo A. Pregunta Número 12: ¿Considera que las actividades que realiza al interior del establecimiento de reclusión, le van a servir positivamente cuando recobre la libertad?

Cuando se preguntó a las internas sobre la preparación positiva al recuperar su libertad, la respuesta mostró que los programas del tratamiento, según la mayoría de ellas, tendrán cierto beneficio cuando recobren su libertad, puesto que las convierte en mujeres productivas dentro de una sociedad que les ha cerrado las puertas para su desarrollo y el de sus familias o quienes dependen de ellas.

Al recuperar su libertad, casi la mitad de las internas señala que su deseo es trabajar o crear empresa, lo que demuestra que el hecho de estar en el penal de manera cautiva, aprovechando las labores ofrecidas, las motiva para salir y continuar trabajando y así procurarse una buena calidad de vida.

Por otra parte, se evidencia la necesidad que tienen de estar cerca y compartir con sus familias, esto sin duda es factor muy útil y determinante para su satisfactoria reinserción social.

Finalmente un porcentaje importante señala que desea estudiar, lo cual es producto de las oportunidades que muchas tuvieron de realizar estudios en los penales y ahora es importante que deseen continuarlos estando en libertad.

8.1.1.2. El tratamiento recibido al interior de los establecimientos de Reclusión

8.1.1.2.1. Sobre las necesidades básicas

Se les interrogó sobre el grado en que sus necesidades básicas son satisfechas en el establecimiento de reclusión, integrando varios ítems en los que se abarcó de manera individual todas sus necesidades. Es imperioso destacar que cada uno de estos servicios hace parte del tratamiento penitenciario que brindan los planteles para respetar los derechos fundamentales de las internas y así cumplir con la ideología de un Estado Social de Derecho.²²¹

En cuanto al tema de salud, es notorio que el tratamiento provee de este vital servicio, y que para un porcentaje de las internas es bueno, sin embargo, el que escogió la opción regular, es muy amplio, lo que conlleva a reflexionar sobre la necesidad de intensificar su cubrimiento por ser vital para las mujeres. Así se

²²¹ Anexo A. Pregunta Número 13: ¿En qué grado sus necesidades básicas son satisfechas en el establecimiento de reclusión?

debe tener en cuenta que se requieren profesionales de la salud, de manera permanente, en cada una de las instituciones, ya que es inconcebible que aún se manejen horarios determinados para estos profesionales, sin atender a alguna situación de urgencia se puede presentar en cualquier momento.

Cabe recalcar la prioridad que tiene la prestación óptima del servicio de salud por su conexidad con el derecho fundamental a la vida, el cual debe ser respetado en todos los estamentos de la sociedad, por ello, las mujeres condenadas, no pueden ser olvidadas en su atención médica, la que no solo debe ser oportuna, sino contar con los implementos necesarios para el restablecimiento de su salud.

Un tema muy valioso para las internas es la asistencia jurídica, teniendo en cuenta que para cada una de ellas es la manera de comunicar sus inquietudes a profesionales del derecho y estos a su vez les emitan conceptos jurídicos sobre su situación, los derechos, garantías y beneficios que otorga el sistema dentro del ordenamiento jurídico.

Empero, a pesar de que tiene una calificación buena, se evidencia que el porcentaje de calificación malo es muy significativo, lo que indica que probablemente, los profesionales que realizan esta labor no la están ejerciendo de la mejor manera, lo que es preocupante, si se analiza que esta profesión tiene una labor social que debe ser prevalente para personas que se encuentran en una situación de inferioridad frente al poder que tiene el Estado al momento de éste ejercer su facultad punitiva.

En cuanto al derecho a la alimentación, es preciso señalar que la mayoría de las internas se encuentran satisfechas con este servicio que consideran de buena calidad, pero a pesar de ello, se debe reforzar en el tema debido a que otro gran porcentaje, se reparte entre las opciones de regular y malo, lo que evidencia que falta mucho por mejorar en este servicio vital para las internas, ya que permite su buen desarrollo para desempeñarse en actividades como el trabajo y estudio; además para tener una buena salud.

8.1.1.2.2. Las relaciones interpersonales:

El tema de las relaciones que tienen las internas con sus familias es muy positivo, puesto que el porcentaje de reclusas que las califica de buenas, es rotundo, frente a las opciones de regular y malo. Es trascendental que las mujeres recluidas en las cárceles tengan apoyo en su familia para fortalecer el tratamiento, ya que en

ella encuentran una razón de seguir adelante y constituye el motivo para participar en actividades que les brinda para mejorar su calidad de vida y de los suyos.

En este punto, se encuentra que las relaciones con los directivos del plantel y en general con sus superiores es bueno, lo cual es trascendental para que dentro de los establecimientos se genere un ambiente basado en valores y principios, donde se comprenda que lo se debe buscar del tratamiento es la resocialización de las internas y no que ingresen en un ambiente de arbitrariedad, absolutismos e irrespeto a sus derechos.

El ambiente que se proporciona a las internas debe estar ausente de hostilidad y ellas deben ser tratadas de manera digna a pesar de haber cometido conductas antijurídicas.

Los superiores se encargan de procurar la resocialización de las internas, no de convertir el periodo que se encuentran allí, en una oportunidad de reproche y castigo desbordado, puesto que todos los funcionarios deben actuar de conformidad a la dogmática constitucional, y por ende, permitir tratos inhumanos o degradantes sería ir en contravía de los principios y valores fundantes de nuestro Estado Social de Derecho.

Igualmente, las relaciones entre las internas son ostensiblemente buenas, lo que permite que encuentren entre ellas un apoyo mientras cumplen su pena, y así no se sientan aisladas de las relaciones que tiene toda persona, dentro de nuestro contexto social. Además, pueden fortalecer el tratamiento evidenciando sus experiencias y su estilo de vida propio.

8.1.1.2.3. El tratamiento recibido:

Para comprender el nivel del tratamiento, resulta trascendente la opinión de las internas sobre el mismo, el cual es calificado de manera mayoritaria como bueno. Se entiende que para obtener la calificación de excelente por parte de la ellas, se

tendría que implementar en mejor medida, un plan de mejoramiento respecto a cada uno de los servicios y actividades dentro del plantel²²².

En cuanto a las sugerencias para mejorar, las internas señalaron el trabajo, la educación y la salud, servicios que son vitales para que el tratamiento dentro de las instituciones cumpla su finalidad demarcada dentro de la legislación. Lo anterior muestra que son estos tres factores los que tienen mayor trascendencia para la población femenina reclusa y es por ello que ellas mismas solicitan que sean reforzados para que alcancen una mayor calidad²²³.

8.1.1.2.4. Planes post-penitenciarios:

Dentro de las actividades que las reclusas tienen pensadas ejecutar al momento de recobrar su libertad se encuentra el trabajo en un nivel superior, seguido de los ámbitos familiares, académicos y empresariales, por tanto, es el trabajo, el interés primordial de estas mujeres que en la mayoría de los casos han cometido conductas reprochables por la falta de recursos propios para su subsistencia y la de aquellos que dependen de ellas²²⁴.

