

**PROCESO JUDICIAL ENFATIZADO A LA EFECTIVA PROTECCIÓN  
ESPECIAL DE LA MUJER EN ESTADO DE  
EMBARAZO EN CENTROS CARCELARIOS Y PENITENCIARIOS DE  
BOGOTÁ.**

**BARAN FERNANDO ALVAREZ CHAPARRO Código 42132170**

**JULIAN FELIPE ARDILA FORERO Código 42132146**

**DAYANA CAMILA BAUTISTA ORTIZ Código 42132114**

**JULIETH ANDREA ORTEGA DUCUARA Código 42132031**

**MONOGRAFÍA DE INVESTIGACIÓN**



**UNIVERSIDAD LIBRE  
FACULTAD DE DERECHO  
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS  
BOGOTÁ D.C.  
2019**

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>4</b>
<b>CAPÍTULO I: PROTECCIÓN ESPECIAL A LA MUJER EMBARAZADA EN CENTROS CARCELARIOS Y PENITENCIARIOS.....</b>	<b>8.</b>
1.1. DESARROLLO DE LA PROTECCIÓN DEL ESTADO HACIA LA MUJER GESTANTE EN PRISIÓN.....	16
1.2. SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN NO SÓLO COMO PRINCIPIO TEÓRICO CONSTITUCIONAL .....	25
1.3. DERECHO COMPARADO FRENTE A LAS MADRES PRIVADAS DE LA LIBERTAD.....	30
1.3.1. ARGENTINA.....	30
1.3.2. PARAGUAY.....	31
1.3.3. URUGUAY.....	32
1.4. VALIDACIÓN CUALITATIVA BASADA EN ARGUMENTOS DE EXPERTOS PARA LA SOLUCIÓN LEGAL DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	33
<b>CAPÍTULO II. ANÁLISIS PRÁCTICO DE SITUACIÓN DE LA MUJER PRIVADA DE LA LIBERTAD.....</b>	<b>39</b>
2.1. CONDICIÓN DE MENORES EN JARDINES DENTRO DEL CENTRO CARCELARIO.....	39
2.2. ATENCIÓN MÉDICA EN EL BUEN PASTOR .....	41
2.3. HACINAMIENTO CARCELARIO.....	43
2.4. ESTADO DE LAS COSAS INCONSTITUCIONALES.....	45
<b>CAPÍTULO III: REFERENTES TEÓRICO- METODOLÓGICAS PARA EL DESARROLLO DEL TRABAJO DE CAMPO.....</b>	<b>47</b>

3.1. VALORACIÓN DEL COMPORTAMIENTO DE LA PRIMERA CATEGORÍA	62
3.2. VALORACIÓN DEL COMPORTAMIENTO DE LA SEGUNDA CATEGORÍA	63
3.3. VALORACIÓN DEL COMPORTAMIENTO DE LA TERCERA CATEGORÍA	63
<b>CAPÍTULO IV: FORMULACIÓN DE LA PROPUESTA</b>	<b>65</b>
4.1. LA LICENCIA DE MATERNIDAD PENITENCIARIA	65
4.2. COMPONENTE PREVENTIVO	67
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>68</b>
<b>REFERENCIAS</b>	<b>71</b>
<b>ANEXOS</b>	<b>75</b>

## **INTRODUCCIÓN**

### **PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

Las mujeres en estado de embarazo que se encuentran cumpliendo su pena dentro centros penitenciarios y carcelarios, no cuentan con condiciones óptimas y un mínimo vital adecuado, vulnerando la protección y atención especial que constitucionalmente se les otorga.

### **HIPÓTESIS:**

Si, se diseña un procedimiento judicial enfatizado teniendo en cuenta el método de análisis jurídico denominado “Normativo-analítico” para proporcionar criterios en la normatividad, se podrá garantizar la protección y atención especial que constitucionalmente se les otorga a las mujeres en estado de embarazo.

### **OBJETIVO GENERAL**

Fundamentar que un procedimiento judicial enfatizado, con base a los lineamientos establecidos por el método de análisis jurídico denominado como “Normativo-analítico”, que proporciona los criterios para la fundamentación racional de normatividad, garantizaría la atención especial constitucionalmente consagrado.

### **OBJETIVO ESPECÍFICO**

Argumentar que un procedimiento judicial enfatizado desarrollado con base a los parámetros del método de análisis jurídico denominado como “Normativo-analítico” y sus enunciados para formular criterios normativos para brindar condiciones óptimas y un mínimo vital, por medio de estructuras de las fundamentaciones, para garantizar la atención especial que constitucionalmente se les otorga a las mujeres en gestación.

### **METODOLOGÍA**

El presente trabajo desarrolla la hermenéutica jurídica como método teórico con el fin de proponer un procedimiento judicial enfatizado de la teoría de Robert Alexy.

De acuerdo con la investigación previa realizada por la Procuraduría Delegada en lo Preventivo para Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, Grupo de Asuntos penitenciarios y carcelarios<sup>1</sup> las mujeres en estado de embarazo que se encuentran en el cumplimiento de la pena dentro de centros penitenciarios y carcelarios no cuentan con unas condiciones óptimas y un mínimo vital adecuado vulnerando su derecho a la protección especial.

Dentro de la normatividad colombiana la pena privativa de la libertad se aplica como pena principal en conductas trascendentes que se adecuan típicamente a la ley penal establecida previamente y que según un juez competente el sujeto activo debe cumplir dicha pena intramural, en un centro penitenciario que el Estado ha previsto con anterioridad. En efecto la pena en Colombia cumple la función de resocializar al individuo infractor, para que en el momento de cumplida la condena sea útil en la comunidad, sin embargo en el tiempo que se encuentre excluido cumpliendo su pena, no dejan de tener el carácter de persona; lo que supone que aunque se limitan algunos derechos como el de la libre locomoción, el recluso tiene no pierde a su dignidad humana, ni los derechos que ello deriva y que le corresponden por el simple hecho de ser persona, los cual el Estado debe proteger en toda condición.

Así mismo para cumplir el fin resocializador de la pena es menester del Estado humanizar la condena, no solo en lo relacionado con el convicto sino, implementar mecanismos que minimicen el impacto de la pena en la familia del preso.

---

<sup>1</sup> COLOMBIA. Procuraduría General de la Nación. Mujeres y prisión en Colombia: Análisis desde una perspectiva de los Derechos Humanos y Género. Bogotá: En: revista Latinoamericana de temas Internacionales. Vol. 4, Número 13 (1999); ISSN: 0328-3151 <http://corteidh.or.cr/tablas/24314.pdf>

Durante el desarrollo de la investigación se constató la ausencia de condiciones durante la ejecución de la sanción penal en donde se refleja la problemática de la población femenina y puntualmente lo relacionado con las madres gestantes como la falta de apoyo médico y psicológico que tienen cuando se encuentran privadas de la libertad, no solo en lo relacionado con el desarrollo normal del embarazo, sino, además la situación que deben afrontar en los primeros meses de vida del menor que ha nacido en prisión.

Es así como la atención médica especializada que tienen las mujeres gestantes dentro de un centro carcelario es insuficiente para suplir las necesidades que por cuestiones sanitarias en un centro penitenciario se presentan. Una mujer en estado de embarazo y próxima a su parto tiene condiciones especiales y pasa a ser vulnerable dentro del lugar donde cumple la pena, y es en ese mismo lugar donde actualmente las mujeres embarazadas viven y muchas veces tienen a sus hijos, allí donde las condiciones no son óptimas para cumplir el tiempo gestación.

Si bien es cierto el hacinamiento carcelario y penitenciario que afronta la República Colombiana no es un asunto ajeno a los reclusorios femeninos, cada día crece la demanda de lugares donde recluir a las sindicadas, procesadas y condenas que por orden judicial deben estar privadas de la libertad. Así las cosas y teniendo en cuenta las consideraciones de protección especial que debe tener una mujer en estado de gestación otorgada constitucionalmente, dichos no son aptos para brindar mayor atención a mujeres en avanzado estado de embarazo.

Se debe sin embargo tener en cuenta que muchas de las mujeres privadas de la libertad quedan embarazadas en cumplimiento de su condena, lo que dificulta por congestión del aparato judicial que puedan acceder ágilmente a las condiciones propias que requiere el embarazo. Por lo tanto, las condiciones mínimas vitales de la madre gestante son muy reducidas, algunos centros penitenciarios incluso no cuentan con personal médico capacitado, las (24) horas del día para atender a las reclusas embarazadas, es en este punto donde la dignidad humana de la madre privada de la libertad con respecto de sus garantías mínimas para tener un desarrollo natal eficaz está siendo vulnerada.

Finalmente vale la pena resaltar que la condena impuesta a mujeres que tienen hijos es un evento trágico para el núcleo familiar y la poca relevancia que se le da a la familia en el ordenamiento penal, más cuando se versa sobre los derechos del que está por nacer, quien muchas veces cumple una condena impuesta a su madre, pues en Colombia legalmente no se ha establecido la oportunidad a las madres gestantes de culminar su embarazo con prisión domiciliaria; aunque la ley prevé los delitos en los cuales se puede excarcelar, no existe consideración especial con la madre gestante y el naciente. De acuerdo con lo anterior se puede formular la siguiente pregunta, ¿Cómo garantizar el efectivo cumplimiento de la protección especial que otorga la constitución a las mujeres en estado de embarazo que se encuentran en centros carcelarios y penitenciarios?

Con el fin de demostrar la problemática expuesta en esta investigación, se utilizó como herramienta de la recolección de la información la encuesta, con desarrollo en la cárcel el buen pastor a efectos de visitar, observar el pabellón 4 donde se encuentran las mujeres gestantes, para corroborar que las condiciones óptimas y un mínimo vital de las mujeres en estado de embarazo que están cumpliendo su pena dentro del centro penitenciario y carcelario no son adecuados, vulnerando la protección y atención especial que constitucionalmente se otorga. . Para llevar a cabo dicha observación se tendrán en cuenta tres categorías fundamentales en la unidad de análisis “protección especial”: condición de la mujer, estructura del pabellón y servicios de salud para realizar un análisis estadístico de cada uno de ellos y llegar a una conclusión y así proponer un procedimiento judicial enfatizado desarrollado por el método normativo-analítico.

## **CAPÍTULO I**

## **PROTECCIÓN ESPECIAL A MUJERES GESTANTES RECLUIDAS EN CENTROS CARCELARIOS Y PENITENCIARIOS.**

Se inicia realizando un rastreo normativo el cual permite la sustentación de la problemática planteada dentro del ordenamiento jurídico colombiano; yendo desde el bloque de constitucionalidad en su totalidad; en armonía con la Constitución Política de Colombia, exactamente en su artículo quinto (5) mediante el cual “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”<sup>2</sup> .

También encontramos referentes constitucionales en otros artículos como lo son el trece (13) “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.”<sup>3</sup> E igualmente en el artículo cuarenta y cuatro (44) que indica “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella”<sup>4</sup>.

En este orden de ideas, yendo de lo general a lo particular, se deduce que los niños que nacen en las cárceles tienen que permanecer allí mismo junto a su madre, no solo en el periodo de gestación, sino que también durante el tiempo de lactancia; en síntesis podemos decir que no se ve reflejada la igualdad de una mujer que puede estar en una clínica, asistiendo a controles prenatales adecuadamente, con todas las normas de sanidad e higiene, contrario a lo que sucede en los centros carcelarios, donde muchas veces no se tiene ni controles prenatales durante el periodo de gestación del feto.

---

<sup>2</sup> COLOMBIA. Constitución política de Colombia, Congreso de la República. Artículo quinto.1991. Bogotá D.C.

<sup>3</sup> *Ibíd.*

<sup>4</sup> *Ibíd.*

No obstante, las mujeres que previamente gozan de derechos y garantías que protegen su condición, no pueden acceder a estos, sino, mediante de tutelas que muchas veces no se resuelven de manera favorable. E incluso su condición de reclusas limita el acceso a la justicia, por cuanto, la carencia de medios económicos, en ocasiones obstaculiza un fallo efectivo en tutela, por falta de una buena representación técnica.

La ley 1257 de 2008 de prevención y sanción de la discriminación y la violencia hacia las mujeres, es igualmente un instrumento de interpretación para establecer si las condiciones de las mujeres en las prisiones son dignas, o si por el contrario no lo es.

Una vez consultado el ordenamiento jurídico colombiano, es pertinente consultar los convenios internacionales, que hacen parte del sistema normativo colombiano, y que poseen carácter vinculante, siendo de obligatorio cumplimiento y aplicación directa por parte de los administradores de justicia colombianos.

La protección especial es un tema el cual se ha tratado en distintos convenios internacionales, la inclusión de normas en el derecho internacional ha sido un proceso extenso y cambiante en los últimos años con lo referente a la protección de la maternidad, iniciando con el Convenio 111 de 1958 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>5</sup> en la que se manifiesta la prohibición de la discriminación por cuestión de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o el trato en el empleo y la ocupación. Además se encuentra el artículo 10 numeral 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>6</sup> en el que se menciona la protección especial a la mujer embarazada “Se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho

---

<sup>5</sup>ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio 111 de 1958. [Citado el 19 de septiembre de 2015] Disponible en:  
[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C111](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111)

<sup>6</sup>PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Artículo 10, numeral 2. [Citado el 19 de septiembre de 2015] Disponible en:  
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

periodo, las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.”<sup>7</sup>

Así, la mujer en estado de embarazo constituye un sujeto de protección especial en el Estado, por lo que sus derechos son reforzados y el aseguramiento de estos no solo dependen del Estado sino de la sociedad misma, esta protección ha sido elevada a rango constitucional porque de dicha protección nace además los derechos de su hijo.

La convención internacional sobre los derechos del niño ratificado por Colombia contempla en el artículo noveno (9) “los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos”<sup>8</sup> no obstante, vemos frecuentemente que los bebés después de su etapa de lactancia, que en realidad es muy corta, son separados de las madres reclusas para ser puestos a disposición de otras personas que determina la ley.

La inclusión de las normas que se nombraron anteriormente han sido resultado de un proceso de reconocimiento por parte de Colombia mediante Tratados Internacionales, los que se vinculan al ordenamiento jurídico colombiano y lo hace plenamente vinculante y exigible, a su vez se destaca la Convención Sobre La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer (CEDAW)<sup>9</sup> expedida en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, en la Asamblea General de la ONU, por merced de esta convención, el Estado se compromete a implementar medidas que incluso no se encuentren expresamente consagradas en la convención, para garantizar la protección efectiva a la mujer dentro del territorio.

---

<sup>7</sup> Ibídem

<sup>8</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención internacional de los derechos del niño, 1989.

<sup>9</sup> CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER. Artículo 11. diciembre 18 de 1979, Nueva York. [Citado el 19 de septiembre de 2015] Disponible en [http://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo\\_web.pdf](http://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo_web.pdf)

El Convenio Sobre la Protección a la Maternidad comprende la protección de la salud, la licencia de maternidad, licencias en caso de enfermedad o complicaciones, prestaciones, protección del empleo y no discriminación a las madres lactantes, es evidente como el Tratado Internacional intenta no dejar ningún tema relacionado a la maternidad sin protección.

Lo anterior permite afirmar, que la eliminación de las situaciones de discriminación exige que todos los servidores del Estado e incluso todos los ciudadanos se tomen en serio el logro de la eficacia de los derechos humanos de las mujeres como gestoras de vida.

La Constitución Política de Colombia consagra como derecho fundamental la igualdad, dicha consideración obliga al Estado a promover las condiciones necesarias para que sea real y efectivo, este mandato supera la tradición social colombiana donde se tomaba la igualdad como igualdad formal e integra ahora los principios del Estado Social de Derecho donde este debe asegurar el logro de la igualdad material para todos sus asociados.