En cuanto a los proyectos familiares, son el resultado de encontrarse alejadas de aquellas personas que son consideradas parte de su seno familiar y con quienes no han podido compartir por estar privadas de la libertad, como consecuencia de un proceso penal en el que se les impuso una sanción. Es por ello que resulta importante que al finalizar su condena puedan dedicarse a los seres que son primordiales para su vida y de quienes se encontraron alejadas por el cumplimiento de una sanción penal.

La academia en cambio, presenta un nivel muy bajo dentro de los proyectos que a las internas consideran posibles de realizar al momento de recobrar su libertad. No es una prioridad considerable para ellas, probablemente, porque sienten la necesidad de producir ingresos de manera más expedita, lo que la academia no les puede brindar sino a largo plazo.

²²² Anexo A. Pregunta Número 14: ¿Cómo califica el tratamiento que está recibiendo en el plantel?

²²³ Anexo A. Pregunta Número 15: ¿Qué sugerencias hace para que mejore el tratamiento?

²²⁴ Anexo A. Pregunta Número 16: ¿Qué proyectos desearía desarrollar al recuperar su libertad?

El aspecto empresarial es el que presenta menor porcentaje, lo cual sugiere, que para las internas es un proyecto muy poco atractivo.

En cuanto a la receptividad de sus planes por parte de la sociedad, las internas tienen el criterio que sus proyectos tendrán una respuesta positiva dentro del medio, ya que pueden considerar que le han cumplido, pagando la condena correspondiente por sus conductas ilícitas y antisociales, por tanto todo aquello que realicen de manera lícita y con el fin de restablecerse dentro del marco social actual, no será visto de manera negativa por parte de la misma sociedad²²⁵.

Pese a lo anterior, existe un pequeño porcentaje que considera que no serán aceptados sus proyectos, posiblemente porque una vez salgan de la cárcel serán estigmatizadas de tal manera que sus propuestas, aunque sean acordes con el marco legal, serán rechazadas, lo cual es una problemática que las podría precipitar nuevamente al crimen. Otro muy pequeño porcentaje muestra que no saben qué respuesta pueda tener la sociedad frente a las actividades que realicen una vez cumplan la pena de prisión

8.1.2. Investigación aplicada a los funcionarios

Se evidencia un porcentaje considerable de directores y jueces de ejecución de penas, que tiene un criterio según el cual, la resocialización debe ser una finalidad que no puede ser alcanzada violando el libre desarrollo de la personalidad de las internas, por tanto, al momento de enfocar el tratamiento, se debe hacer respetando este derecho fundamental que consiste en permitir y tolerar la forma de ser de cada una, considerando sus circunstancias sociales, familiares y del entorno donde se han desarrollado como personas, lo que da como resultado que cada interna tenga puntos de vista y criterios distintos²²⁶.

En este orden de ideas, el tratamiento no debe, en ningún momento, enfocarse en cambiarlas e imponer los modelos sociales considerados más adecuados, sino en trabajar con un tratamiento que genere en ellas conciencia sin vulnerar su

²²⁵ Anexo A. Pregunta Número 17: ¿Considera que sus planes tendrán respuesta positiva en la sociedad?

²²⁶ Anexo A. Pregunta Número 8: Considera que la relación entre el derecho afectado (libre desarrollo de la personalidad) y el beneficio social logrado es proporcional, razonable y necesario.

personalidad ya establecida. Sin embargo, se encuentra, aunque en mínimo grado, un porcentaje que considera que el tratamiento debe imponerse sin importar el libre desarrollo de la personalidad de las internas, lo cual puede afectarlas como personas integrantes de un Estado Social de Derecho, es decir, que el hecho de cometer una conducta ilícita y encontrarse de un centro carcelario es suficiente para imponer en ellas un tratamiento que les vulnere su desarrollo como individuos que han decidido determinados criterios en su pensamiento.

Se ha cuestionado si es proporcional, razonable y necesario el beneficio que trae a la sociedad el hecho de que las mujeres que se encuentran bajo el ius puniendi del Estado, a cambio de la afectación a su libre desarrollo de la personalidad, es decir, a la posibilidad de elección que tiene toda persona sobre su pensamiento.

Para la mayoría de funcionarios resulta que esta afectación si es razonable, proporcional y necesaria, tal vez analizando la protección al interés general y la protección de la sociedad frente a las mujeres criminales, y el hecho de que el tratamiento vulnere éste derecho fundamental de las internas es justificado, de alguna manera, en beneficio de todo el interés de la comunidad.

Ahora bien, existe el criterio contrario de una minoría de funcionarios, quienes aseguran que no se puede afirmar que la vulneración de este derecho fundamental resulta proporcional, razonable y necesario, para el beneficio de una sociedad que puede ser en parte responsable de las conductas de estas mujeres.

De acuerdo a la experiencia de los funcionarios encuestados, un gran porcentaje considera que las penas logran influir, en un alto nivel, en la conciencia de las internas, para así mejorar su comportamiento y adoptar conductas que no vayan en detrimento del orden social y de la legislación interna; sin embargo, un porcentaje que aunque es menor sigue siendo considerable, cree que las penas tienen una influencia media, y otro porcentaje más pequeño establece una influencia relativa²²⁷.

El hecho de que los directores de los penales y los jueces de ejecución de penas, funcionarios que están al tanto del proceso de tratamiento penitenciario, consideren que el control social más idóneo es el que realiza la familia, muestra el

²²⁷ Anexo B. Pregunta Número 9: ¿En qué grado las penas logran influir en la conciencia de las mujeres?

papel tan importante que juega ésta, tanto para la prevención de la criminalidad, como para la labor resocializadora. Por eso es importante que las reclusas tengan el mayor contacto posible con sus familias al estar privadas de su libertad.

La familia cumple un papel fundamental para la resocialización **del las internas** en el programa del Sistema Integral Progresivo Penitenciario, según la Ley 65 de 1993. Este sistema busca humanizar el medio penitenciario y carcelario con una perspectiva de prevención integral, protección y asistencia a las necesidades del interno; en el cual en el apoyo y el contacto con la familia se constituyan en un apoyo y en una motivación para la realización de un adecuado tratamiento penitenciario.

Por otra parte, la posibilidad de educarse y desarrollar una vida normal es un gran inhibidor frente a la criminalidad, por eso es importante recibir una buena educación antes de que la mujer delinca y durante el tratamiento penitenciario si es el caso. La mujer por su condición de tal, es víctima de muchos estigmas en una sociedad como la nuestra; estos solo podrán ser erradicados, en parte, cuando estas reciben educación y pueden demostrar que también pueden trabajar con la misma eficiencia que los hombres.