En Colombia se empieza a tratar el tema de protección especial con la Ley 74 de 1968<sup>10</sup>, con la que se ratifica el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, donde en el artículo 10, numeral 2 del Pacto se menciona la especial protección a la mujer embarazada. Por otra parte la ley 51 de 1981<sup>11</sup> por medio de la cual se ratificó la CEDAW expedida por la ONU, donde por virtud del artículo 11 Colombia se compromete a eliminar todo tipo de segregación a la mujer por motivo de su sexo, embarazo, no solo en el ámbito laboral sino a nivel social. Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 21 de la CEDAW, su Comité ha realizado sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen

---

<sup>10</sup> PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES, Ley 74 de 1968. [Citado el 19 de septiembre de 2015] Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

<sup>11</sup> *Ibíd.*, p.10.

de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes por lo cual mediante recomendación general número veinticuatro (24) de 1999, se alienta a los Estados Partes a ocuparse de cuestiones relacionadas con la salud de la mujer a lo largo de toda la vida de ésta. Expone el análisis efectuado por el Comité de los elementos del artículo 12:

*"1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.*

*2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia."<sup>12</sup>*

Pero la protección especial no solo se limitó a lo contenido en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia, en 1991 al crearse la nueva Constitución se creó además un innovador artículo en el que específicamente el Estado colombiano se compromete además de brindar otros derechos a otorgar protección especial a la mujer embarazada, además de tener un trato igualitario frente a hombres y mujeres, es el artículo 43 que es la base para los derechos laborales y civiles que tiene la mujer en estado de embarazo.

---

<sup>12</sup> CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Artículo 11. diciembre 18 de 1979, Nueva York. [Citado el 06 de febrero de 2019] Disponible en [http://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo\\_web.pdf](http://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo_web.pdf)

En desarrollo de la protección especial, se puede encontrar jurisprudencia que regula el tema en materia laboral, la sentencia C-470 de 1997<sup>13</sup> desarrolla los principios constitucionales sobre la materia, esta sentencia resolvió la exequibilidad de los requisitos que se deben cumplir para despedir a una mujer en estado de embarazo. Además, es de gran ayuda en el momento de interpretar normas constitucionales pues enfatiza en cinco aspectos:

1. Busca lograr efectiva igualdad entre sexos.
2. Justifica la protección especial a la maternidad resaltando la importancia que tiene la vida en el ordenamiento constitucional.
3. Contempla lo establecido en la Constitución Política respecto que la protección a la madre busca respaldar la vida y derechos de los niños, y el Estado, la sociedad y la familia deben velar por el aseguramiento de sus derechos superiores.
4. La protección a la maternidad hace parte del papel preponderante que ocupa la familia en el orden constitucional colombiano.
5. Contempla como razón a la protección especial a la maternidad el derecho constitucional al libre desarrollo de la maternidad.

Posteriormente en la sentencia T 437 de 1993, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz; se crea una regla de derecho que establece “el derecho constitucional y legal de las mujeres en los últimos meses de gestación y los de lactancia de recibir especial de las autoridades”<sup>14</sup>. Y es en realidad las autoridades carcelarias y legislativas, quienes no cumplen con esta garantía especial en la gestación. Pues, aunque existe regulación sobre la suspensión de la pena en casos de embarazo, no es una posibilidad real para las reclusas, quienes aún más por motivo de su hijo pretenden el cumplimiento de su pena en el menor tiempo posible.

---

<sup>13</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-470. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, 1997

<sup>14</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-437. M.P. Gaviria Díaz Carlos. Bogotá, 1993.

Años más tarde la Corte Constitucional se manifiesta por medio de la sentencia T-1160-01<sup>15</sup> incorporando una nueva sub regla en los casos revisados por la honorable Corte, el alto tribunal señala que las controversias por pagos de licencias de maternidad se salen del ámbito de la jurisdicción laboral siempre que el no pago de la remuneración debida afecte el mínimo vital de la madre y su recién nacido, es decir la accionante acudirá ante el juez de tutela después de los días otorgados para la licencia de maternidad.

También, la Corte Constitucional en la Sentencia T-1223 de 2008<sup>16</sup> recoge las más importantes consideraciones sobre la maternidad y ordena al Ministerio de Protección Social y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que en cuatro meses después de la emisión de la Sentencia tomen medidas necesarias para corregir la falta de regulación de un mecanismo para que las mujeres puedan oportunamente solucionar los conflictos producto de las solicitudes del pago de la licencia de maternidad.

Es por medio de los pronunciamientos anteriormente citados, que se desarrolla el cumplimiento para buscar un trato más garantista hacia la mujer y llegar a una sociedad más justa, con justicia realmente eficaz e integral.

El fin de la pena privativa de libertad, en la política penal Colombiana, no es otra que lograr la resocialización de los reclusos. Para que, en condiciones dignas, se puedan establecer medios que garanticen que el individuo condenado pueda volver a su vida en sociedad, y ser útil para ella, sin riesgos de reincidencia delictiva; igualmente el acompañamiento a la familia del preso, pues se ha comprobado que el impacto psicológico que genera en su núcleo es muy alto. Y por sobre todo a las madres gestantes que hoy día es casi nulo en las cárceles y prisiones colombianas; lo anterior por

---

<sup>15</sup> COLOMBIA. Corte constitucional, Sentencia T-1160 de 2001. [Citado el 19 de septiembre de 2015] Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/>

<sup>16</sup> COLOMBIA. Corte constitucional, Sentencia T-1223 DE 2008. [Citado el 19 de septiembre de 2015] Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/>

consideración de su condición emocional vulnerable por cuenta de la vida que está por llegar.

Es preocupante la deficiente atención médica especializada que tienen las mujeres gestantes dentro de centros carcelarios y penitenciarios, pues es insuficiente para suplir las necesidades sanitarias y médicas que requiere una mujer próxima al parto, pues se encuentra en condiciones especiales y se vuelve vulnerable dentro del lugar donde cumple la pena.

El artículo 43 de la Constitución Política de Colombia establece la igualdad entre hombres y mujeres, pero adicionalmente el constituyente otorgó “especial asistencia y protección por parte del Estado” protección que se ignora al recibir una pena preventiva o condena privativa de libertad.

Se diría entonces que la pena privativa de la libertad ya sea preventiva o en carácter condenatorio estaría limitando además derechos conexos, el problema se encuentra en la clase de derechos que en gran medida se están limitando, la familia es constitucionalmente el núcleo fundamental de la sociedad, algo que sigue sin tener efectividad en cárceles y prisiones.

En los establecimientos de detención femeninos no solo existe hacinamiento de reclusas, también hay deficiencia médica y humana para atender a la cantidad de mujeres que se encuentran allí recluidas; agravando la situación cuando se trata de mujeres gestantes que requieren un mínimo de atención privilegiada con respecto de las demás mujeres recluidas.

Se encontró que este centro penitenciario no sólo omite la protección especial a las mujeres embarazadas, lo que se puede traducir en la posibilidad de una mejor alimentación y la atención de un médico ginecólogo permanente; además que las futuras madres deben sobrellevar su embarazo en un lugar el cual no cumple ni siquiera un mínimo de higiene y salubridad que garantice una gestación exitosa.

El Instituto Nacional Carcelario y Penitenciario (INPEC) es en Colombia el encargado de velar por la seguridad de cárceles y penitenciarias, sin embargo, el trato hacia las reclusas es en gran medida inhumano, si bien deben velar por mantener el orden dentro de los centros de reclusión su trato indiferente a la condición de embarazo de algunas reclusas no es un secreto; reclusas que en muchos casos no tienen sentencia condenatoria en firme y muchas de ellas son inocentes. Sin embargo, como las mismas mujeres allí recluidas afirman no existe igualdad en las preferencias que se le dan para cumplir la pena, esto es simplemente a discrecionalidad del juez que sea competente de su caso.

Y es en este punto donde el equipo de investigación enfoca el problema, en la política carcelaria donde se evidencia muchas deficiencias y por medio de la presente investigación se comprobará la necesidad interesar al Gobierno Nacional por las personas que se encuentran recluidas en cumplimiento o espera de una pena, de respetar y garantizar la Constitución Política y concientizar al mismo Gobierno que es el garante de la vida y condiciones de todos los reclusos y puntualmente de las mujeres en embarazo y la vida que viene en camino.

### **1.1. DESARROLLO DE LA PROTECCIÓN DEL ESTADO HACIA LA MUJER GESTANTE EN PRISIÓN**

La mujer en embarazo recibirá protección especial por parte del Estado colombiano, tal como lo establece John Alexander Morales, las mujeres embarazadas no solo recibirán el amparo que otorga el artículo 43 de la Constitución Política, sino, que a través del artículo 93 de la misma, se da conexidad a los tratados internacionales por Colombia.

Paola Andrea Acosta Alvarado, toma como presupuesto la historia de la mujer en Colombia, la lucha que ha vivenciado el feminismo para lograr el reconocimiento de los derechos que hoy día se le han otorgado. En 1991 la Constituyente tuvo en cuenta a la mujer como eje fundamental y aunque sigue siendo una Constitución de corte masculino la protección que se le reconoce a la mujer en estado de embarazo es el reflejo de lo que

la comunidad feminista ha logrado y la importancia que se empieza a dar a la mujer dentro del Estado Colombiano.

Es para Ana González Monroy la protección especial a la mujer embarazada es un logro del Estado Social de Derecho, que en principio vela por la protección general de la vida de los miembros del Estado, basados en presupuestos como la dignidad humana y es cuando la autora cuestiona la eficacia del Estado Social de Derecho en cuanto a la protección de la vida, salud y dignidad de la madre por parte del Estado Colombiano y afirma la falta de políticas públicas para cumplir efectivamente con la protección especial a la mujer en estado de gestación.

Concluyendo, el Estado colombiano tiene la obligación constitucional de velar por el desarrollo del embarazo de las mujeres en el territorio nacional, lo que abarca el deber legal de implementar políticas públicas para el cumplimiento efectivo de la protección especial que el constituyente de 1991 ha otorgado a la mujer y más aún en los centros carcelarios y penitenciarios donde es el gobierno quien tiene la custodia de la mujer embarazada que se encuentra reclusa.

Jorge Velásquez, entiende que el cumplimiento de la pena está encaminado hacia la reinserción, entendiéndose como volver a encauzar a la persona delincuente dentro de la sociedad donde cometió el delito. Toma como presupuesto indispensable para la resocialización la individualización del tratamiento, entendiéndolo el carácter especial de cada persona y que cada conducta es diferente; según lo anterior para lograr una política de resocialización efectiva durante el cumplimiento de la pena se debe tener en cuenta las condiciones explícitas del individuo infractor y su conducta.

Así mismo, Marco Terragni afirma que en el momento de la ejecución de la pena se debe tener en claro la calidad de vida del ser humano que se encuentra preso, no se puede desconocer la cualidad de persona, sus derechos y la guarda de los bienes jurídicos que puedan verse vulnerados. Es así como se debe propender por una convivencia eficaz

dentro de los márgenes del respeto a los derechos de las personas que cumplen penas derivadas de la comisión de una conducta delictiva.

Por su parte, Cesare Beccaria reconoce la misión de la pena como la garantía de la no repetición por parte del individuo y el mensaje que pueda llegar a la comunidad en cuanto las consecuencias que puede traer la comisión del delito, por lo cual debe existir según Beccaria, proporción entre los delitos y las penas para que la pena sea efectiva y el reo la merezca. Considera necesario que exista rapidez entre la conducta delictiva y la imposición de la pena, para que la ejecución de la pena sea más útil y efectiva.

Sintetizando lo anterior, se entiende la concepción actual de la pena como la búsqueda de lograr que el individuo infractor pueda volver a la sociedad y ser útil en ella, sin embargo en ningún momento por el hecho de haber infringido la ley penal se puede desconocer al delincuente como ser humano, si bien se le limitan el ejercicio de algunos derechos como la libertad de locomoción y los derechos políticos, no puede en ningún momento el Estado por medio de la política carcelaria y penitenciaria desconocer la condición de las personas que se encuentran en cumplimiento de la pena. Colombia ha tenido claro las necesidades de las personas reclusas como las de los demás ciudadanos en el sentido en que se implementan las visitas, entre ellas la visita conyugal, que, aunque ha estado sujeta a cambios y limitaciones en cuanto las reclusas, es un gran reconocimiento a la libertad y libre desarrollo de la personalidad, pues el hecho de estar recluso privado de la libertad no restringe la libertad sexual y reproductiva de las sindicadas y condenadas.

Tal como lo considera la feminista Yvonne Knibiehler cuya postura se encamina a recalcar que la verdadera lucha de las mujeres debe ser la lucha por la maternidad, entendiendo la posibilidad de dar vida como una cualidad especial propia de las mujeres que no viola la igualdad entre hombres y mujeres, lo que dará mayor consideración a la elección de ser o no madre, sin que tal decisión afecte la vida social o laboral de la mujer, pues la maternidad no debe estar contrariada por la carrera profesional, tampoco

se deben entender como incompatibles al contrario, deben trabajar armónicamente para que la vida de la mujer que ha decidido ser madre pueda ser provechosa y feliz.

Carol Smart afirma que la maternidad se ha construido como un fenómeno natural propio de la condición humana y como natural se considera irrenunciable a la condición de ser mujer, por lo tanto está ligado fielmente a la condición humana y se concibe como un hecho que puede o no darse, por lo que a lo largo de la historia la maternidad se ha tomado no como decisión sino como obligación de la mujer, tanto así que se crea una relación entre la sexualidad y la reproducción que en muchas sociedades sigue predominando, desconociendo la libertad y autodeterminación de la mujer para elegir ser madre o no.

Dinora Pines manifiesta, que el embarazo despierta en la madre un sin número de emociones que pudieron estar insatisfechas a lo largo de su vida. Diferencia por otra parte el deseo de ser madre con el de quedar embarazada, pues muchas veces es por miedo a quedar solas. Dinora fue mundialmente conocida por su énfasis en la capacidad del hombre para sobreponerse al sufrimiento, cuando trato el tema de las mujeres enfatizó en el cuerpo durante el embarazo y como la maternidad transforma no el cuerpo de la madre, sino además la concepción psíquica del mundo y en algún modo tratando de sacar aspectos que se le han reprimido cuando era niña.

En consideración de la concepción que cada autor tiene de maternidad se evidencia que la maternidad es condición natural de la mujer, a la cual se le ha tenido carácter de obligatoriedad en muchos momentos de la historia universal; en la emancipación de la mujer es cuando se empieza a evidenciar la elección que se puede tener sobre ser madre. Aunque el Derecho a la maternidad no se encuentra positivizado, es inherente a la condición de la mujer y está conexo a derechos como la vida, el libre desarrollo de la libertad, entre otros, es así como no se le puede negar a la mujer la posibilidad de ser madre atendiendo a esto la tecnología ha buscado soluciones para las mujeres que cuentan con dificultades para quedar en embarazo. También la tecnología ha servido

para el mejoramiento y creación de cada vez mejores métodos anticonceptivos que eviten los embarazos no deseados, dándole a la mujer la libertad sobre su cuerpo y autonomía sobre su proyecto de vida.

Para el ordenamiento jurídico colombiano tal como lo establece la Constitución Política de 1991 la mujer tiene derecho a una protección especial durante el embarazo, protección que se está viendo vulnerada durante el cumplimiento de condenas en centros carcelarios y prisiones, debido a que el derecho a la maternidad no cuenta con suficientes garantías ni condiciones para que la detenida en estado de embarazo pueda tener un desarrollo normal del embarazo. Las condiciones salubres de los centros carcelarios en Colombia no son aptas para que una mujer en avanzado estado de gestación pueda tener una etapa de gestación satisfactoria, se debe tener en cuenta que en dichas prisiones las mujeres comparten muchos espacios y que además una mujer en estado de embarazo es más propensa a el contagio de enfermedades.

La problemática de una futura madre en la cárcel se agudiza en cuanto al servicio médico carcelario, muchas de las prisiones y cárceles no cuentan con un médico especializado las veinticuatro (24) horas del día ni el mínimo de condiciones para atender las emergencias de las reclusas embarazadas.

Así las cosas y tomando como precepto fundamental la Constitución Política colombiana y su carácter de norma superior. La política carcelaria y penitenciaria en cuanto al trato de la mujer embarazada es insuficiente, pues a pesar de estar reclusa en cumplimiento de pena impuesta por un acto delictivo cometido, la vida digna de la madre y del que está por nacer deben ser de especial cuidado para el Estado, lo que hasta ahora se ha desconocido; pues en Colombia no se cuenta con política especial para el trato de mujeres gestantes en cumplimiento de una pena privativa de la libertad.