Lo anterior muestra que, en general, las penas generan influencia en las conciencias de las reclusas, pero lo importante no es el nivel de influencia, sino el tipo de influencia que genera en la población penitenciaria femenina, para corroborar si el papel del tratamiento penitenciario actual ha cumplido de manera satisfactoria o en cambio está generando secuelas de manera permanente en esta población.

8.2. SOBRE LOS FINES DE LA PENA.

Es necesario, en primer lugar, relacionar la coherencia dentro de la filosofía del Estado Social de Derecho, entre las funciones normativas de la pena de prisión y la función que está cumpliendo la privación de la libertad en la población femenina en los establecimientos de reclusión de Pereira, Manizales y Armenia.

Se debe comenzar por analizar cuál es el ámbito de interpretación que el Estado debe realizar con respecto al “ius puniendi”, teniendo en cuenta la filosofía del Estado Social de Derecho, sometién dose al principio de legalidad “*según el cual, solo se puede interpretar la ley penal de manera restrictiva con apoyo en normas,*

*valores o principios de validez jurídica legal (normas rectoras) o supra -legal como normas valores o principios de la parte dogmática de la constitución y de los tratados internacionales sobre derechos humanos”.*²²⁸

“La constitución, es fuente de derecho penal porque los principios en ella contenidos constituyen directivas generales a las que el legislador tiene que ceñirse, porque muchas de sus normas tienen un concreto valor normativo y están destinadas a la generalidad de los habitantes del país, y porque una disposición penal que se declara contraria a la constitución perdería su fuerza obligatoria “erga omnes” y porque en ella existen principios jurídicos fundamentales, para el derecho penal, como son el propósito general de la seguridad jurídica al que sigue la readaptación social del infractor.”²²⁹

Así aparece el derecho penal como un medio sancionatorio de control social y político de la conducta de las personas y como un modo de ejercicio del poder estatal, materializado no solo en el código penal sino también en la constitución política, más exactamente en su preámbulo y los artículo 1 y 2²³⁰ .

Los anteriores pilares sostienen los lineamientos que el derecho penal debe seguir, sus fines y funciones ,o en general, su propia deontología, lo cual se debe complementar con la política criminal predominante en cada momento para lograr

²²⁸ Carrasquilla Fernández Juan, Concepto y Límites del derecho penal, Santa Fe de Bogotá 1994, Editorial Temis, página 3.

²²⁹ Fernández Muños Dolores E. La función de la Pena

²³⁰ “PREAMBULO: en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y **asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo**, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente”.

“ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, **fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.**”

“ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y **garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo**”.

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares

un derecho penal integral, donde en realidad se materialice la efectividad de los derechos, principios y deberes consagrados en la constitución política.

De esta manera, la política criminal actual impone dos objetivos primordiales a los cuales el Estado por medio del derecho penal debe llegar tal y como lo argumenta el Dr. Juan Fernández Carrasquilla: primero, “la defensa preventiva y represiva de la comunidad contra el mal del delito (defensa social) por medio de de la pena criminal, y el segundo, la tutela de la persona contra el poder punitivo del Estado, es decir, contra la amenaza del mal de la pena, por medio del respeto institucional de los derechos humanos y fundamentales.

Por las razones anteriores, el código penal colombiano estable en su artículo 4 las funciones de la pena:

Artículo 4

“La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.”

La norma consagra como fines de la pena, la prevención general, la retribución justa, la prevención especial, la reinserción social y la protección al condenado, en relación con los cuales, los resultados obtenidos muestran claramente que los funcionarios judiciales y administrativos consideran que la pena de prisión sí cumple con el fin de resocialización, es decir, con el fin de prevención especial positiva y con la reinserción social. Lo anterior se ve reafirmado por ellos mismo cuando la mayoría expresa que esta pena tiene una influencia alta en las reclusas, lo que convierte a la sanción penal en una herramienta eficiente para disuadirlas frente a futuras reincidencias.

Sin embargo, se encuentra una contradicción entre el pensamiento de los funcionarios cuando se compara con el pensamiento de las internas. Ellas respondieron en un número muy alto que la cárcel les está dejando secuelas, que principalmente son de tipo psicológico, económico y social. Cuando se analiza esto surge una pregunta de gran trascendencia: ¿Cómo decir que una mujer sufre secuelas psicológicas, económicas y sociales y al mismo tiempo se está resocializando?

Si se tiene en cuenta que secuela se refiere a una consecuencia grave, traumatismo o lesión causado por algo, entonces no se puede afirmar que la cárcel resocialice y a al mismo tiempo genera traumas, lesiones o consecuencias graves de tipo psicológico, económico y social. ¿Cómo hablar de resocialización si hay, según las reclusas, secuelas sociales? Esto último es además una contradicción gramatical

Cuando se analizan las esferas de una mujer en prisión se encuentra la importancia de su parte interna (psiquis), de su parte externa (social) y su posibilidad económica que conecta lo que su parte interna quiere hacer una vez en sociedad. Pero si la cárcel afecta todos estos aspectos, no se podría esperar mucho del fin resocializador de las cárceles.

Por otra parte, la mayoría de reclusas ejerce alguna actividad, ya sea laboral o educativa. A primera vista esto sería un argumento a favor de los fines resocializadores de la pena de prisión, pues tanto el trabajo como la educación son herramientas eficaces para lograr tal fin. Sin embargo, se puede observar que la mayoría de las reclusas ejerce tales actividades con la finalidad de redimir el tiempo de la pena, o para pasar el tiempo; o quizá en otros términos expresados por las internas: “para tratar de llevar el tormento que genera el encierro.” Pero las dificultades anteriores no son las únicas, porque si bien cuantitativamente la mayoría de reclusas hacen algo en la prisión, cuando se analiza cualitativamente dichas actividades se encuentran muchísimas falencias. Las ofertas educativas y laborales son insuficientes.

En cuanto a la educación, no hay muchas opciones serias. No hay programas ni vinculaciones universitarias. La mayoría son capacitaciones, y de muy poca duración.

Frente a las opciones laborales ocurre algo similar. Hay muy pocas opciones laborales. La mayoría de trabajos son de tipo manual, de corta duración y poca estabilidad, pues en algunos casos son trabajos relacionados con ciertas épocas del año, con actividades coyunturales. No hay vinculaciones empresariales serias, la mayoría son con empresas privadas, pues el estado aparece como una entidad impotente a la hora de brindar opciones laborales. La remuneración de quienes trabajan es muy baja, no alcanza ni siquiera a llegar a un salario mínimo.