Existen varias contraposiciones en relación a los argumentos ya que según Townhead es el estado quien tiene que darle atención y priorizar al niño que está por nacer, otorgar

la característica de interés superior, velar para que sus condiciones de vida sean propicias para el desarrollo armonioso de su personalidad, mientras que Claudina Pereson postula otro enfoque y es el de brindar un aporte sociológico, con el objetivo de conseguir un acercamiento más profundo de las problemáticas.

No se ha contemplado entonces, según los autores consultados la posibilidad de implementar una licencia de maternidad como ocurre en la vida fuera de prisión, donde en un tiempo establecido la reclusa pueda cumplir su pena fuera de la prisión, durante los últimos meses de gestación y lactancia. Para poder atender su embarazo con la diligencia que esté requiere. Pues el único método es solicitando la prisión domiciliaria que en todo caso no es aplicable a todos los delitos, e igualmente por la congestión judicial las audiencias no son programadas rápidamente. Reforma que debe ser planteada desde políticas carcelarias que aborden algunos factores como el hacinamiento carcelario y la falta de personal médico.

Así es, como surge un interrogante cuya solución es materializar la protección constitucional que hasta hoy se ha negado a las madres gestantes que se encuentran reclusas intramuros, ¿Cómo garantizar el efectivo cumplimiento de la protección especial que otorga la constitución a las mujeres en estado de embarazo que se encuentran en centros carcelarios y penitenciarios de Bogotá?

La pregunta de investigación propuesta por el equipo de trabajo, es relevante en razón que las mujeres son beneficiarias de una protección especial constitucional que el estado tiene la obligación de brindarles; evidentemente no se le ofrece a la mujer nada esto, así pues, nos enfrentamos a un problema de ineficacia de la norma, por tal razón es importante darle solución a nuestra pregunta científica.

Es así como el Estado colombiano está en la obligación de garantizar dignidad humana de la mujer durante su condena y así instaurar políticas públicas carcelarias que garanticen un ambiente adecuado para la mujer gestante que tiene una sentencia

condenatoria con pena principal de privación de la libertad intramural y cuya sentencia se encuentre en ejecución.

La conclusión general es que el sistema penitenciario reproduce los esquemas de conductas en busca de la mujer y madre ideal a las que han estado expuestas en su vida. Prolongando así “las cadenas de género”, en lugar de proporcionarles herramientas que les permita egresar de prisión con mayores posibilidades de enfrentar su vida cotidiana por lo tanto mediante la implementación del el método de análisis jurídico denominado como “Normativo-analítico” establecido por Robert Alexy; se enfatizará en la interpretación de la norma, sin desconocer los valores intrínsecos de las mismas que llevarían a concluir, que es posible superar la crisis carcelaria en relación con las madres gestantes, en todo caso, diseñando un procedimiento judicial enfatizado teniendo en cuenta el método de análisis jurídico denominado “Normativo-analítico” para proporcionar criterios en la normatividad, se podrá garantizar la protección y atención especial que constitucionalmente se les otorga a las mujeres en estado de embarazo.

La pregunta adquiere relevancia en razón que las mujeres son beneficiarias de una protección especial que el estado tiene la obligación de brindarles, evidentemente no se le ofrece a la mujer nada de esto, así pues, nos enfrentamos a un problema de ineficacia de la norma, por tal razón es importante darle solución a nuestra pregunta científica de ¿Cómo garantizar el efectivo cumplimiento de la protección especial?

Es así como el Estado colombiano está en la obligación de garantizar el desarrollo de la mujer gestante durante su condena y así instaurar procesos judiciales que garanticen un ambiente adecuado otorgándoles un trato preferencial con condiciones médicas, nutricionales y de salubres adecuadas para el efectivo desarrollo de su embarazo.

Como se analizó en capítulos la Convención Internacional sobre los derechos del niño ratificado por Colombia contempla en el artículo 9° “Los Estados Partes velarán porque

el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos”<sup>17</sup> sin embargo, en la práctica que los bebés después de su corta etapa de lactancia, son separados de las madres reclusas para ser puestos a disposición de sus familiares o instituciones como el ICBF según establezca la ley. Y mediante la ley 51 de 1981 aborda lo relacionado sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en su artículo 4° “La adopción por el Estado de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente ley, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria”<sup>18</sup> ahora bien, el estado tiene la obligación de proteger la condición especial de mujeres en estado de embarazo y así esta se encuentre en un centro carcelario y penitenciario, lo cual carece de efectividad en la realidad.

El Decreto 2790 de 1990, en su artículo 60 establece que durante “los procesos por delitos de competencia de la Jurisdicción de Orden Público, no habrá lugar a la sustitución de la detención preventiva ni de la ejecución de la pena, pero procederá la detención hospitalaria que se concederá por el Juez previo concepto del Fiscal cuando el procesado o condenado sufiere grave enfermedad, o a la imputada le faltaren cuatro semanas o menos para el parto, o si no han transcurrido dos meses desde la fecha en que dio a luz.”<sup>19</sup> Y las mujeres que previamente gozan de derechos y garantías que protegen su condición, y quieren acceder a estos beneficios, no pueden acceder a estos sino mediante de tutelas que muchas veces no se resuelven de manera favorable.

En la sentencia T 437 de 1993 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, señala que respecto a la protección del embarazo “La mujer que se encuentra en los últimos meses del embarazo o primeros de lactancia, tiene el derecho constitucional y legal de recibir trato especial de las autoridades.”<sup>20</sup> En consecuencia, la efectividad en el cumplimiento de los derechos que posee la mujer en estado de embarazo se ven afectados por las

---

<sup>17</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención internacional de los derechos del niño, 1989

<sup>18</sup> COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 51 de 1981

<sup>19</sup> COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto 2790 de 1990.

<sup>20</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. M.P. GAVIRIA DÍAZ. Carlos, sentencia T-437 de 1993

autoridades, a pesar que las mujeres tienen derecho a recibir trato especial, ellas siempre tienen que acceder a otros derechos fundamentales como lo es la acción de tutela.

A pesar que las mujeres tienen derecho a recibir trato especial de las autoridades, ellas siempre tienen que acceder a otros derechos fundamentales como lo es la acción de tutela, además la constitución señala en varios artículos la protección que poseen estas madres, verbigracia de lo anterior son los artículos 5, 13 y 44 de la constitución, se ven afectados por cuanto no se están amparando debidamente a las mujeres, y mucho menos a la familia en estos centros de reclusión donde están cumpliendo su pena, es evidente la desatención de la ley de las autoridades competentes, respecto a la condición especial de maternidad en estos lugares, también podemos percibir que la norma es ineficaz porque no es aplicada, es decir, no se le garantiza a la mujer los derechos especiales de los cuales goza por tal motivo aquellas mujeres en estado de embarazo se ven afectadas al no reconocerle estos derechos.

“Es en la Constitución donde los principios y derechos fundamentales encuentran el espacio idóneo para alcanzar su eficacia y plenitud como factores rectores, teniendo como condición que efectivamente sean fundamentales y no posiciones axiológicas relativas o momentáneas. La Constitución impregnada y condicionada como detentora de los principios y derechos fundamentales será reflejo de un orden natural.

Ahora bien, las constituciones de procedencia democrática encuentran en la visión material un vehículo propicio para incluir y reconocer el pluralismo político y social de las sociedades actuales. Al integrar un conjunto de valores políticos, sociales y morales, compromete de alguna forma su irreductibilidad, pues sus alcances no se limitan al espacio normativo, haciendo a un lado los antiguos estándares de medición para las constituciones de naturaleza positiva.

Los principios fundamentales generan que los contenidos constitucionales se vuelvan universales, disolviendo cualquier tipo de particularismo o prerrogativa política, social, económica o jurídica”<sup>21</sup>.

De esta manera identificar, respaldando y argumentando la supremacía de la constitución como principio que da solución al problema que requiere privilegiar prácticas profesionales del derecho.

## **1.2. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN COMO PRINCIPIO TEÓRICO CONSTITUCIONAL.**

“La Constitución contiene como una de sus características más distintivas el ser suprema. Esta supremacía radica en dos vertientes esenciales: 1) la formal, y 2) la material”<sup>22</sup>.

“La Constitución es formal al ser una ley que, a diferencia de otras, fundamenta y ordena la validez de todo un sistema jurídico”<sup>23</sup> estableciendo un procedimiento dificultoso para su reforma, así como los criterios para la creación de otras normas. Y en otro sentido es material, ya que “en la Constitución se concentran los valores y principios fundamentales que rigen a una organización político-social, los cuales solventan las necesidades vitales de justicia de sus integrantes”<sup>24</sup>.

Estos valores y principios dan sustento y razón de ser al sistema constitucional, pues expresan no solo los anhelos sociales más arraigados o trascendentales para una comunidad política determinada, sino también aquellos que son universales e inherentes a la persona.

---

<sup>21</sup> COLOMBIA. Constitución Política. Legis, Bogotá. 1991.

<sup>22</sup>Cfr. DE LA CUEVA, Mario. Teoría de la Constitución, México, Porrúa, 2008, p. 96

<sup>23</sup>Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. Apuntes de teoría del Derecho, 2 ed., Madrid, Trotta, 2007, pp. 76- 77.

<sup>24</sup>Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil, 4 ed., Madrid, Trotta, 2002, p. 114- 116.

Es notorio cómo en los primeros Estados donde se instauraron constituciones como normas rectoras, “los poderes públicos se encauzaron a ejercitar los contenidos básicos de la Constitución, por ser mandatos expresos de la voluntad popular y, por ende, mandatos ineludibles en su cumplimiento”<sup>25</sup>.

“En este sentido, las constituciones vinieron a sustituir la soberanía plenipotenciaria del monarca que actuaba ilimitadamente, sometiéndose solo a su voluntad. Con la vigencia de la Constitución como ley suprema, los actos de todo poder político dentro del Estado tuvieron que sujetarse a los contenidos y límites previstos por ella, teniendo como fin último, garantizar la libertad de los individuos”<sup>26</sup>.

“El proceso de constitucionalización fue dándose paulatinamente, esto es, que, en algunos sistemas jurídicos, de manera simultánea a la vigencia de la Constitución, coexistieron ordenamientos que no emanaba directamente de esta, es decir, no habían surgido conforme al procedimiento y órgano legislativo establecido para su creación. Estas normas jurídicas paralelas a la Constitución procedían, por lo general, de una tradición o sistema jurídico distinto el constitucionalismo moderno toma impulso en las luchas contra el absolutismo: al poder arbitrario y concentrado de los monarcas absolutos les opone la inviolabilidad de los derechos naturales del individuo. La no arbitrariedad y el no absolutismo son las características mínimas, definidas en negativo, de la noción de Estado constitucional de derecho [...] En primer lugar, el poder político debe ejercerse *per leges*, o sea, mediante normas generales y abstractas y no mediante mandatos extemporáneos y arbitrarios. En segundo lugar, debe mantenerse *sub lege*, o sea en los límites formales, de la ley constitucional, que regula sus leyes y competencias. En tercer lugar, debe actuar *sub iuribus*, o sea, debe desarrollar sus funciones y ejercer

---

<sup>25</sup> UNICEF, Defensoría general de Nación Argentina. Mujeres privadas de libertad limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijas/os menores de edad. Disponible [en línea] <http://www.unicef.org/argentina/spanish/mujeres-presas.pdf> (Consultado el 15 de octubre)

<sup>26</sup> DEL ROSARIO. M, “LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: NATURALEZA Y ALCANCES” Universidad Panamericana .México, 2011.

sus competencias respetando y garantizando los derechos fundamentales del individuo, en primer lugar los derechos de libertad”<sup>27</sup>.

La supremacía de la Constitución en su sentido formal no representa en sí los alcances de este principio, pues su cualidad como norma fundamental sólo refleja su aspecto positivo y estructural, pero no aquellos en los que son necesarios imprimir cuestiones de carácter sustancial.

Si bien la consolidación de la Constitución como factor supremo se dio en la medida en que todo el sistema jurídico emergió y se adecuó a ella, también es cierto que gran parte de este proceso culminó con la legitimación de la carta como asimiladora de valores y principios fundamentales de la sociedad; con un reflejo de las aspiraciones básicas de la sociedad, aunque su supremacía no solo radica en esta condición, sino en la fuerza que posee como norma jurídica de carácter superior.

“En los siglos XIX y XX, los sistemas jurídicos se fueron constitucionalizando en un mayor grado, edificando todo su actuar y esencia en y hacia la norma suprema. No solo en el orden de prelación como norma primaria, sino como fuente difuminadora de valores y principios de todo el sistema. Esta visión de supremacía de la Constitución es la que ha permeado en los últimos años, acentuándose durante el siglo XX, donde los derechos humanos fueron exaltados como elementos universales de eficacia y valor pleno en todo sistema jurídico”<sup>28</sup>.

Hoy más que nunca se concibe a la Constitución como contenedora de valores y principios, es decir, en un aspecto material más que formal. Esto se debe a varios factores, uno de ellos, como se señaló, es el desarrollo que han tenido los derechos fundamentales en cuanto a su reconocimiento y protección, y otro, es la eminente crisis del positivismo jurídico como corriente jurídica predominante.

---

<sup>27</sup>Cfr. BLANCO. Roberto, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2006, pp. 249- 256.

<sup>28</sup>Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ. Humberto, “La soberanía, las constituciones y los tratados”, en CARBONELL. Miguel, *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002, pp. 280- 282.

La visión de la supremacía de la Constitución como ente material ha permitido la protección progresiva de principios y derechos fundamentales, aun cuando no estuviesen reconocidos explícitamente por la Ley fundamental, que han beneficiado a la sociedad en su gran mayoría. Pero dicha supremacía no puede detentarse únicamente en su materialidad, sino también en su aspecto formal, pues existen conflictos normativos que solo pueden resolverse estableciendo un orden de competencias estricto.

Como se advierte, la naturaleza de la supremacía de la Constitución no puede determinarse sólo en un sentido formal o material sino, por el contrario, su naturaleza se explica a partir de los dos.

La Constitución es suprema por los valores y principios fundamentales que alberga, por esta razón es que debe contener una fuerza normativa lo suficientemente eficaz que permita el funcionamiento estructural del sistema jurídico y, de esta manera, no existan elementos que se antepongan a ella.

La significación que le dan al procedimiento judicial enfatizado a estas mujeres en maternidad en la prisión es un factor que se aborda de estupenda manera, mostrando que la interpretación puede virar en diversos sentidos en función de las actrices que lo refieran tal como lo sostiene Juliana Rincón Parra, a lo cual adiciona que “las internas ven a los menores como un signo de esperanza, de alegría y satisfacción; como incentivos para salir adelante ante circunstancias de creciente dificultad. Mientras que las autoridades los consideran “amortiguadores” de violencia y hostilidad en las interacciones cotidianas entre internas, así como entre las relaciones con la autoridad. Incluso se explora la utilización racional del embarazo y la maternidad como estrategia de obtención de beneficios que hacen de la vida en prisión una estancia más cómoda para las internas. Pero las indagaciones no se quedan en el nivel inmediato como supondríamos, los análisis rebasan las expectativas a causa de los propios resultados arrojados por la investigación”. Diferentes países tienen desiguales regulaciones con respecto a los niños en las prisiones.

Para Juliana Rincón afirma que un procedimiento judicial enfatizado “beneficiará no sólo a la madre, quien estando en prisión no podría recibir atención en salud adecuada durante su embarazo, sino también el niño, quien sería criado ya sea en un lugar inseguro, privado de libertad con controles de salud y alimentación deficientes, o bien lejos de la madre provocando con ello otros problemas serios. Sin embargo, el mensaje es para los magistrados, para que siguiendo el espíritu de la ley, concedan este permiso a aquellas mujeres que no estén involucradas en crímenes violentos, para asegurar así que el resto de la población civil no vea el embarazo como la tarjeta para salir libre de prisión”.<sup>29</sup>

En este sentido se mantiene implícita una serie de categorías en el procedimiento judicial como “la cercanía en las relaciones con los menores, con sus familias que se harán cargo del o la niña, con aquellas instituciones públicas a las cuales quedan a disposición si las internas no tienen familiares, los gastos que implica sostener a los menores fuera de su alcance. Además de las sensaciones que esta separación obligada provoca en sus distintas etapas. Desde la separación, la angustia por encontrar quién se responsabilizará, las noticias de su conducta, los maltratos que pudieran ocurrir y más”<sup>30</sup>.

### **1.3. DERECHO COMPARADO FRENTE A LAS MADRES PRIVADAS DE LA LIBERTAD.**

#### **1.3.1 ARGENTINA**

---

<sup>29</sup>Ídem.

<sup>30</sup>BOVERO. Michelangelo, Prefacio, en SALAZAR, Pedro. La democracia constitucional. Una radiografía teórica, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 21-22.

UNIDAD DE ANALISIS	CATEGORIAS	ARGENTINA	COLOMBIA
Ordenamiento jurídico mujeres embarazadas dentro de centros carcelarios.	Alternativas para el cumplimiento de la pena	Código de Procedimiento Penal Suspensión Art. 495. - La ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida por el tribunal de juicio solamente en los siguientes casos:  1º) Cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis (6) meses al momento de la sentencia.	Es posible que se le otorgue a la madre la suspensión de su condena hasta por seis meses. Sin embargo las audiencias para otorgar este beneficio son aplazadas con frecuencia e incluso el INPEC pone trabas para el traslado de las internas.
		Ley 24.660 Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad ART. 195 Las reclusas podrán retener consigo a sus hijos menores de cuatro años.	Código Penitenciario y Carcelario Art. 153 Las reclusas podrán retener consigo a sus hijos menores de tres años.
		Código de Procedimiento Penal Art. 10 Podrán a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria;  a. la mujer embarazada	Código de Procedimiento Penal Artículo 314. <i>Sustitución de la detención preventiva.</i> La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de residencia en los siguientes eventos:  3. Cuando a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los (6) meses siguientes a la fecha del nacimiento.
	Políticas implementadas dentro de las cárceles	Ley 24.660 Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad Art. 192. Dependencias especiales para las mujeres embarazadas y las que han dado a luz.	Pabellón especial para mujeres gestantes y lactantes, aunque en el mismo se encuentran mujeres que no cumplen estas condiciones. Incluso algunas mujeres embarazadas no se encuentran en el pabellón especial
		Ley 24.660 Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad Art. 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 periodo, su tratamiento no interferirá con el cuidado que deba dispensar a su hijo(1) Ley 24.660 Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad Art. 113 Los internos deberán tener acceso pleno a la educación en todos sus niveles y modalidades de conformidad con las leyes 26.206 de Educación Nacional, 26.058 de Educación Técnico-Profesional, 26.150 de Educación Sexual, reproductiva y familiar Integral	No estarán obligadas a trabajar las mujeres durante los tres meses anteriores al parto y en el mes siguiente al mismo  Plan Eggen: es un convenio entre el INPEC, la Fundación Padre Damian y el Bienestar Familiar. En el cual se le da a la reclusa orientación sobre su embarazo, parto y maternidad.
	Beneficios especiales a la mujer gestante y madre dentro de la cárcel.	Ley 24.660 Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad Art. 195. Se organizará un jardín maternal a cargo de personal calificado.	Código Penitenciario y Carcelario ART. 153.(...) El servicio social penitenciario y carcelario prestará atención especial a los menores que se encuentran en los centros de reclusión. Las reclusiones de mujeres tendrán guardería
		Ley 24.660 Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad ARTICULO 136. (...) La mujer privada de su libertad será especialmente asistida durante el embarazo, el parto, y se le proveerán los medios materiales para la crianza adecuada de su hijo mientras éste permanezca en el medio carcelario, facilitándose la continuidad y la finalización de los estudios, tal como lo establece el artículo 58 de la Ley de Educación Nacional.	Las instalaciones cuentan con un centro médico que se compone de un solo médico general, no cuentan con médico ginecólogo de planta. Además promedio una reclusa podrá asistir a consulta cada dos meses.
		Ley 24.660 Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad ART. 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	No existe ninguna contemplación sobre las correcciones disciplinarias que pueden ser aplicadas a mujeres en embarazo.

### 1.3.2 PARAGUAY

Unidad de Análisis	Categorías	PARAGUAY	COLOMBIA
Ordenamiento jurídico mujeres embarazadas dentro de centros carcelarios.	Condiciones del cumplimiento de la pena	- necesidad de separación de las cárceles por sexo	- El art 314 del código de procedimiento penal sustitución de la detención privativa en los centros carcelarios por su lugar de residencia que se aplica en algunos casos de madres en estado de embarazo.
		- obligatoriedad de que las mujeres detenidas estén a cargo de personal femenino	- El artículo 83 código carcelario y penitenciario. Las mujeres durante los tres primeros meses anteriores al parto y en el mes siguiente no estarán obligadas a trabajar.
		- las visitas siempre y cuando sean de personas del "sexo opuesto"	- Es posible la suspensión de la pena después los seis meses de embarazo
	Políticas implementadas dentro de las cárceles	- La cárcel el buen pastor (Paraguay) tiene convenios con organismos no gubernamentales que brindan bienestar a reclusas he hijos	- Plan Fami programa en el que las internas ingresan para otorgarles beneficios de jardín, alimentación y educación a sus hijos hasta los 3 años
		- Se les otorga buena alimentación y trato digno tanto a madres en proceso de gestación como a las que ya están viviendo junto a sus hijos	- A las mujeres en estado de embarazo y a las que ya tienen sus hijos se les otorga una celda individual
		- Es obligatorio brindar una atención medica óptima para que el proceso de gestación llegue a feliz termino	- Entes no gubernamentales como la fundación padre Damian son las encargadas de velar por la protección y bienestar de los hijos de las reclusas ya que esa función no es propiamente del instituto nacional penitenciario y carcelario.
Así	Beneficios otorgados por la ley.	- una pena privativa de la libertad puede ser postergado cuando ésta deba ser aplicada a una mujer embarazada	- La ley otorga la posibilidad a las reclusas de suspender su periodo de detención mientras están en su periodo de gestación y los seis meses siguientes del parto
		- La alimentación del interno estará a cargo de la Administración, sin perjuicio de que se le autorice a recibir alimentación suplementaria de acuerdo a lo que establezcan los Reglamentos	- La constitución política de Colombia le da protección especial a las mujeres embarazadas
		- los hijos de las detenidas pueden vivir con ellas hasta los dos años	- los hijos de las detenidas pueden vivir con ellas hasta los tres años

### 1.3.3 URUGUAY

Unidad de Análisis	Categorías	URUGUAY	COLOMBIA
Ordenamiento jurídico mujeres embarazadas dentro de centros carcelarios.	Posibles Condiciones del cumplimiento de la pena	- Artículo 326 del código procesal penal de Uruguay el cual permite al aplazamiento excepcional de la pena privativa de la libertad o medida de seguridad cuando quien deba cumplirlas sea una mujer embarazada o tenga un hijo hasta dos años de edad.	- Art 314 del código del procedimiento penal sustitución de la detención privativa en los centros carcelarios por su lugar de residencia que aplica en los casos determinado Para madre en estado de embarazo.
		- Artículo 8 de la ley 17.897 sobre la libertad provisional y anticipada en la cual faculta al juez a disponer la prisión domiciliaria para mujeres en tres últimos meses de gravidez y en los tres primeros meses de lactancia.	- Art 83 condigo carcelario y penitenciario. Las mujeres <del>deben</del> es los tres meses anteriores al parto y en el mes siguiente al mismo no estarán obligadas a trabajar.
		- Decreto ley 14.470, conocido como ley penitenciaria. Que alude al tratamiento de reclusas embarazadas	- La posible suspensión de la pena después de los seis meses de embarazo, o embarazo desarrollado.
	Políticas implementadas dentro de los centros carcelarios	- Se prohíben medidas de corrección que a juicio médico puedan afectar la salud de la mujer embarazada o en periodo de lactancia.	- Plan Fami programa en el cual las internas se inscriben para otorgarles los beneficios de jardín, alimentación, y educación de sus hijos hasta los tres años.
		- Proveer obligatoriamente a las mujeres elementos de higiene femeninos . Programas de orientación	- Las internas que tienen hijos dentro de los centros carcelarios y penitenciarios podrán tener celdas independientes.
Beneficios otorgados por su condición de embarazo.		sexual y métodos de planificación a las internas.	
		- Brindarle atención médica especializada que respete sus diferencias físicas y biológicas y que puedan atender sus enfermedades en materia sexual y productiva	
		- Las madres quedan y mujeres embarazadas quedan eximidas de trabajar durante los 45 días anteriores y posteriores al parto.	- La dirección del instituto nacional penitenciario y carcelario permitirá la permanencia en los establecimientos de reclusión a los hijos de la internas, hasta la edad de tres años.
		- Las reclusas con hijos menores a 4 años podrá tenerlos consigo en el establecimiento - en casos especiales, bajo previo dictamen médico de técnicos, psicólogos o psiquiatras del consejo del niño o instituto de criminología, y con informe Fundado de la autoridad carcelaria Dra extenderse la edad hasta los 8 años.	- El servicio social penitenciario y carcelario prestará atención especial a los menores que se encuentran en los centro de reclusión. Las reclusiones de mujeres tendrán guardería

#### 1.4. VALIDACIÓN CUALITATIVA BASADA EN ARGUMENTOS DE EXPERTOS PARA LA SOLUCIÓN LEGAL DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.

Con el término de investigación cualitativa se identifica la investigación que produce hallazgos por el estudio de la realidad en su contexto natural. Para la postura epistemológica con que se estudia la realidad jurídica o socio- jurídica. Buscando la forma característica de investigar determinada por la intención sustantiva es decir dar una solución a la pregunta de investigación.

Según Sor Leonor Mejía Pulgarín en su publicación “Las barreras de acceso al derecho fundamental a la salud de la mujer embarazada reclusa en Colombia”<sup>31</sup>, nos dice que *“Colombia es un estado social de derecho y se ha adherido a pactos y convenios internacionales que propugnan por la protección de los derechos humanos. En aplicación de estos ha establecido la salud como un derecho fundamental. Así mismo, los derechos que tiene la mujer son una prioridad para la organización de estados americanos. Por tanto, la mujer reclusa y embarazada hace parte de un grupo poblacional con mayor grado de vulnerabilidad, que se encuentra en un estado de indefensión y sujeción al estado, desde que ingresa a un instituto penitenciario o carcelario. En consecuencia, por orden constitucional, el estado debe velar por su salud, integridad física y psíquica, mientras permanezca allí”*.

Con base a lo anterior el autor plantea que

*“el sofisma dilatorio de unificar los servicios de salud del plan de beneficios con el plan de salud del régimen subsidiado, no son suficientes, que lo que debe hacerse es eliminar definitivamente la*

---

<sup>31</sup> MEJIA PULGARIN. Sor Leonor. Las barreras del acceso al derecho fundamental de la salud de la mujer embarazada reclusa en Colombia. Analecta política ISSN 2027-7458 [en línea]

*diferenciación, porque con esta clasificación, estamos en presencia de un trato discriminatorio para acceder a los servicios de salud, en el entendido de que esta discriminación es entre dos mujeres embarazadas, una en libertad y la otra reclusa. Por tanto, los servicios de salud deben ser brindados en igual oportunidad, calidad y continuidad, que se prestaban antes de que la mujer ingresara a un instituto penitenciario, de hecho, el estado tiene la obligación de aumentar los servicios paulatinamente para evitar que se dé la regresividad del derecho fundamental a la salud”.*

Por otra parte encontramos a Nari Andrea y Fabre con su catálogo “Voces de mujeres encarceladas”<sup>32</sup>. Establece que: *“La prisión domiciliaria es una solución prevista por la ley para aquellos casos en que el encierro carcelario va más allá de la restricción de la libertad, posee la finalidad de humanizar la ejecución de la pena privativa de la libertad y que la reinserción social tenga un efecto práctico; ello en función de la situación del condenado”* La referida norma establece que el juez de ejecución podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en prisión domiciliaria. Es una facultad atribuida al juez, donde la concesión del beneficio deberá ser evaluada conforme las probanzas de cada caso en particular. –

“Dicha facultad debe conciliarse con los fundamentos que tuvo en miras la reforma legislativa, eso es, asegurar el bienestar del niño a cargo de la condenada y no una recompensa o beneficio para su madre, sino el respeto por el principio de personalidad de la pena y los derechos del niño (garantizados por los arts. 3, 16 y consiguientes de la Convención de los Derechos del Niño incorporada a la Constitución Nacional a través del Artículo. 75, Inciso 22) Asimismo, la reinserción social no se verifica mediante la realización de un tratamiento penitenciario, sino en la medida

---

<sup>32</sup>NARI Y FABRE. Voces de mujeres encarceladas. España. agosto de 2000. ISBN: 9508950854.

en que la madre cumpla con su rol, lo que debe ser vigilado por el Estado, de manera que se compruebe que ello efectivamente ocurra.”

Seguidamente, Ana delia en su escrito “el estado social de derecho en la protección del derecho a la vida y la salud de la mujer embarazada”<sup>33</sup> resalta con vital importancia que en:

*“El desarrollo del Estado Social de Derecho, la Constitución ha considerado que la mujer en estado de embarazo, conforma una categoría social que, por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado. En consecuencia, se consagran, entre otros, el derecho de la mujer a tener el número de hijos que considere adecuado (C.P. art. 16 y 42); a no ser discriminada por razón de su estado de embarazo (C.P. art. 13, 43 y 53), a recibir algunos derechos o prestaciones especiales mientras se encuentre en estado de gravidez (C.P. art. 43 y 53); y, al amparo de su mínimo vital durante el embarazo y después del parto (C.P. art. 1, 11, 43). Adicionalmente, la especial protección constitucional a la mujer en embarazo se produce con el fin de proteger integralmente a la familia”.*

Claudina Pereson, docente de la Universidad de litoral en su tesis doctoral llamada, “La maternidad en el encierro: una aproximación a las femineidades desviadas”<sup>34</sup>, dice que:

*“consideramos de gran relevancia brindar un aporte sociológico, con el objetivo de conseguir un acercamiento más profundo de las problemáticas que, en la dimensión práctica, deben afrontar las madres privadas de su libertad; con el propósito de brindar un aporte del cual, potencialmente, pueda nutrirse el campo del derecho, más aún teniendo*

---

<sup>33</sup> GONZALEZ MONROY. Ana Delia. El estado social de derecho en la protección del derecho a la vida y la salud de la mujer embarazada. Bogotá D.C. Editorial Universidad Javeriana 2007.

<sup>34</sup> PERSON. Claudina. La maternidad en el encierro: una aproximación a las femineidades desviadas. Instituto de Investigaciones Gino Germani. Universidad de Buenos Aires. 2011

*en cuenta que a partir de la modificación de la ley de Ejecución Penal 24.660 (la cual amplía las causales de prisión domiciliaria), los jueces se encuentran facultados a otorgar prisión domiciliaria a mujeres embarazadas o con hijos menores de 5 años”.*

Laurel Townhead en su estudio “Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas”<sup>35</sup> realizado con apoyo de organismos importantes como la ONU y la Unicef: *“propone y recomienda que el Estado Parte examine la práctica vigente de que los niños vivan con sus padres en la cárcel, con miras a que esas estadías se limiten a los casos en que se atienda al interés superior del niño, y que vele por que las condiciones de vida sean propicias al desarrollo armonioso de su personalidad. En lo que respecta a los niños que residen en la prisión junto con sus madres, de igual forma recomienda que el Estado Parte garantice unas condiciones de vida en la prisión que sean adecuadas para el pronto desarrollo del niño, de conformidad con el artículo 27 de la Convención. El Comité alienta al Estado Parte a que pida asistencia a este respecto, entre otros al UNICEF y a otros órganos de las Naciones Unidas”.*

Los autores mencionados anteriormente concuerdan primeramente en que existe una situación problemática a solucionar. Además de ello los autores mencionan que el problema no es simplemente de la madre en condición de embarazo, sino que también afecta al nasciturus, y a la familia de la madre.

Todos concuerdan en que es responsabilidad del estado proteger y velar por el bienestar de la mujer en estado de embarazo ya que se cuenta con este beneficio por orden constitucional. Ellos no desconocen que las mujeres que están reclusas en estos lugares

---

<sup>35</sup> TOWNHEAD, Laurel. Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas. Quaker United Nations Office, Ginebra. Abril de 2006

pasan por unas situaciones inhumanas y degradantes que afectan directamente su dignidad.