Ahora, si bien en la cárcel se garantiza un mínimo vital, esta garantía desaparece al salir. La resocialización no solo se debe analizar en la parte ejecutiva de la pena, sino también en la etapa posterior. Cerrar esa puerta laboral que permite entradas económicas aumenta las probabilidades de reincidencia delictual. Teniendo en cuenta lo anterior, esta serie de actividades laborales no va a ser muy eficaz en una etapa post-penitenciaria, a pesar que la mayoría de reclusas piensen en su utilidad. Igualmente, todo lo anterior se encuentra reafirmado cuando se tiene en cuenta que la sugerencia más usual por parte de las internas es el aumento de opciones laborales.

Finalmente, se debe tener en cuenta que el trabajo cobra una relevancia importantísima para las reclusas y para el logro de los fines de la pena. Básicamente, si se soluciona el problema económico de las reclusas se pueden solucionar muchos otros problemas.

En un estado social de derecho, donde el respeto por la dignidad humana es un principio fundamental, y donde tal principio se traduce en autonomía, es posible hacer efectivo ese respeto por la dignidad humana cuando se tienen los presupuestos materiales para ser autónomo o autónoma.

No se puede defender la autonomía desde el punto de vista teórico cuando no se dan los presupuestos económicos para serlo. La razón de ser del estado social de derecho es precisamente esa. Pues la expresión “social” incorporada en la forma de estado colombiano, tiene como finalidad darle un contenido real y material a la dignidad humana. En otras palabras, solo una garantía económica seria, a través del trabajo justamente remunerado, permite la efectividad del respeto por la dignidad humana, de no ser así, cualquier defensa por este principio que no tenga en cuenta los presupuestos materiales para realizarlo, son simples palabras vacías. El tránsito del estado de derecho hacia el estado social de derecho fue una decisión del constituyente primario, plasmada en la Constitución Política de 1991. La decisión suprema del constituyente primario no puede ser solamente una hoja de papel.

CAPÍTULO 9

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

9.1. CUMPLIMIENTO DEL OBJETIVO GENERAL:

La finalidad más importante propuesta por el Grupo de Investigación se plasmó en el siguiente objetivo, cuyo cumplimiento se establecerá en el presente capítulo:

“Analizar los fines de la pena de prisión en sus aspectos normativos y ejecutivos, en relación con el principio de respeto por la dignidad de la persona humana, desde la perspectiva de género, en los centros de reclusión de mujeres de las tres capitales del eje cafetero”

El Estado ostenta la facultad de declarar punibles determinadas conductas o comportamientos por medio de su legislación, cuando lo considere necesario para la salvaguarda de los bienes jurídicos, motivo por el cual, debe establecer sanciones que permitan la protección material y efectiva de los mismos.

En este orden de ideas, tiene la potestad de imponer y ejecutar la pena de prisión, no de manera arbitraria o desmesurada, puesto que encuentra sus límites en la constitución y demás normas que integran el ordenamiento jurídico, toda vez, que el legislador debe tener presente a la hora de tipificar los delitos que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundada en el respeto de la dignidad humana²³¹.

Su fin esencial es garantizar la efectividad de los principios, que reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y que consagra dentro de los derechos fundamentales, la vida, la prohibición de torturas, tratos inhumanos degradantes o crueles y las desapariciones, la prohibición de la esclavitud, servidumbre y en general de cualquier forma en la que

²³¹ Constitución Política y Código Penal art. 1: “El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana”; CPP art. 1: “Los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana”; CPC art. 5: “En los establecimientos de reclusión prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral”

se pretenda la trata de un ser humano, el derecho a la libertad como regla general, la prohibición de penas como el destierro, la prisión perpetua y la confiscación entre otros.

Asimismo, el ente jurisdiccional debe fundarse en los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad al igual que en las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado al momento de imponer y ejecutar la pena en mención, teniendo cierta relevancia o prevalencia la resocialización, puesto que tanto el Código Penitenciario y Carcelario como la jurisprudencia de la Corte Constitucional aseveran que debe ser el fin fundamental de la pena.

Por otra parte, es menester hacer alusión a los postulados que consagra, tanto la carta política de 1991 como las demás disposiciones normativas en relación con la igualdad, dado que esto permitirá vislumbrar si existe algún trato diferenciado en razón al género

Así se tiene: el artículo 13 de la Constitución Política que consagra el derecho a la igualdad; el artículo 43 de la misma Carta, en relación con la igualdad de derechos y oportunidades para el hombre y la mujer; el artículo 7 del código penal que reitera el principio de igualdad, tanto formal como material; el artículo 4 del c. de p.p., que impone a los servidores públicos la obligación de hacer efectiva la igualdad, el artículo 3 del código penitenciario y carcelario, que prohíbe la discriminación. Estas normas han sido objeto de un abundante desarrollo jurisprudencial en sentencias como las siguientes:

"La igualdad no consiste en la identidad absoluta, sino en la proporcionalidad equivalente entre dos o más entes, es decir, en dar a cada cual lo adecuado según las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Además, la norma funda la distinción -que no es lo mismo que discriminación- en motivos razonables para lograr objetivos legítimos, tales como la seguridad, la resocialización y cumplimiento de la sentencia, que tienen notas directas de interés general y, por ende, son prevalentes. Luego no se trata de una discrecionalidad radical, sino tan sólo de un margen razonable de acción, precisamente para que se cumplan la ley y la sentencia"²³²

²³² Corte Constitucional. Sentencia C-394 de 1995.

“(…) No obstante, en la medida en que en la práctica no todas las personas gozan de idénticas condiciones materiales ni se encuentran en la misma posición personal o institucional, la realización de la igualdad no se garantiza siempre tratando a todos como iguales; tampoco se materializa con la simple exigencia de una igualdad formal ante la ley, en tanto que de esa forma, simplemente se mantendrían en el tiempo las situaciones de desigualdad existentes en un momento dado.

En tal sentido, la Constitución trata el derecho a la igualdad desde una doble perspectiva: como mandato de abstención o de interdicción de tratos discriminatorios y como mandato de intervención sobre aquéllas situaciones de desigualdad material en orden a su superación. (…)

Por tanto, bajo el presupuesto de que prima facie todas las personas son iguales ante la ley, no se puede concluir que el legislador tiene prohibido tener en cuenta criterios de diferenciación para proveer un trato especial frente a situaciones que en esencia no son iguales; entonces, si frente a diferencias relevantes los sujetos en comparación no son iguales, son susceptibles de recibir un trato diferente siempre que exista una justificación constitucional y la medida no sea desproporcionada”²³³

De esta manera, es ostensible que las disposiciones legales, constitucionales Y jurisprudenciales, consagran no solo el respeto por la dignidad humana como principio orientador de toda la normatividad, sino que también dispuso positivamente la igualdad material y por ende la posibilidad y obligatoriedad de brindar tratamientos y mecanismos diferenciados mas no discriminatorios según las circunstancias y personas a las cuales se les está aplicando, como acontece en materia de género, al ser notorio que por naturaleza el comportamiento de hombres y mujeres difiere, verbigracia, a la hora de delinquir, por lo que deben implementarse políticas criminales con base en ello.