Es responsabilidad del estado crear políticas que garanticen que las mujeres privadas de la libertad puedan ejercer su derecho de ser madres sin restricción alguna más allá de la privación de la libertad, proponiendo medidas que contribuyan a mejorar la calidad de vida de las mujeres gestantes presas, ya que es el mismo Estado colombiano en su norma superior que consagra la protección especial a la mujer embarazada, además de la vinculación por el bloque de constitucionalidad con igual jerarquía de la norma constitucional.

Existen varias contraposiciones en relación a los argumentos ya que según Townhead es el estado quien tiene que darle atención y priorizar al niño que está por nacer, darte la característica de interés superior, velar para que sus condiciones de vida sean propicias para el desarrollo armonioso de su personalidad, mientras que Claudina Pereson postula otro enfoque y es el de brindar un aporte sociológico, con el objetivo de conseguir un acercamiento más profundo de las problemáticas.

Sor Leonor sostiene que para proteger a la mujer tenemos que remitirnos a los convenios y pactos internacionales ratificados por Colombia como la organización de estados americanos y demás donde se plasma la salud como derecho fundamental y se prioriza a la mujer como núcleo de la familia. Mientras que Ana Delia en “el estado social de derecho en la protección del derecho a la vida y la salud de la mujer embarazada” resalta que en primera medida habría que recurrir a la constitución política de Colombia, ya que se habla del tema en muchos de los artículos, por ejemplo (C.P. art. 16 y 42); *“a no ser discriminada por razón de su estado de embarazo (C.P. art. 43 y 53); y, al amparo de su mínimo vital durante el embarazo y después del parto (C.P. art. 1, 11, 43). Adicionalmente, la especial protección constitucional a la mujer en embarazo se produce con el fin de proteger integralmente a la familia”*.

Si bien la privación de la libertad debe igualmente asegurar el desarrollo efectivo y pleno de la persona los autores difieren en cuanto uno considera que mejorar el sistema de salud generaría una igualdad más clara de las madres en libertad y las privadas de la libertad, para el otro la prisión domiciliaria genera que la madre pueda cumplir su rol sin desconocer la sanción impuesta.

Los autores no contemplan la posibilidad de que las mujeres tengan una licencia de maternidad por un tiempo previamente estipulado, para que el niño que esté por nacer tenga unas condiciones óptimas para el desarrollo de la personalidad y porque los niños que nacen dentro de los centros penitenciarios según el estudio realizado por la Procuraduría General de la Nación no se les otorga el derecho a la igualdad, verbigracia de ello es que muchas veces las mujeres no llevan control mensual prenatal, la mayoría de ellas desconoce la fecha de su parto y en el momento de gestación algunas de ellas permanecen esposadas, debería reconsiderar el concepto de la dignidad inherente a toda persona humana. En

“Los derechos humanos de algún modo restituyeron el valor material de la Constitución, fortaleciendo su fuerza normativa y fungiendo como auténticas coordenadas para el desarrollo de los Estados”<sup>36</sup>. Por ello, no es posible separar o concebir a los sistemas constitucionales sin su aspecto sustancial, pero tampoco es viable pensar en principios abstractos inmaterializables, que carezcan de eficacia, precisamente por falta de la fuerza normativa. Esta tendencia generó que los principios fundamentales se insertarán en los textos constitucionales o, en su defecto, si ya tenían algún tipo de normativización, fueran susceptibles de ser concretizados como exigencias constitucionales ineludibles, a través de resoluciones jurisdiccionales, leyes definitivas o políticas públicas”, donde prevalece de manera directa la supremacía de la constitución como principio esencial de obligatorio cumplimiento y garante de derechos como lo son la protección especial a las madres en estado de embarazo como sujetos de

---

<sup>36</sup> DEL ROSARIO. F, “SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: NATURALEZA Y ALCANCES”. Universidad Panamericana. México. 2011. ISSN 0120-8942.

mayor facilidad de vulneración. Y no solo de las madres si no de la vida que está por nacer, la protección fundamental de los niños y su derecho a la vida.

## **CAPÍTULO II**

### **ANÁLISIS PRÁCTICO SOBRE LA SITUACIÓN DE LA MUJER PRIVADA DE LA LIBERTAD**

#### **2.1. CONDICIÓN DE MENORES EN JARDINES DENTRO DE CENTRO CARCELARIO**

En todo el mundo y lo usual cuando hay padres que van a prisión, los niños sufren las consecuencias. La mayor parte continúa viviendo en el mundo exterior, pero algunos nacen en la prisión o son traídos junto con su madre. En ciertos casos extraordinarios, los niños van a la cárcel con su padre. O en defecto la problemática del estudio planteado es que nacen dentro de estos centros carcelarios y penitenciarios.

Partiendo de una actualidad en la cual es permitido el nacimiento y desarrollo de los infantes dentro de las cárceles en Colombia es evidente una vulneración directa de sus derechos como sujetos de especial protección constitucional por su condición de menores. No se ha pensado en el des equilibrio mental que causa a hijos e hijas el permanecer dentro de estas instalaciones en donde no cuentan con espacios para que los pequeños disfruten un tiempo con sus madres sin que se enfrenten a ese lugar sin color y poco agradable a su vista, un lugar absolutamente crudo. Donde existen diferentes factores desviados como el lesbianismo y la conducta violenta que son aprendidas naturalmente. Y si existen, están desprovistos de cualquier posibilidad de convivencia real en el que un hijo o hija pueda disfrutar de una sana y adecuada convivencia con su familia. La vida de los menores en prisión es problemática. Muchas veces no reciben los cuidados adecuados y sus necesidades e intereses no son tenidos en

cuenta. En todo caso, aquellos menores que no han cometido ningún delito no deberían ser sometidos a las mismas limitaciones que los detenidos.

Es importante que estos menores tengan acceso a una alimentación adecuada, así como también a actividades recreativas y a educación. Deberán poder recibir visitas y salir de la prisión periódicamente para que luego puedan adaptarse a la sociedad, con la cual algunos no han tenido ningún tipo de contacto. Además, una vez que la madre es puesta en libertad, ella y su hijo deberán recibir apoyo para prevenir cualquier tipo de recaída en la delincuencia. En general, el privar a menores de su libertad impacta negativamente en sus vidas, sobretodo cuando las condiciones en el establecimiento de detención no son las adecuadas.

La detención tiene efectos perjudiciales en el desarrollo físico, mental y emocional de los menores, por el hecho de que están confinados y aislados de la sociedad. Allí, no cuentan con las herramientas necesarias para desarrollar su personalidad y se encuentran desprovistos de asistencia médica adecuada y de educación. La prisión puede ser la causa de tratos negligentes o de violencia física y psicológica, ya sea a manos de los mismos guardias o tolerada por ellos. Muchos niños sufren de ansiedad, tienen miedo, pensamientos suicidas o se comportan de manera destructiva. Otros enferman por las deficiencias en las condiciones de higiene, alimentación y de vida en general, y otros recurren a las drogas. Es frecuente que no se cuente con asistencia médica y psicológica, o que la asistencia que existe no sea la adecuada.

Los menores detenidos también son víctimas de discriminación social y, a menudo, pierden sus derechos cívicos, políticos, económicos, sociales o culturales. Se encuentran aislados de la sociedad. Una vez que se les libera, muchos tienen dificultades a la hora de encontrar un lugar en la comunidad y de relacionarse con figuras de autoridad, sobre todo si han estado detenidos por mucho tiempo. En lo educativo y profesional se encuentran, por lo demás, atrasados. Les cuesta retomar sus relaciones con sus parientes y amigos porque el tiempo pasado en prisión es una fuente de vergüenza, tanto para

ellos mismos como para sus familias. Como no encuentran su lugar en la sociedad, les es más fácil entrar, una vez más, en la delincuencia.

Diversos estudios indican que al atender a los niños de las madres en los centros carcelarios y penitenciarios reclusos de una manera integral, los efectos negativos durante su crecimiento pueden reducirse, por eso no es solo ayudar a los niños a entender lo que hizo su madre, si no que incluso la relación con ellos sea menos dolorosa, temerosa o vergonzosa. Pero aun tomando medidas que se creen pertinentes es imposible garantizar su efectivo desarrollo y crecimiento sano y normal de una persona que nace a la sociedad.

## **2.2. ATENCIÓN MÉDICA EN EL BUEN PASTOR**

Durante la visita a la cárcel femenina *El Buen Pastor*, de la ciudad de Bogotá. Hubo muchos factores que llaman la atención del equipo investigativo, por la existencia de situaciones negativas en la vida de las internas que saltan a la vista y que deberían ser tenidos en cuenta por el Gobierno Nacional.

Mucho se dice sobre la restricción de los derechos a las personas que están reclusas en centros carcelarios y penitenciarios; pero no sobre aquellos derechos que se les está limitando sin ser legalmente válido. Como lo es el derecho a la salud. Es entendible que una de las consecuencias del hacinamiento carcelario la atención médica sea precaria. Pero en este momento se encuentra en una situación crítica.

El tiempo que una persona permanezca privada de su libertad su custodia, mantenimiento, y servicios vitales quedan en cabeza del estado quien debe prestar servicio médico, custodia, alimentación, y el lugar donde se van a recluir. Ahora bien, es cierto que las personas privadas de su libertad lo están por acciones u omisiones propias de su voluntad; sin embargo es pertinente hacer hincapié en que nuestra política criminal contempla la resocialización del infractor, más que un castigo es implementar

medidas que garanticen que después de cumplir la pena será útil para la sociedad y no reincidente.

Durante la observación se tuvo la oportunidad de visitar el centro médico de las instalaciones. Un espacio reducido con no más de 30 camillas para la atención un número de internas que supera las dos mil mujeres, algo así como el 70% más de la capacidad de su infraestructura. El personal médico comprendía un médico general, odontólogo y no más de tres auxiliares. En la sala de espera muchas estaban en el piso o de pie esperando la atención; algo no muy diferente a los centros médicos subsidiados fuera de prisión.

En el tiempo que el equipo investigativo logró estar dentro de la cárcel el buen pastor; aparte de lo que evidenció con la observación tuvo contacto directo con internas y personal de INPEC quienes con sus vivencias relataron cómo era la prestación del servicio médico ahí dentro. Narraron la organización para las consultas medias; cada quince días cada pabellón tiene asignado su turno para programar citas médicas. El número de consultas depende de quienes lleven un control y los casos más relevantes. Es tan reducido el número de consultas que internas pueden permanecer con afecciones médicas durante meses sin ser atendidas. Las citologías se realizan durante brigadas organizadas por entidades independientes al INPEC y su personal médico.

Ahora traslademos esta situación al escenario de las mujeres gestantes. Cuando los síntomas que presentan son propios de su embarazo no requieren consulta médica. En los casos en que hay sangrado o síntomas de alarma primero se remiten al centro médico y si el médico lo considera pertinente serán trasladadas a la clínica correspondiente.

En el plantel penitenciario no se cuenta con dispositivos de ultrasonido que permita conocer las condiciones del feto o su sexo; por lo que muchas mujeres cuyo embarazo transcurrido con normalidad nunca tuvieron acceso a este tipo de atención. Es en radical decirlo de la siguiente forma pero es así; las mujeres que estando privadas de su libertad

escucharon el corazón de su bebé o conocieron su sexo, es porque en algún momento tuvieron una complicación que amenazó la continuidad de su embarazo, complicaciones que en algunos casos por no poder ser atendidas con rapidez llevaban a la muerte del feto.

### **2.3. HACINAMIENTO CARCELARIO**

Desde el año 1998 la Corte Constitucional colombiana mediante revisión de fallos de tutela reconoce el hacinamiento carcelario como una problemática que se presenta en las instituciones carcelarias y penitenciarias del país cuyos efectos resultan significativamente nocivos para la población privada de la libertad que allí se encuentra ya que vulnera de forma directa derechos como mínimo vital, la salud, la dignidad, entre otros; de la misma manera resulta perjudicial para la sociedad ya que pone en tela de juicio la eficacia del sistema penal y que hasta el día de hoy se mantiene vigente.

Dicha problemática aterrizada al caso de las instalaciones de la Reclusión de Mujeres El Buen Pastor se dificulta al verificar que allí no solo se afectan los derechos de las reclusas, también afecta a los menores que se encuentran con sus madres reclusas. Pues la cárcel el Buen Pastor cuenta con una capacidad para mil doscientas setenta y cinco (1.275) mujeres privadas de la libertad sin embargo para el año 2018 según cifras del INPEC se encuentran dos mil ochenta y seis (2.086) mujeres reclusas superando así la capacidad en un 63%.

Las mujeres internas afirmaron que son precarias las condiciones de vida proporcionadas ya que las celdas son pequeñas, frías, oscuras y húmedas, es decir, en un espacio aproximado de dos (2) metros cuadrados deben convivir cuatro (4) o cinco (5) mujeres lo cual atenta gravemente contra la intimidad. En las noches a la hora de dormir son pocas las afortunadas que logran conseguir una cama de hormigón por tanto las demás deben recurrir a hamacas o colchones sobre el suelo; debido a que se dispone de un baño para un centenar de mujeres las filas para acceder a este se extienden por

horas, a ello se suma que el mantenimiento no es el adecuado lo cual genera una concentración de olores fuertes y nauseabundos. Es por ello que bajo las condiciones en mención la proliferación de enfermedades es otra situación con la que deben lidiar a diario esta población. La estructura y funcionamiento son una de las principales causas de crisis carcelaria ya que datan de finales de la década de los cincuenta, y ya se puede evidenciar el deterioro y la deficiencia de las instalaciones, como canaletas con cables de luz rotas y expuestas.

El hacinamiento y las condiciones de vida a las que son sometidas las internas dentro de la cárcel el Buen Pastor constituyen el mayor obstáculo para garantizar la protección especial constitucional de las mujeres en estado de embarazo allí recluidas. A diario el aparato judicial recibe denuncias sobre la situación de sobrepoblación, epidemias, malas condiciones sanitarias y demás dificultades en los presidios por ello la Corte Constitucional colombiana desde el año 1998 mediante sentencia de revisión de fallos de tutela decide resolvió declarar la existencia de un Estado de Cosas Inconstitucional en los centros de reclusión entendido como “una figura mediante la cual esta Corte, como otros Tribunales en el mundo, ha constatado que en algunas situaciones particulares el texto constitucional carece de efectividad en el plano de la realidad, tornándose meramente formal. Se ha decretado al verificar el desconocimiento de la Constitución en algunas prácticas cotidianas en las que interviene la Administración, y en las que las autoridades públicas, aún al actuar en el marco de sus competencias legales, tejen su actividad al margen de los derechos humanos y de sus obligaciones constitucionales, en relación con su respeto y garantía”<sup>37</sup>.

En 2013 la Corte estableció algunos criterios que definieron las medidas que debían tomarse como punto de partida en el Estado de Cosas Inconstitucional declarado sobre las personas privadas de la libertad. La Corte se refirió a las medidas de protección en salud y descongestión judicial del siguiente modo: El Gobierno Nacional deberá

---

<sup>37</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 153. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. 1998.

coordinar, a través del Consejo Superior de Política Criminal, la elaboración de un plan de medidas de contingencia orientadas a superar de forma ágil y pronta los problemas en materia de salud de la población carcelaria. Deberá darse participación a la ciudadanía y a las organizaciones sociales interesadas, en espacios de deliberación a los que sea sensible el diseño y concepción de las medidas que se adopten. Concretamente, se deberán diseñar e implementar las medidas adecuadas y necesarias para remover los obstáculos y las barreras al acceso a los servicios de salud<sup>38</sup>.

#### **2.4. ESTADO DE LAS COSAS INCONSTITUCIONALES.**

Por último, y no menos importante se debe dar una mirada al problema de investigación bajo una perspectiva de la figura denominada por la corte como “Estado de las cosas inconstitucionales” que básicamente consiste en la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas, ésta goza de una serie de presupuestos como:

- “1. La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos de la población privada de la libertad.
2. La omisión de expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.
3. La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, que requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante.

---

<sup>38</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 388. M.P. María Victoria Calle Correa. 2013.

4. Por último la Corte considera, que si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.”<sup>39</sup>

Vale la pena mencionar que el término a la que la corte se refiere no es nuevo, debido que a través de los años ya lo ha incluido en mucha de su jurisprudencia, y más específicamente en el año 1997 en la sentencia SU- 559 donde se habló por primera vez. Pero principalmente para el ámbito más relevante según la investigación fue en la sentencia 153 de 1998 la cual habla sobre la situación de la violación continua de los derechos de los sindicados, procesados y detenidos de las cárceles del país. Los hechos de dicha sentencia radican en la situación caótica y preocupante que tienen que vivir los reclusos de la cárcel de Bellavista en Medellín, donde pabellones que tenían capacidad para 40 personas estaban albergando a 170 y 180 personas, convirtiendo su experiencia y su vida en algo inhumano, careciente de cualquier tipo de dignidad.

En similar forma se encuentran las mujeres que están en la cárcel El buen Pastor, las cuales el grupo de investigación tuvo acceso a conocer cómo llevan su vida al interior del penal, y la situación no es muy alentadora, se evidencio una violación sistemática de sus derechos, donde también se reconoció de inmediato que se da la figura mencionada por la corte.

En este sentido, los contenidos materiales de las sentencias de la Corte Constitucional para remediar el Estado de Cosas Inconstitucionales, han sido los siguientes:

Que se diseñen y pongan en marcha las políticas, planes y programas que garanticen de manera adecuada los derechos fundamentales cuyo goce efectivo depende de la superación del estado de cosas inconstitucionales. Que se apropien los recursos necesarios para garantizar la efectividad de tales derechos.

---

<sup>39</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 153. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. 1998.

Que se reforme el marco jurídico cuyas falencias han contribuido al estado de cosas inconstitucionales.

En conclusión, la Corte Constitucional creó jurisprudencialmente la figura del Estado de Cosas Inconstitucionales, para solucionar las condiciones de vida de algunos grupos adoptando las soluciones judiciales respectivas, respetando la órbita de competencia y la experticia de las autoridades responsables de implementar las políticas correspondientes.

### **CAPÍTULO III**

#### **REFERENTES TEÓRICO- METODOLÓGICAS PARA EL DESARROLLO DEL TRABAJO DE CAMPO.**

El objetivo de los investigadores es recopilar información por medio de encuestas para realizar un análisis estadístico de las mujeres en estado de embarazo, mujeres después del parto y las madres que ya tienen a sus hijos en los centros carcelarios y penitenciarios de Bogotá, por medio de la observación científica y el análisis estadístico de lo percibido.

Así que durante los días 11,12 y 15 de febrero de 2016 el equipo de investigación tuvo la oportunidad de realizar una observación científica en la cárcel El Buen Pastor, pabellón cuatro (4) donde se encuentran recluidas las mujeres gestantes, lo anterior para evidenciar las condiciones en la que se encuentran recluidas estas mujeres, y si existen condiciones de mínimo vital que garanticen un embarazo satisfactorio, sin embargo, se evidencio que las condiciones no son las adecuadas; en el desarrollo del método se evidenciará lo observado. Sin embargo, algunas deficiencias son evidentes: las condiciones físicas de la estructura de la cárcel, tiene deficiencias de impermeabilidad, la atención médica a las mujeres en gestación es igual que al resto de las reclusas, por tanto, se tiene una visita al médico cada quince (15) días, incluso un mes.

El equipo de trabajo no evidencio personal ni transporte adecuado para cuando se presente alguna emergencia ginecológica u obstétrica dentro de la cárcel. Igualmente, si bien las mujeres del pabellón cuatro (4) son madres o ancianas, la llegada allí, depende del cupo que exista, por lo que es posible que no se realice el cambio de pabellón de una mujer en embarazo por un sin número de circunstancia, que no están reguladas.

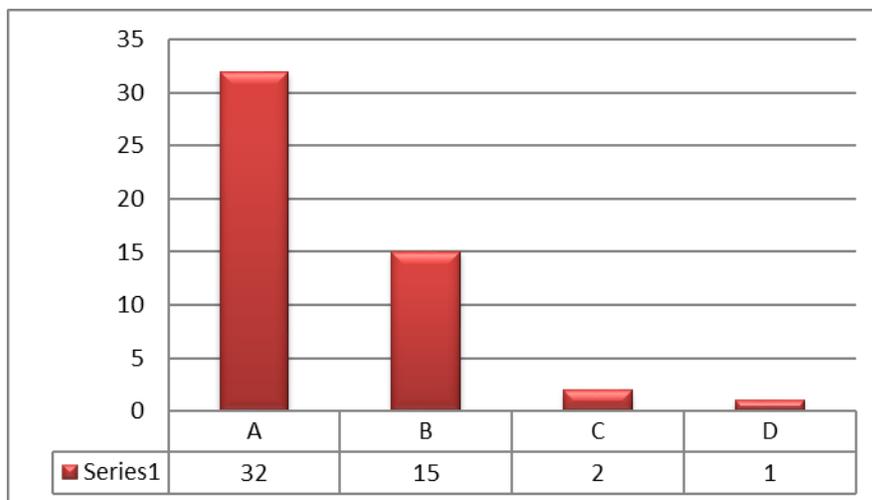
Para llevar a cabo dicha observación se tendrán en cuenta tres categorías fundamentales en la unidad de análisis “protección especial”: condición de la mujer, estructura del pabellón y servicios de salud para realizar un análisis estadístico de cada uno de ellos y llegar a una conclusión y así proponer un procedimiento judicial enfatizado desarrollado por el método normativo-analítico, para garantizar el derecho a la protección especial.

**POBLACION:** Mujeres en estado de embarazo que se encuentran en el cumplimiento de la pena dentro de centros penitenciarios y carcelarios

**MUESTRA:** 50 Encuestas

**UBICACIÓN:** Cárcel el Buen Pastor

1. ¿Cuál es su edad actualmente?

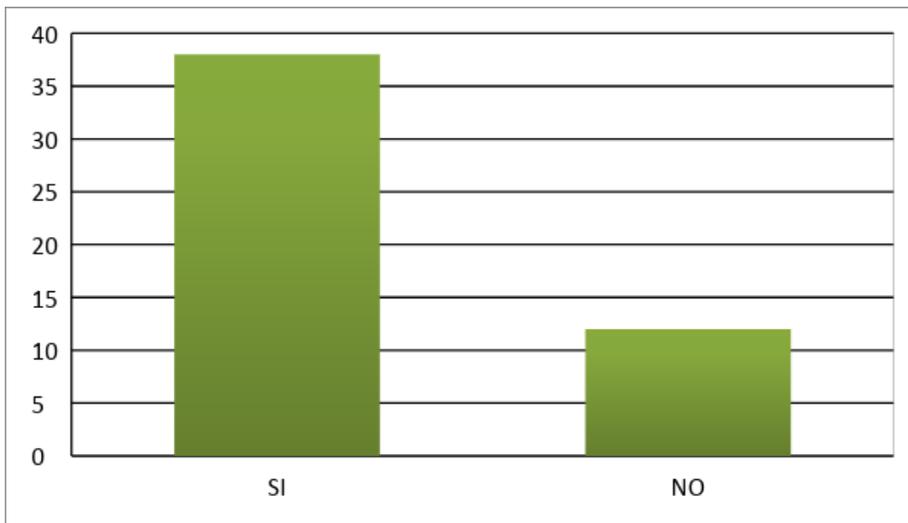


*Fuente: Elaborado por los autores*

#### Análisis estadístico a 50 reclusas encuestadas.

La primera pregunta del cuestionario corresponde a la edad que actualmente se encuentran las mujeres internas del pabellón 4, lo cual del 100% de las encuestadas, 32 mujeres es decir el 64% están en el rango de edad de 18 a 30 años, el 30% de la muestra encuestada es decir 15 mujeres tienen entre 41 a 50 años de edad, el 4% es decir 2 mujeres tienen entre 41 a 50 años y finalmente un 2% que equivale a 1 persona tiene más de 50 años.

2. ¿Tiene usted hijos?

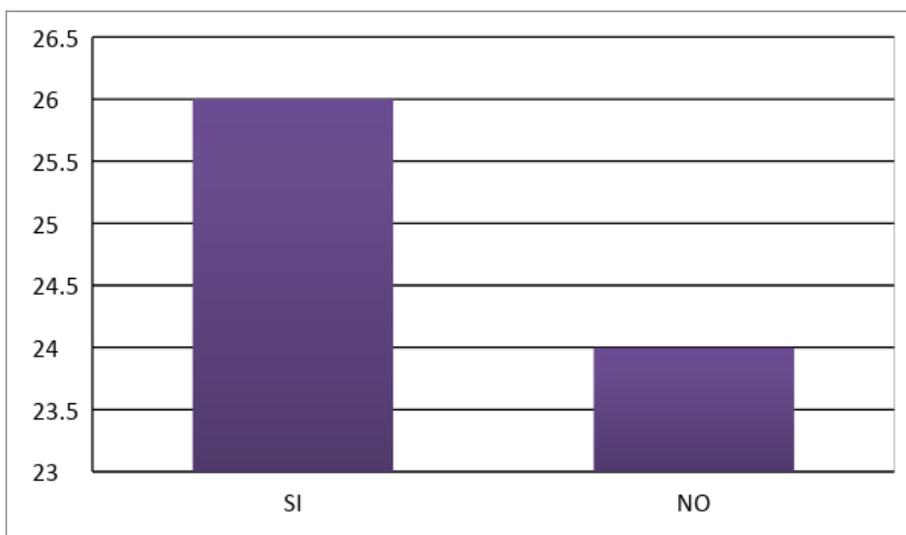


*Fuente: Elaborado por los autores*

Análisis estadístico a 50 reclusas encuestadas.

El total de mujeres encuestadas corresponden al 100%, en esta pregunta 38 mujeres es decir 76% de la muestra ya tiene hijos, por el contrario, el 24% es decir, 12 mujeres aun no tienen hijos.

3. Si en la anterior pregunta contestó afirmativamente, responda ¿ha tenido algún embarazo durante su reclusión?

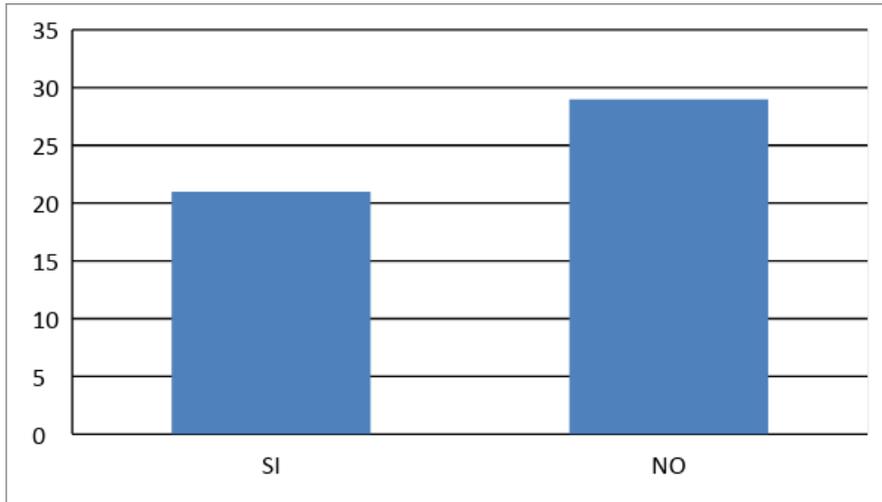


*Fuente: Elaborado por los autores*

Análisis estadístico a 50 reclusas encuestadas.

La pregunta 3, es más específica en cuanto se asigna un tiempo y lugar, es decir, si la mujer se encuentra o ha estado en embarazo dentro de la cárcel, a lo cual 52% es decir 26 mujeres dijeron que si y el 48% es decir 24 mujeres dicen que no han tenido un embarazo durante la reclusión

4. ¿Decidiría usted voluntariamente iniciar un embarazo en cumplimiento de su condena?

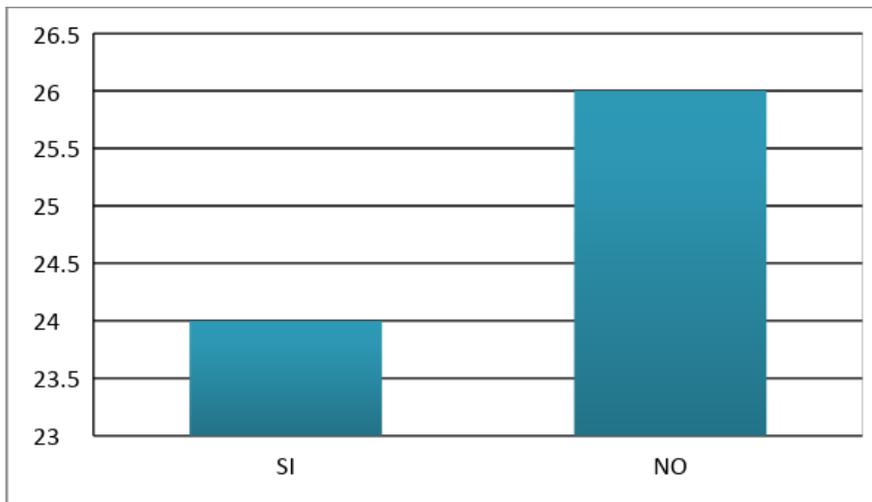


*Fuente: Elaborado por los autores*

Análisis estadístico a 50 reclusas encuestadas.

Durante el tiempo de cumplimiento de la pena el 42% de las mujeres encuestadas dicen que, si iniciaría un embarazo durante este tiempo, sin embargo, el 58% restante dice que no estaría dispuesta a iniciar un embarazo durante el tiempo especificado en la pregunta.

5. ¿Considera que además de los derechos que se le privan por el cumplimiento de una pena, también se le está privando del derecho a la maternidad?

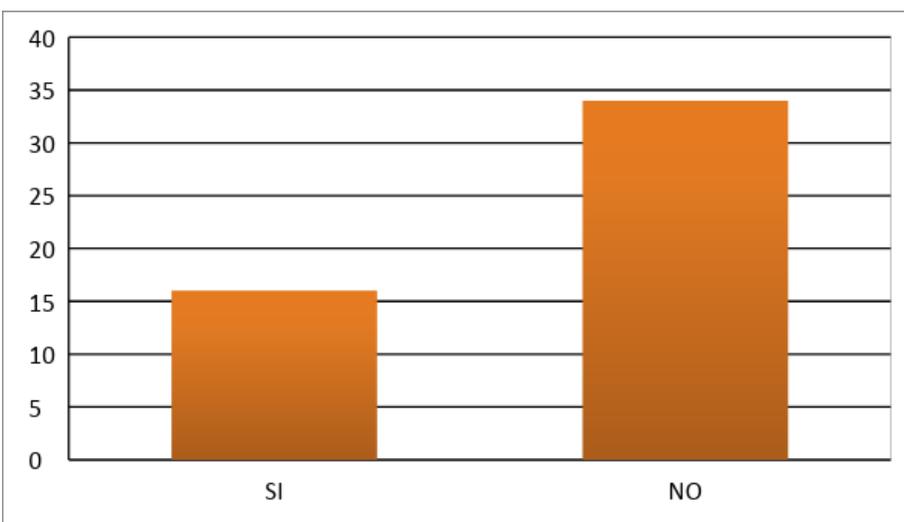


*Fuente: Elaborado por los autores*

Análisis estadístico a 50 reclusas encuestadas.

Como bien es cierto, existen derechos que son limitados cuando se cumple una pena privativa de la libertad, sin embargo, esta pregunta va direccionada al derecho de maternidad a lo cual el 48% es decir 24 mujeres consideran que, si se está vulnerando este derecho, por otro lado, el 52% considera que no se está vulnerando.

6. ¿Cree usted que las condiciones de higiene en la cárcel, son ideales para el desarrollo efectivo del embarazo?