Por otra parte, al analizar las encuestas llevadas a cabo en el eje cafetero se puede observar, que en el momento de la ejecución de la pena, no se ven plasmados, de manera real y efectiva, todos los mandatos anteriormente mencionados, pues aun existen un número considerable de internas que dice no estar recibiendo el tratamiento idóneo para su condición de mujer, que existen falencias en relación con el aspecto laboral, educativo, medico, familiar, entre otros, lo que trae como consecuencias secuelas de carácter psicológico, económico

²³³ Corte Constitucional. Sentencia C-258 de 2008.

y social que no contribuye en nada para la realización efectiva de las funciones establecidas a la pena. No obstante, los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, en su totalidad aseveran que el principio de igualdad material si se cumple en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del eje cafetero.

Es pues imperioso que se realice un análisis más exhaustivo por parte de las autoridades gubernamentales que propenda por analizar las causas de criminalidad y por crear estrategias y brindar oportunidades adecuadas a las internas de acuerdo a su condición de género, que les permita una vida digna no solo dentro del plantel sino también y con mayor importancia fuera del mismo.

Puede concluirse entonces que el objetivo general, desarrollado por los objetivos específicos, su cumplimiento?

9.2. CONFIRMACIÓN DE LA HIPOTESIS:

La hipótesis planteada como respuesta anticipada a la investigación fue la siguiente:

“Si bien se poseen los medios normativos para hacer efectivos los derechos fundamentales consagrados en la constitución, no se tiene un fin claro frente a un tratamiento diferenciado respecto a la criminalidad de género, en consecuencia, se encuentran grandes diferencias entre el deber ser y lo que es el régimen penitenciario en los centros de reclusión femeninos del Eje cafetero y no existe una verdadera política criminal que se ajuste a los principios de un Estado Social de Derecho y la ejecución de la pena de prisión por parte del Estado”

Se puede iniciar, aseverando que en Colombia los principios establecidos en las disposiciones legales, efectivamente propenden por materializar lo consagrado en la carta política de 1991 y en los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos. Muestra de lo anterior, es el respeto por la dignidad humana, la consagración de los fines esenciales de la pena, los requisitos para imponer las sanciones, el establecimiento de un tratamiento penitenciario que fundamentalmente permita la resocialización del recluso, entre muchos otros postulados.

Ahora bien, al analizar las encuestas aplicadas a las reclusas de los centros penitenciarios y carcelarios del eje cafetero, al igual que a los directores de las mismas y los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, en aras de desentrañar si existe un tratamiento diferenciado respecto a la criminalidad de género y una política criminal clara conforme al Estado Social de Derecho, se encontró que:

- El 100% de los funcionarios afirman que es respetado el principio de igualdad material en las penitenciarías femeninas.
- El 77.8% de los directores y jueces consideran que la relación entre el derecho afectado (libre desarrollo de la personalidad) y el beneficio social logrado es proporcional, razonable y necesario no obstante, el 22.2% disienten de ello.
- Respecto al grado de influencia que ejercen las penas en la conciencia de las mujeres, el 55.6% señalaron alto, el 33.3% medio y el 11.1% relativo.
- El 81.3% de las reclusas afirmaron que se encontraban laborando dentro del plantel, el 59.3% estudiando, el 18.6% desarrollando otras actividades de índole cultural o deportivo y el 2.6% ninguna.
- En lo que atañe al trabajo dentro del plantel, adujeron que el 36% era con vinculación empresarial, el 64% era sin esta, el salario obtenido era \$60.000 y solo el 16% lograban ahorrar.
- El 64% de las internas aseguran que la labor que desempeñan fue escogida de manera voluntaria, sin embargo, el 36% de éstas respondieron de manera negativa.
- El 59.3% de las condenadas estudian pero el 40.7% no lo hacen.
- El nivel de estudio señalado fue: primaria: 37.2%, media: 34.9%, superior: 2.3%, otros: 25.6%.

- El 81.7% de las mujeres que estudian se encuentran satisfechas con dicha actividad, el 14.3% no, y el 2% no lo sabe
- En relación con la pregunta ¿considera que las actividades realizadas son las adecuadas para su condición de mujer? El 81% manifestó que efectivamente eran idóneas y el 19% que no.
- El 90.6% de las encuestadas señalaron que el paso por el centro penitenciario y carcelario deja en ellas secuelas psicológicas, económicas y sociales; mientras que al 9.4% no le genera ninguna.
- Al momento de calificar el tratamiento que se les brinda actualmente, el 25.33% consideraron que era excelente, el 56% bueno, el 16% regular y el 2.67% malo.

De lo antedicho, es imperioso destacar como a pesar de que la totalidad de los funcionarios encuestados considera que efectivamente, se respeta el principio de igualdad material en las penitenciarías femeninas, el 19% de las reclusas afirmaron que las actividades realizadas en el plantel no son idóneas o acordes a su condición de género; asimismo, el 16% señaló que el tratamiento penitenciario ofrecido es regular y el 2.6% lo calificó como malo, resultados que exigen un mayor análisis, toda vez que este porcentaje si bien podría entenderse o aceptarse como la inconformidad normal en un grupo social, también podría ser el producto de una minoría que clama por un cambio interno en el establecimiento, conllevando a que las oportunidades laborales, educativas, culturales, recreativas, etc., sean conforme a su condición de mujer, lo que se vería reflejado en su calidad de vida y por ende en su dignidad humana.

De igual manera, lo anterior tendría incidencia directa en las secuelas que produce el encarcelamiento, en razón a que es innegable que tener limitado o restringido un bien tan preciado como lo es la libertad, debe representar variedad de consecuencias internas y externas para las condenadas, como lo afirmó el 90.6% de las encuestadas, no obstante, podrían aminorarse estos efectos, estableciendo o implementando mecanismos adecuados en ese lapso que permitan el goce efectivo de los demás derechos y una verdadera reinserción a la sociedad.

Por otra parte, es palmario que la mayoría de las internas se encuentran desempeñando alguna actividad durante su reclusión, no obstante, se colige que

se requiere de mayores oportunidades laborales, convenios empresariales y mejores remuneraciones, porque es menester recordar que la mayoría de estas persona, conforma un grupo familiar numeroso, presentan escasez en sus condiciones económicas y ostentan la calidad de madres cabezas de familia, lo que desencadena una mayor problemática, dado que el sustento se va a ver disminuido o limitado a \$60.000 como lo aseguraron las condenadas, valor notablemente irrisorio para el costo de vida en la actualidad. Asimismo, su estado anímico y el producto de la actividad desempeñada, se va a ver turbado por la imposición y no existir variedad en las mismas, esto, ya que a pesar de existir un 64% de reclusas que afirmaron haber escogido voluntariamente su actividad, aun se encuentra un 36% que no tuvieron esa valiosa oportunidad y que por tanto se encuentran en una notoria desigualdad.