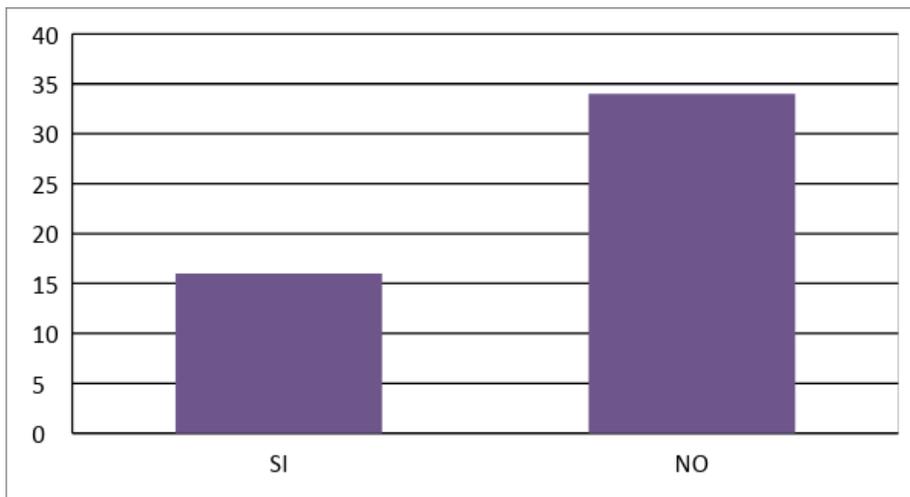


*Fuente: Elaborado por los autores*

Análisis estadístico a 50 reclusas encuestadas.

Respecto a la estructura de la cárcel y en especial el pabellón 4 se pregunta si las internas consideran que están en condiciones adecuadas de higienes para el desarrollo de su embarazo, lo cual 16 mujeres, es decir el 32% de la población encuestada consideran que, si son adecuadas, sin embargo, el 68% de las mujeres dicen que no son las mejores para llevar un proceso de embarazo.

7. ¿Conoce de políticas implementadas en la cárcel para las mujeres en estado de embarazo?

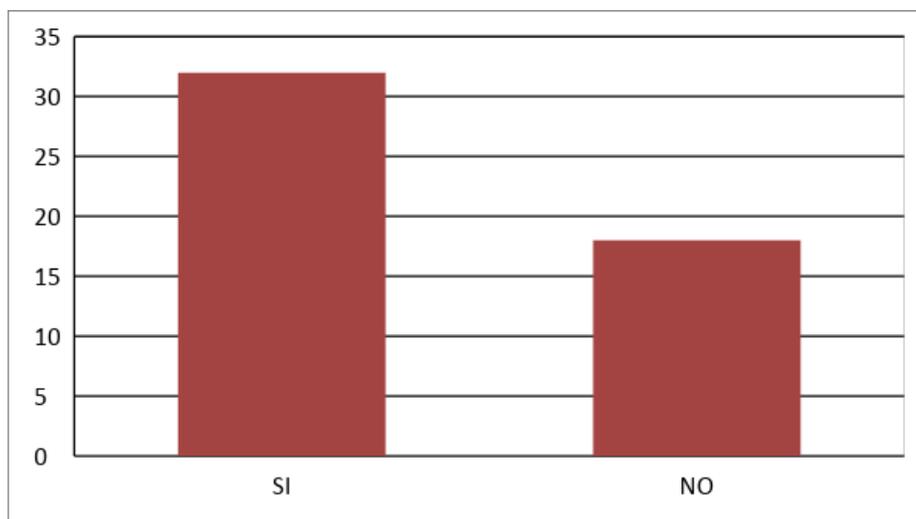


*Fuente: Elaborado por los autores*

Análisis estadístico a 50 reclusas encuestadas.

Existen políticas internas en las cárceles en cuanto las mujeres en estado de embarazo, por lo cual se desarrolla esta pregunta con el fin de conocer si estas mujeres conocen acerca de la existencia de ellas, con lo anterior el 32% de las muestras es decir 16 mujeres dicen conocer estas políticas, sin embargo, el 68% que corresponde a un número de 34 mujeres dicen no conocer de estas políticas.

8. ¿Ha conocido de algún caso, donde un embarazo no haya llegado a feliz término por la atención negligente de la cárcel?

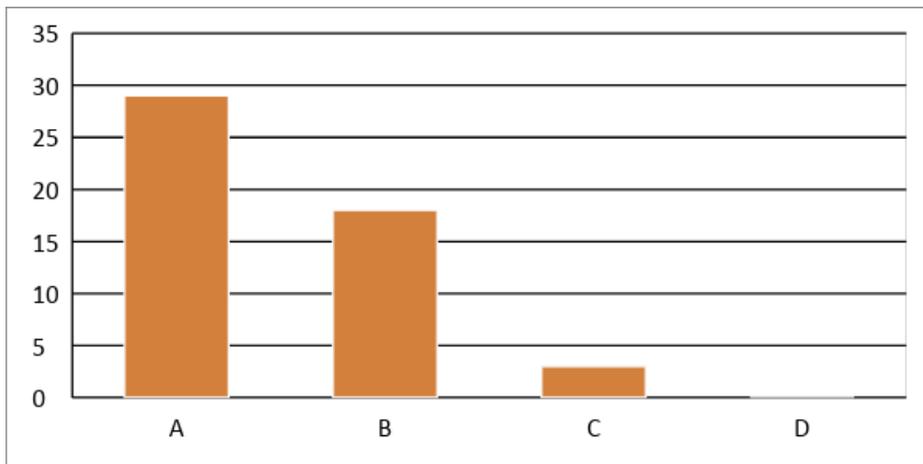


*Fuente: Elaborado por los autores*

Análisis estadístico a 50 reclusas encuestadas.

Debido al trato que reciben las mujeres en estado de embarazo dentro de los centros carcelarios, se realiza esta pregunta con el fin de conocer el tiempo en atención que le dedican atender su estado de salud, se concluye que 32 mujeres es decir 64% de la muestra conocen de casos donde la mujer se ha visto en percances por la negligencia de la cárcel, por otro lado 18 mujeres es decir 36% no conocen ninguna experiencia de ese tipo.

9. Para usted, ¿la atención médica en el centro carcelario es?

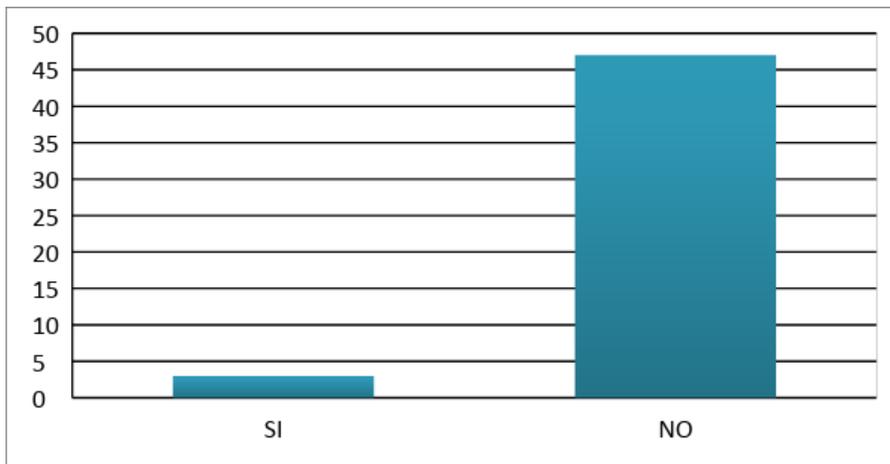


*Fuente: Elaborado por los autores*

Análisis estadístico a 50 reclusas encuestadas.

El derecho a la salud es indispensable en cualquier ámbito o entorno, por esta razón se realiza esta pregunta para conocer el estado en que se encuentra la atención de la salud a las mujeres en estado de embarazo, a lo que respondieron el 58% de la muestra es decir 29 mujeres que la atención médica es mala, el 36% es decir 18 internas consideran que es regular y finalmente el 6% considera que la atención es buena, sin embargo, a la opción D que es excelente nadie escogió.

10. ¿Cuenta el centro carcelario con atención ginecológica las veinticuatro (24) horas del día, todos los días?

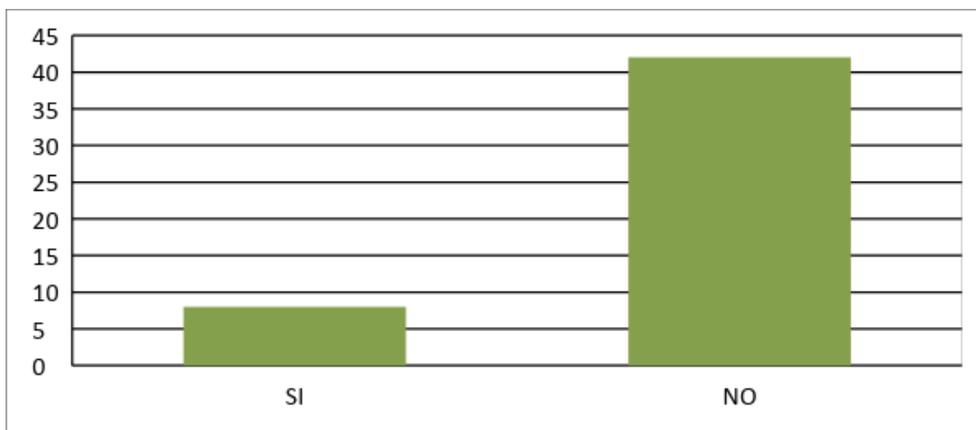


*Fuente: Elaborado por los autores*

Análisis estadístico a 50 reclusas encuestadas.

La atención ginecológica entendida como un seguimiento a la madre en estado de embarazo y al niño que está por nacer, para evitar percances en su nacimiento y conocer el estado en que se encuentra la madre, a lo que las mujeres respondieron un 94% es decir 47 mujeres que no existe la presencia de estas atenciones, sin embargo, el 6% consideran que sí.

11. ¿La protección especial a la mujer embarazada otorgada por la constitución política se evidencia en la cárcel?

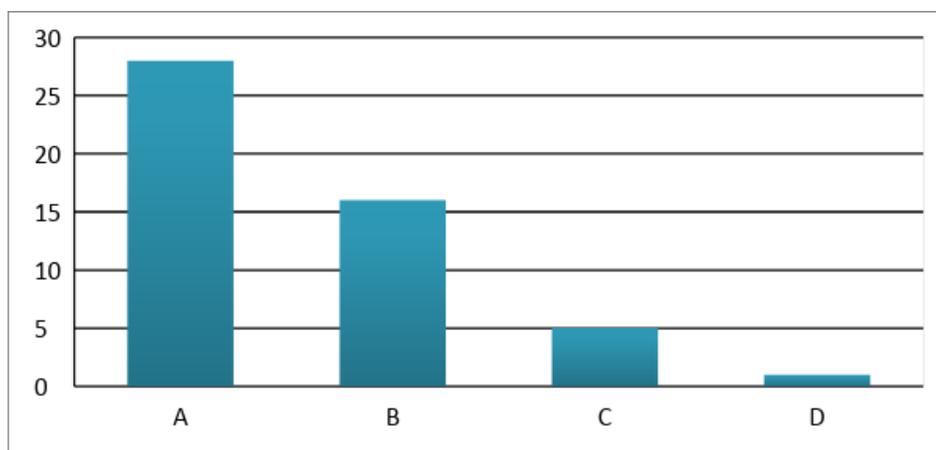


*Fuente: Elaborado por los autores*

Análisis estadístico a 50 reclusas encuestadas.v

La constitución política de 1991 garantiza la protección especial de las mujeres en estado de embarazo sin importar el lugar en donde se encuentren, de acá se deriva una línea de derechos fundamentales tanto de la madre como el del que está por nacer, por ello se realiza esta pregunta a lo cual el 84% es decir 47 mujeres se sienten vulneradas ya que no se evidencia dicha protección en la cárcel el buen pastor, por el contrario 16% consideran que hay protección.

12. ¿Cómo califica la atención a la mujer en estado de gestación dentro de la cárcel?



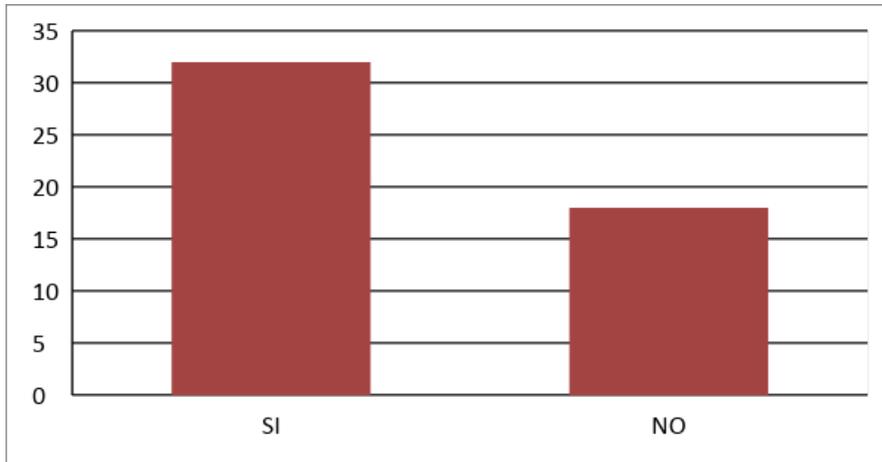
*Fuente: Elaborado por los autores*

Análisis estadístico a 50 reclusas encuestadas.

La atención a la mujer en estado de gestión, es decir, que se presten todo lo pertinente para la mujer que se encuentra en el pabellón, tales como instalaciones, aseo, alimentos, trámites de ingreso, traslado a hospital, etc. A lo que las internas respondieron, un 56% es decir 28 mujeres que era la atención mala. A la opción Regular 16 mujeres

respondieron y eso equivale a 32%, a la opción buena de la muestra el 10% considera que es buena, sin embargo, una sola interna considera que es excelente y eso equivale al 2%.

13. ¿Conoce los delitos a los cuales se les puede otorgar prisión domiciliaria?

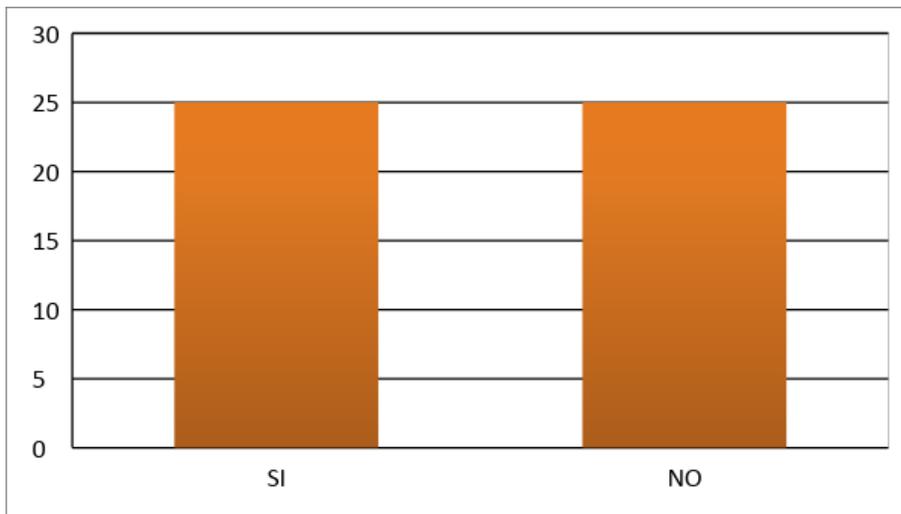


*Fuente: Elaborado por los autores*

Análisis estadístico a 50 reclusas encuestadas.

Existen delitos que tienen el beneficio de casa por cárcel o prisión domiciliaria, sin embargo, dentro de los pabellones las mujeres internas no conocen de estas políticas, por ello se realiza esta pregunta, a lo que el 64% de la muestra Si conoce de estos delitos, por el contrario 56% dice No conocer de este tema.

14. En caso de ser afirmativa su respuesta anterior, ¿considera que existe preferencia para otorgar la domiciliaria a las mujeres en estado de gestación?