También, se concluye de los porcentajes arrojados, que es muy alto el numero de internas que no se encuentran estudiando – 40.7% -, y que solo el 2.3% tienen la posibilidad de acceder a la educación superior desde allí y el 25.6% a estudios de otra índole como capacitaciones, lo que refleja una insuficiencia en ofertas y convenios que permitan el desarrollo intelectual de las reclusas durante su condena, imposibilitando aun mas una verdadera resocialización, pues al momento de continuar su vida en la sociedad, no solamente van a cargar con su paso por el centro penitenciario sino que será difícil acceder laboralmente a un campo tan competitivo por no tener los estudios necesarios para ello.

Sin embargo, el hecho de que el 81.7% de las encuestadas se encuentren satisfechas con la educación impartida, demuestra un interés y esfuerzo de los centros penitenciarios en brindar actividades de calidad pero el 14.3% restantes, es decir, las que contrario a ello no se sienten a gusto con estas, indica que aun existen falencias, por lo que se hace necesario continuar aumentando y mejorando este tipo de actividades.

Dados los análisis anteriores, se considera que efectivamente los medios normativos vigentes se encuentran conforme a lo consagrado en la constitución de 1991, toda vez que plasman no solamente con sus principios sino también con el resto de su articulado, los derechos y garantías allí establecidos, al igual que en los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos.

A pesar de ello, se puede concluir que a nivel práctico o ejecutivo no se evidencia un trato diferenciado de acuerdo a la condición de género, puesto que no existen medidas significativas en los planteles que así lo materialice, ya que tanto hombres como mujeres reciben igual tratamiento mientras pagan su condena, y

solo se ve alguna diferencia en determinadas actividades en el aspecto laboral y a la posibilidad de que las reclusas permanezcan con sus hijos hasta los 3 años de edad, evidenciándose una contradicción con los postulados constitucionales cuando consagra el principio de la igualdad material.

Finalmente, es necesario afirmar que en Colombia no existe una verdadera política criminal que se ajuste a los principios de un Estado Social de Derecho, no solamente porque la mayoría de las medidas tomadas en material criminal son inmediatas, coyunturales, posteriores y no propenden por analizar las causas de las conductas acaecidas con antelación para establecer políticas preventivas desde todos los sectores sociales y gubernamentales, que vayan aminorando las conductas delictivas, sino también, por qué no se destina el presupuesto necesario para los establecimientos penitenciarios y carcelarios que posibilite no solamente ostentar las actividades necesarias dentro de estos, sino también, contar con el personal adecuado para ello.

Lo anterior permite inferir que la hipótesis en los términos planteados en la investigación fue confirmada al conocerse los resultados.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA MUÑOZ, Daniel. Sistema integral de tratamiento progresivo penitenciario. Bogotá: INPEC, 1996.

ALCANTARA, José. El panóptico, la cárcel perfecta de Jeremy Bentham. [en línea].<http://www.versvs.net/anotacion/panoptico-carcel-perfecta-jeremy-bentham>.

ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica. México D.F: Coyoacan, 2002.

ARBOLEDA VALLEJO, Mario. Derecho penal. Bogotá: Leyer, 2005.

— Manual de derecho penal. Bogotá: Leyer, 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

BETANCUR AGUDELO, Nodier. Estudio preliminar de los delitos y de las penas. Bogotá: Temis, 2003.

BOHORQUEZ, Jorge y Luis, Diccionario jurídico colombiano. Bogotá: Editorial Jurídica Nacional, 2010.

CARRARA, Francisco. Programa de derecho criminal. Segunda edición Traducida por Ortega Torres y Guerrero. Bogotá: Temis, 1973.

CASTAÑO TAMAYO, Ramón Abel. Ideas económicas mínimas. Colombia: Universidad del Quindío, ECOE, 2006.

CASTRO PINEDA, María Carolina. Política penitenciaria y carcelaria en Colombia. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

CEPEDA, Manuel José. Los derechos fundamentales en la constitución de 1991. Bogotá: Temis, 1992.

CHINCHILLA, Tulio. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?. Bogotá: Temis, 2009.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 426 de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

— Sentencia T-406 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Baron.

— Sentencia C-481 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

— Sentencia C-371 de 2000. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

— Sentencia T-881 de 2002. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

— Sentencia T-1096 de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

— Sentencia T-900 de 2006. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

— Sentencia C-258 de 2008. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

— Sentencia T-932 de 2008. Magistrado Ponente: Rodrigo escobar Gil.

— Sentencia T-1211 de 2008. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

— Sentencia T-426 de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

FALLA SANCHEZ, Alberto. Las penas en Colombia. Colombia: Leyer, 2002.

FERNÁNDEZ SANDOVAL, Heraclio. Logros y propuestas en derecho penal, penitenciario e internacional. Bogotá: 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón teoría del garantismo penal, Madrid: Trotta, 1995.

FROMM, Erich. El miedo a la libertad. Bogotá: Planeta – Agostini, 1986.

GALVIS RUEDA, María Carolina. Sistema penitenciario y carcelario en Colombia teoría y realidad. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2003.

GARCÍA VALDÉS, Carlos. Estudios de derecho penitenciario. Ciudad: Tecnos, 1982.

GUERRA, J y LERMA. A. Aspectos psicobiológicos de la delincuencia femenina. [en línea]. <http://www.criminalistica.com.mx/categorias/criminologia/1030-aspectos-psicobiologicos-de-la-delincuencia-femenina>.

KANT, Immanuel. La pedagogía. [en línea]. <http://www.librosgratisweb.com/html/kant-inmanuel/pedagogia/index.htm>.

KANT, Immanuel. Sobre la paz perpetua. Presentación de Antonio Truyol y Serra. Traducción de Joaquín Abellan. Madrid: Tecnos, 1991.

LAZON PEÑA, Diego Manuel. Política criminal y reforma del derecho penal. Bogotá: Temis, 1982.

LORENZO MOLEDO, María del Mar. La delincuencia femenina. Universidad de Santiago de Compostela. [en línea]. www.psicothema.com/pdf/3488.pdf.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio. La abolición del sistema penal. Bogotá: Temis, 1995.

MILLARES, Teresa. El pensamiento criminológico. Bogotá: Temis.

MIR PUIG, Santiago. Política Criminal y Reforma del Derecho Penal. Bogotá: Temis, 1982.

MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Introducción a la criminología. Bogotá: Leyer, 2001.

NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas. Bogotá: Temis, 2003.

PEREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho constitucional colombiano. Bogotá: Temis, 2004.

PEREZ PINZON, Álvaro Orlando. Curso de criminología. Bogotá: Gente Nueva, 1994.

PÉREZ, Luis Carlos. Nuevas bases del derecho criminal. Bogotá: Distribuidora americana de publicaciones, 1947.

RADBRUCH, Gustav. Filosofía del derecho. Madrid: revista de derecho privado, 1952.

Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Vigésima Segunda Edición. Espasa, 2001.

REPUBLICA DE COLOMBIA. Constitución política de Colombia. Bogotá: Leyer.

— Código penal y de procedimiento penal. Bogotá: Leyer.

— Código penitenciario y carcelario. Bogotá: Leyer.

RESTREPO FONTALVO, Jorge. Criminología un enfoque humanístico. Bogotá: Forum Pacis, 1993.

REYES ECHANDIA, Alfonso. Criminología. Bogotá: Temis, 2003.

RIVERA LLANO, Abelardo. Fenomenología del delito. Bogotá: La gran Colombia, 1975.

RODRÍGUEZ PINEDA, Ana Cecilia. Sistema carcelario colombiano. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.

ROEMER, Andrés. Economía del crimen. México: Limusa, 2001.

ROXIN, Claus. Derecho penal parte general. España: Civitas, 1997.

SAAVEDRA ROJAS, Edgar y otra. La pena y su ejecución. Tesis de grado. Medellín, 1968.

Sistema progresivo penitenciario. Memorias Primer Seminario Internacional. Bogotá: INPEC, 1996.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel. Marco jurídico del sistema progresivo. Bogotá: Memorias primer seminario internacional sistema progresivo penitenciario, 1996.

Teoría e instituciones educativas. [en línea]. http://html.rincondelvago.com/teoria-e-instituciones-educativas_1.html.

VALDERRAMA, Jaime. La progresividad en el tratamiento penitenciario. Revista prisiones N° 8, 1984. Dirección general de prisiones.

VELASQUEZ PERALES, José Antonio. Penología y sistemas penitenciarios. [en línea]. <http://html.rincondelvago.com/penologia-y-sistemas-penitenciarios.html>.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de derecho penal parte general. Bogotá: Temis, 2002.

VILA CASADO, Iván. Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. Bogotá: Legis. 2007.

GLOSARIO

BIEN JURÍDICO: es todo bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social, es protegido jurídicamente. Todo aquello que es importante para el orden social, cuyo mantenimiento pacífico es asegurado mediante normas jurídicas y que es considerado valioso para la vida en comunidad.

CONDUCTA PUNIBLE: es aquel comportamiento humano que va en contravención de bienes jurídicos protegidos por el Estado.

CONTROL SOCIAL: conjunto de mecanismos mediante los cuales, la sociedad ejerce su dominio sobre los individuos que la componen, consiguiendo que estos obedezcan sus normas.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: es una institución judicial autónoma de la Organización de los Estados Americanos cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados concernientes al mismo asunto.

CRIMINALIDAD: (D.P) hace referencia a la comisión de delitos como fenómeno colectivo, logrando su máximo exponente en las llamadas cifras de criminalidad, mediante las cuales es posible conocer el número proporcional de delitos cometidos en un territorio y periodo de tiempo determinado (criminalidad dinámica) o el número absoluto de personas que han delinquido en una comunidad hasta un momento determinado (criminalidad estática).

DELITO: según ésta el delito es una acción típicamente antijurídica y culpable castigada por la Ley con una pena.

DEONTOLOGÍA: etimológicamente es la ciencia del deber. Deontos significa obligación, deber; Logia expresa conocimiento, estudio. El objeto de estudio de la Deontología son los fundamentos del deber y las normas morales

DERECHO PENITENCIARIO: es el conjunto de principios y prácticas que rigen la aplicación de las medidas de orden preventivo y el cumplimiento de las penas y de las medidas de seguridad decretadas por los funcionarios competentes.

DERECHO POSITIVO: hace referencia a las normas escritas en estricto sentido.

DISCRIMINACIÓN: conducta dirigida a retirar, excluir o tratar de manera desfavorable a una persona por determinadas características particulares.

DOGMÁTICA: se ocupa de la dimensión sustancial del derecho y la estructura del mismo.

ESTABLECIMIENTO CARCELARIO: institución creada y vigilada por el Estado donde se cumple la pena de prisión.

ESTUPEFACIENTE: es la droga no prescrita médicamente, que actúa sobre el sistema nervioso central produciendo dependencia.

JUECES DE EJECUCIÓN DE PENAS: funcionario judicial encargado de la parte ejecutiva de las penas, esto es, que adquiere competencia una vez haya sentencia condenatoria.

LOCOMOCIÓN: hace referencia al movimiento que realiza una persona, un animal, un microorganismo, un aparato o máquina para moverse de un lugar a otro, para trasladarse en el espacio.

MÍNIMO VITAL: según la Corte Constitucional, es *“aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia.”*

PENA: (D.P) es la privación de un bien, previamente prevista en la ley, impuesta en virtud del proceso al responsable de una infracción penal

POST-PENITENCIARIO: etapa siguiente a la penitenciaria. Cuando la reclusa recupera su libertad.

RÉGIMEN PENITENCIARIO: conjunto de condiciones e influencias que se reúnen en una institución para procurar la obtención de la finalidad particular que se le asigna a la sanción penal con relación a una serie de delincuentes criminológicamente integrada.

SECUELA: consecuencia o resultado de algo. Trastorno o lesión que queda tras la curación de una enfermedad o un traumatismo, y que es consecuencia de ellos.

SISTEMA PENITENCIARIO: organización creada por el Estado para la ejecución de las sanciones penales que importan privación o resistencia de la libertad individual, como condición sine qua non para su efectividad.

TIPO PENAL: es la conducta punible elevada y descrita en una norma.

TRATAMIENTO PENITENCIARIO: consiste en la aplicación intencional a cada caso particular de aquellas influencias peculiares específicas, reunidas en una institución determinada para remover, anular o neutralizar los factores relevantes de la inadaptación social del delincuente.

ANEXOS

Anexo A. Encuesta realizada a las reclusas de los centros penitenciarios.

Anexo B. Encuesta realizada a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad y directores de centros penitenciarios

ANEXO A. ENCUESTA REALIZADA A LAS RECLUSAS DE LOS CENTROS PENITENCIARIOS.

1. DATOS PERSONALES

1.1 EDAD

18 años a 25 años__

26 años a 35 años__

36 años a 45 años__

Más de 46 años__

1.2 GRADO DE ESCOLARIDAD

Primaria__

Secundaria__

Superior__

Otro__ Cuál?_____

1.3 CONDICION FAMILIAR

Madre cabeza de hogar__

Casada__

Soltera__

Viuda__

Unión libre__

Número de hijos_____ Edades de los hijos_____

2. CUANTO TIEMPO LLEVA PRIVADA DE LA LIBERTAD

Menos de 1 año__

De 1 a 5 años__

De 6 a 10 años__

Más de 10 años__

3. SIENDE USTED QUE LA PRIVACION DE SU LIBERTAD LE ESTA DEJANDO SECUELAS PERSONALES Y FAMILIARES EN SU VIDA

Sí__

No__

Si la respuesta es positiva, tales secuelas son de índole_

Económica__

Social__

Psicológica__

Familiar__

Otra__ Cuál?_____

4. QUE ACTIVIDADES REALIZA ACTUALMENTE EN LA CARCEL?

Trabajo__ Especifique_____

Estudio__ Especifique_____

Otra__ Cuál?_____

5. LA ACTIVIDAD QUE REALIZA FUE ESCOGIDA VOLUNTARIAMENTE POR USTED?

Sí__

No__

Por qué?_____

6. SI TRABAJA ACUALMENTE EN EL CENTRO DE RECLUSIÓN (INCLUYA ENSEÑANZA) SEÑALE:

Su vinculación empresarial_____

Actividad específica que desempeña_____

Remuneración económica_____

% destinado al consumo_____ % destinado al ahorro_____

Número de horas laborables al día_____

Días de descanso por semana_____

7. QUÉ LABOR QUISIERA DESEMPEÑAR DURANTE SU PRIVACION DE LA LIBERTAD?_____

La labor es ofrecida por el plantel? Sí__ No__

8. ESTUDIA ACTUALMENTE EN EL CENTRO DE RECLUSIÓN?

Sí__ No__

9. SI ESTUDIA ACTUALMENTE, SEÑALE EL NIVEL:

Primaria_____

Media_____

Superior_____

Otro_____ Cuál?_____

Número de horas diarias dedicadas al estudio_____

Días de descanso por semana_____

10. SI ESTUDIA ACTUALMENTE, ESTA SATISFECHA CON TAL ACTIVIDAD?

Sí__ No__ Por qué?_____

11. CONSIDERA QUE LAS ACTIVIDADES QUE REALIZA SON LAS ADECUADAS PARA SU CONDICION DE MUJER?

Sí__ No__ Por qué?_____

12. CONSIDERA QUE LAS ACTIVIDADES REALIZADAS AL INTERIOR DEL ESTABLECIMIENTO DE RECLUSION LE VAN A SERVIR POSITIVAMENTE CUANDO RECOBRE LA LIBERTAD?

Sí__ No__ Por qué?_____

13. EN QUE GRADO SUS NECESIDADES BASICAS SON SATISFECHAS EN EL ESTABLECIMIENTO DE RECLUSIÓN:

NECESIDADES	BUENO	REGULAR	MALO
Salud			
Alimentación			
Asistencia jurídica			
Cultura y recreación			
Relaciones familiares			
Relaciones con compañeras			
Relaciones con superiores			

14. CÓMO CALIFICA EL TRATAMIENTO QUE ESTA RECIBIENDO EN EL PLANTEL:

Excelente__

Bueno__

Regular__

Malo__

15. QUÉ SUGERENCIAS HACE PARA QUE MEJORE EL TRATAMIENTO?_____

16. QUE PROYECTOS DESEARÍA DESARROLLAR AL RECUPERAR SU LIBERTAD?_____

17. CONSIDERA QUE SUS PLANES TENDRÍAN RESPUESTA EN LA SOCIEDAD?

Sí__

No__

Por qué?_____

ANEXO B. ENCUESTA REALIZADA A LOS JUECES DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD Y DIRECTORES DE LOS CENTROS PENITENCIARIOS.

1. ¿Es respetado el principio de igualdad material en las penitenciarias femeninas?

NO__ SI __

2. ¿Cumplen las cárceles con la finalidad de prevención especial positiva, esto es, con la resocialización?

NO__ SI__ ¿CÓMO?

3. ¿De los siguientes controles ejercidos por la sociedad, cuál considera mas idóneo?

Familia__

Educación__

Trabajo__

Otro ¿Cuál?_____

4. ¿Qué tipo de manejo penitenciario da mejores resultados con respecto a la delincuencia femenina?

Educación__

Trabajo__

Familia__

Recreación__

Religión__

Otro ¿Cuál? _____

5. ¿Cuál es el principal motivo que hace delinquir a las mujeres?

Situación económica__

Falta de educación__

Protección a la familia__

Influencia de terceros__

Pasionales __

Otros ¿Cuáles? _____

6. La política criminal del estado, en relación a la delincuencia femenina, debe ir dirigida principalmente hacia:

Prevención__

Retribución__

Resocialización__

Protección al victimario__

Otras ¿Cuáles? _____

7. ¿Considera que la resocialización se debe enfocar respetando el libre desarrollo de la personalidad de cada reclusa?

NO__ SI__

¿Por qué? _____

8. ¿Considera que la relación entre el derecho afectado (libre desarrollo de la personalidad) y el beneficio social logrado es proporcional, razonable y necesario?

NO__ Si__

¿Por qué? _____

9. ¿En que grado las penas logran influir en la conciencia de las mujeres?

Alto __ Medio __ Bajo__ Ninguno__

¿Por qué? _____

10. ¿Algún comentario adicional?

LISTA DE FIGURAS

	Pag.
Figura 1. Actividades realizadas dentro de la institución carcelaria.	118
Figura 2. Actividades realizadas de manera voluntaria.	118
Figura 3. Vinculación empresarial.	119
Figura 4. Porcentaje destinado al consumo.	120
Figura 5. Horas laboradas diariamente.	121
Figura 6. Días de descanso semanal.	122
Figura 7. Labores deseadas para realizar dentro del plantel.	123
Figura 8. El plantel penitenciario ofrece las labores deseadas.	123
Figura 9. Porcentaje de internas estudiando actualmente en el plantel.	124
Figura 10. Nivel de escolaridad.	125
Figura 11. Nivel de satisfacción con las labores realizadas.	126
Figura 12. Las actividades corresponden a su condición de mujer.	126
Figura 13. Utilidad de las actividades realizadas dentro del plantel.	127
Figura 14. Asistencia en salud.	128
Figura 15. Asistencia jurídica.	128
Figura 16. Alimentación.	129
Figura 17. Calificación del tratamiento.	130
Figura 18. Sugerencias al tratamiento.	131
Figura 19. Relaciones familiares.	132

	Pag.
Figura 20. Relaciones con las compañeras.	132
Figura 21. Relaciones con los superiores.	133
Figura 22. Proyectos al momento de recobrar la libertad.	133
Figura 23. Respuesta positiva de la sociedad frente a sus proyectos.	134
Figura 24. Respeto de la igualdad material en los centros penitenciarios.	135
Figura 25. Cumplimiento de la prevención especial positiva.	136
Figura 26. Causales de criminalidad femenina.	137
Figura 27. Idoneidad de los controles de la sociedad.	138
Figura 28. Dirección de la política criminal del Estado.	139
Figura 29. Enfoque de la resocialización.	139
Figura 30. Grado de Proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de la pena.	140
Figura 31. Nivel de influencia de las penas en la conciencia de las internas.	141
Figura 32. Enfoque del manejo penitenciario para obtener mejores resultados.	142