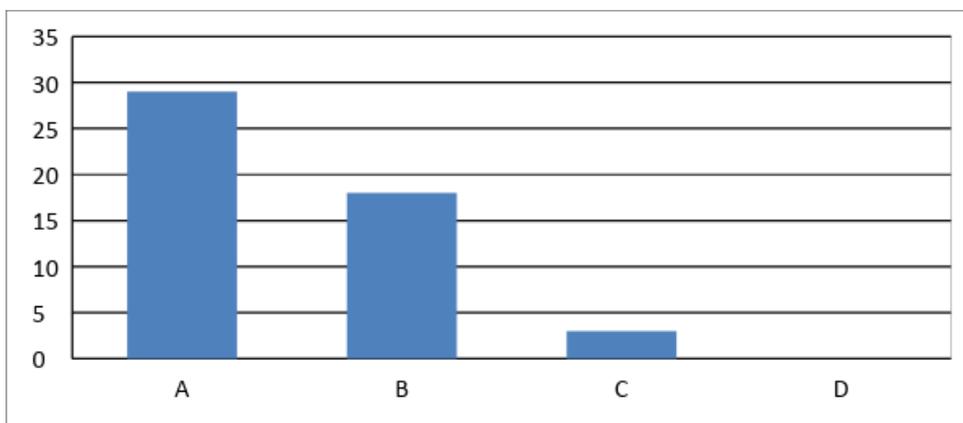


*Fuente: Elaborado por los autores*

Análisis estadístico a 50 reclusas encuestadas.

Respecto la pregunta anterior, se realiza con el fin de conocer la percepción que tienen las internas frente a estos beneficios, a lo que las mujeres respondieron: 50% que, si existe una preferencia para otorgar el domicilio para cumplir la pena impuesta, a la par y por el mismo número esta la respuesta: No, lo equivale que el otro 50% no considera que exista una preferencia.

15. ¿Cómo considera usted la actuación del gobierno Nacional frente al tema de la maternidad en prisión?



*Fuente: Elaborado por los autores*

Análisis estadístico a 50 reclusas encuestadas.

El estado como garantista de los derechos fundamentales, no ha actuado de la manera pertinente respecto a este tema, por ello se realiza esta pregunta con el fin de conocer la opinión de las mujeres internas, a lo que ellas consideran: 58% que la actuación es mala, el 36% considera que es regular, y finalmente 3 mujeres es decir el 6% considera que es buenas, sin embargo, a la opción excelente no fue escogida por las internas.

<b>CATEGORÍA 1 DE OBSERVACIÓN Y DEFINICIÓN CONCEPTUAL</b>	<b>CONDICIÓN DE LA MUJER:</b> Cobertura de las cualidades y la diversidad de mujeres en la cárcel El Buen Pastor.
<b>CATEGORÍA 2 DE OBSERVACIÓN Y DEFINICIÓN CONCEPTUAL</b>	<b>ESTRUCTURA DEL PABELLÓN</b> Cobertura de las condiciones en que se encuentra los lugares que conforman el pabellón 4.
<b>CATEGORÍA 3 DE OBSERVACIÓN Y DEFINICIÓN CONCEPTUAL</b>	<b>SERVICIOS DE SALUD</b> Cobertura de prestación de salud a las mujeres en estado de embarazo.

Inicialmente la categoría 1 tiene como propósito identificar el momento en que se encuentra la mujer en la cárcel, es decir si está en gestación, está en post parto o ya tiene su hijo y comparte con él la estadía en la cárcel, ya que el pabellón cuatro (4) no solo abarca a las mujeres gestantes porque adiciona dos condiciones más, para ello se debía observar la frecuencia y la cantidad de mujeres que cumplían con los estados propuestos como indicadores, adicionalmente se pregunta si anteriormente había tenido hijos y a su percepción como se estaba manejando esa situación al interior de la cárcel. Siguiendo el orden, se especifica la categoría 2 en cuanto la estructura del pabellón, es decir,

conocer el número de celdas para las mujeres y si corresponde al mismo número de las internas que conviven allí, además de ellos conocer la higiene que se maneja en el lugar, el espacio que se maneja en el pabellón es el adecuado, ya que muchas internas comentaban que compartían el patio con otras internas que fumaban y consumían droga.

La tercera categoría hace énfasis, principalmente en analizar el derecho a la salud, es decir, la atención que se les brindaba a las internas, los alimentos que se brindaban y los especialistas para tratar en caso de emergencia o por simple consulta.

### **3.1. VALORACIÓN DEL COMPORTAMIENTO DE LA PRIMERA CATEGORÍA: CONDICIÓN DE LA MUJER**

Esta primera categoría se realiza para identificar la condición en que se encuentra la mujer que se encuentra cumpliendo su pena en la Cárcel el Buen Pastor. En las encuestas realizadas, se evidencia que a pesar de que de las 50 encuestadas, cumplen con las categorías propuestas y están dentro de un rango de edad de 18 a 40 años, y de acuerdo a ello conocer si se sentían cómodas de acuerdo a su condición en el pabellón.

Como conclusión de la primera categoría se obtiene que sean más usuales las mujeres de edades más tempranas, que la estructura de la cárcel no sea la mejor para asimilar el estado en la que se encuentran las mujeres.

### **3.2. VALORACIÓN DEL COMPORTAMIENTO DE LA SEGUNDA CATEGORÍA: ESTRUCTURA DEL PABELLÓN.**

La segunda categoría, es más específica en cuanto va dirigida a la estructura del pabellón, es decir, cómo se organiza internamente el pabellón y si es beneficioso para estas mujeres, a lo que varias mujeres se mostraron inconformes por la higiene y por qué comparten el patio con otras internas que no cumplen con las condiciones especiales y no siguen las reglas del lugar, generando un ambiente incómodo para las mujeres en

estado de embarazo ya que consumen drogas y fuman marihuana afectando la salud de las demás mujeres y niños presentes.

### **3.3. VALORACIÓN DEL COMPORTAMIENTO DE LA TERCERA CATEGORÍA: SERVICIOS DE SALUD.**

En el análisis respecto la atención a la salud, los resultados evidencian la falta de atención a las mujeres que están en estado de embarazo, la notable negligencia por parte del personal que se encuentra en vigilancia. Los resultados obtenidos muestran que la mayoría de encuestadas se ven muy afectadas pues su salud está en juego junto al de su hijo, ya que la prestación del servicio no es la adecuada. En cuanto la prestación de salud a las mujeres en estado de embarazo y todo lo que se deriva de ellos, se percibe que siendo esto un derecho fundamental no se está garantizando de la manera adecuada, incluyendo lugares de atención, personal especialista, las internas se muestran inconformes a tal punto que han estado presentes y han conocido casos de mujeres que por negligencia interna de la cárcel presentan complicaciones al traslado al hospital y hasta su misma vida.

A partir del análisis estadístico se evidencia la vulneración de la protección especial de las mujeres en estado de embarazo de la cárcel el buen pastor ya que no cuentan con condiciones óptimas y un mínimo vital adecuado, la estructura del pabellón no es la apropiada para las mujeres que tienen condiciones especiales, con la información se revela que existe una vulneración al derecho a la vida, salud, mínimo vital y dignidad humana, todo ligado a la protección especial que la constitución política de 1991 consagra, ya que la ausencia del Estado es notable en este sector.

## **CAPÍTULO IV**

### **FORMULACIÓN DE LA PROPUESTA DENOMINADA LICENCIA DE MATERNIDAD PENITENCIARIA**

#### **4.1. LICENCIA DE MATERNIDAD PENITENCIARÍA.**

Para minimizar los efectos negativos que ocasiona la pena privativa de la libertad intramural en las mujeres en estado de gestación, el equipo de investigación propone un procedimiento judicial enfatizado desarrollado por el método normativo-analítico. Reuniendo los recursos constitucionales, legales y jurisprudenciales que la legislación colombiana contiene, para que, siguiendo los lineamientos de la realidad carcelaria de nuestro país se cree una condición especial de cumplimiento de la pena privativa denominada *licencia de maternidad penitenciaria*.

La licencia de maternidad penitenciaria otorgará a la mujer durante sus últimas 2 semanas de gestación, y 22 posteriores al parto, la posibilidad de ser trasladada a su

domicilio o el de su familia, para que allí pueda convivir en condiciones salubres y morales más adecuadas que las que ofrece un centro de reclusión, para este momento de vulnerabilidad de la mujer y su hijo. Si la reclusa, no cuenta con un domicilio al cual pueda ser trasladada, será remitida al centro médico de la prisión durante este lapso, donde contará con mejores condiciones.

A partir de del conocimiento de su embarazo la reclusa solicitará al juez de ejecución de penas o al juez de control de garantías para las mujeres que aún no han recibido sentencia condenatoria para que cuando cumpla la semana número 36 de embarazo se active de la licencia de maternidad penitenciaria. El centro penitenciario hará la verificación de seguridad del domicilio el cual deberá estar ubicado en la misma ciudad donde este encuentra reclusa. Si considera que el domicilio no cumple con las medidas necesarias para atender las necesidades de la prisionera, deberá comunicarlo a la misma y su apoderado, en un término no superior a 10 días hábiles. De ser autorizado el domicilio, y previa comunicación al juez competente, será trasladada por el INPEC, a la residencia señalada para su cumplimiento.

El INPEC dispondrá en igualdad de condiciones la seguridad como se presta en la prisión domiciliaria, es decir la implantación del brazalete electrónico. Y la custodia del centro asistencial cuando llegue el momento del parto, en condiciones iguales a las establecidas para la custodia de los internos enfermos reclusos en centros hospitalarios.

Cuando la reclusa en embarazo no tenga residencia a la cual desplazarse o no haya sido aceptada por la administración del reclusorio, en la semana 39 será trasladada al centro médico del centro carcelario. Una vez se dé el nacimiento del menor, el INPEC realizará el traslado de la reclusa al centro de detención transcurridos 15 días después del parto. Cuando se trate de un embarazo de alto riesgo, previo concepto médico, la convicta podrá solicitar la licencia de maternidad semanas antes a las previstas, si esto incrementa la posibilidad de un embarazo satisfactorio.

En caso de partos prematuros, la licencia inicia el día del nacimiento y desde allí empezará a correr el término de 24 semanas previstos en la licencia de maternidad penitenciaria.

En todo caso, el tiempo que la convicta permanezca fuera de la prisión en atención a la licencia de maternidad penitenciaria; será tenido en cuenta bajo los parámetros de su condena, sumando al cumplimiento de su pena.

Se considera además que es fundamental el acompañamiento médico y psicológico, a las mujeres recluidas sobre el tema de su salud reproductiva, derecho a la familia y libre desarrollo de la personalidad. Para que los embarazos en prisión sean voluntarios y la familia del menor, esté en la completa voluntad de colaborar en su formación.

#### **4.2. COMPONENTE PREVENTIVO.**

Es entendible en este punto de la investigación suponer que con las garantías propuestas, el número de embarazos se disparará y se tomará como una opción fácil de cumplir una condena. No obstante, es adecuado tomar medidas de prevención que presenten la maternidad como una condición especial, más no, como una regla general para prerrogativas o mejores condiciones. Por lo anterior y comprendiendo que es el Estado el garante de la vida de las reclusas; es él quien debe asumir un papel protagónico en la resocialización de las personas condenadas, e impedir que las que aún no lo están puedan tener condiciones negativas para su vida.

En ese orden de ideas se propone la implementación de programas de educación los cuales tienen por finalidad crear conciencia de las fuertes e insuperables condiciones a las que se enfrentarían los menores como lo son el hacinamiento y escasez de garantías mínimas, el entorno social y cultural de allí dentro, y de discriminación que trae consigo el salir de una cárcel; Para que dicho programa surta efectos será complementado con el fortalecimiento de un plan de educación sexual, y de los métodos de planificación

anticonceptiva oportuna dentro del penal y la garantía efectiva de la prisión domiciliaria en los casos en que la ley penal así lo permite.

## **CONCLUSIONES**

La eficacia de la norma, entendida desde el funcionalismo se debe ajustar con la institucionalidad no solo estatal sino además con el presupuesto que las personas a quien se dirigen tanto las normas como los proyectos desarrollados por el Estado asuman su papel protagónico, como requisito para el adecuado funcionamiento de la relación de todas las instituciones involucradas en los procesos de desarrollo social; para el caso que nos compete, la efectiva protección constitucional de la población femenina gestante en los centros carcelarios y penitenciarios.

La materialización de la coerción normativa en Colombia se expresa en las obligaciones emergentes que se atribuyen al Estado y a los particulares, los primeros en su función pública de servir a la comunidad y los segundos en su labor de correctores comunitarios que generan cambios estructurales a la funcionalidad de las decisiones administrativas en la acción social de la comunicación, comprendida en un sistema interno de poder; todo esto para garantizar la efectiva protección especial de la mujer en estado de embarazo en centros carcelarios y penitenciarios en Bogotá.

La igualdad en el territorio colombiano es considerada como un derecho fundamental, sin embargo, se identificaron que las condiciones de las mujeres en estado de embarazo recluidas en la cárcel el Buen Pastor no son siquiera similares a las que tiene una mujer fuera de una prisión, situaciones como la falta de un médico de planta que efectúe controles periódicos, revisiones ginecológicas, ecografías, o exámenes para detectar enfermedades en el feto. No obstante en Colombia es evidente la crisis carcelaria, reflejada en el hacinamiento y pocas garantías salubres a los internos; el Estado no ha implementado ningún tipo de política eficaz que permita minimizar los riesgos que afronta una mujer en estado de gestación, durante la suspensión de sus derechos de libre locomoción y civiles como consecuencia de la comisión de algún delito. Situación que se afecta aún más con la congestión judicial y el limitado acceso a la justicia.

Mediante la implementación del método normativo-analítico de Robert Alexy, se establece que el fundamentalismo de los lineamientos de protección especial a mujeres en estado de gestación que se encuentran recluidas en centros carcelarios y penitenciarios existe; sin embargo físicamente no se evidencia. Y que si bien analíticamente podemos encontrar la protección, en el análisis de la realidad tangible, la gestación en prisión es un fenómeno desatendido por el estado.

Con la observación y el método cuantitativo de encuestas, se logró identificar que pese a la realidad poco favorable a la que se enfrentan diariamente la reclusas su sentimiento maternal no desaparece y están dispuestas a iniciar un embarazo durante el cumplimiento de su condena lo cual proponemos contrarrestar con programas de educación y de este modo crear conciencia; si bien el cumplimiento de una pena intramural no restringe el derecho a la familia, al libre desarrollo de la personalidad, libertad individual y a la salud; si repercute en la labor de ser madre. Y la solución no está en restringir derechos para brindar atención preferencial a menos personas, sino, en el mismo proceso de resocialización del recluso, donde consideren el formar familia como un fin en su vida y no un medio temporal para obtener beneficios.

Se observó que la normatividad nacional vigente no es suficiente garantía para las mujeres que se encuentran en estado de embarazo recluidas en un centro carcelario y penitenciario, pues no son prontas, constantes, ni oportunas las soluciones para esta población en situación de especial protección constitucional, debido a la falta participación de las entidades involucradas en la solución de problemas que para el caso en concreto son Ministerio de Salud y de la Protección Social y el INPEC como ente encargado de brindar un trato directo y humanitario, buscando la resocialización de las reclusas y el restablecimiento de sus derechos.

La licencia de maternidad penitenciaria es la materialización de la enorme deuda que se tiene con las mujeres gestantes donde su adecuada estructuración, acceso y cumplimiento, puede ayudar de forma trascendente a evolucionar el pensamiento de la reclusa, porque al ser tratada como un miembro importante de la sociedad, podrá comprobar que tan próspera puede ser para la comunidad y su familia una vez cumplida su pena.

## REFERENCIAS

ACOSTA ALVARADO, Paola. La protección de los derechos de las mujeres en la constitución colombiana. En: Revista del Derecho del Estado. En: Temas para el debate. Vol. 2, No. 144 (Nov 2006) ISSN 1134-6574.

ARGENTINA. Código de Procedimiento Penal argentino. Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. [En línea] [http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo\\_Procesal\\_Penal\\_de\\_la\\_Nacion.pdf](http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Procesal_Penal_de_la_Nacion.pdf) consultado 10 de abril de 2016

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención internacional de los derechos del niño, 1989

AZAOLA. Elena. El delito en la mujer y el delito de ser mujer. En los Derechos Humanos de la mujer reclusa, Colmex, 1994.

BECCARIA, Cessare. Tratado de los delitos y de las penas: Universidad Carlos III. Madrid 2015.

BLANCO. Roberto, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2006, pp. 249- 256.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 51 de 1981.

COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto 2790 de 20 de noviembre de 1990.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-437. M.P. Gaviria Díaz Carlos. Bogotá, 1993.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-470. M.P. Alejandro Martinez Caballero. Bogotá, 1997

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 153. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. 1998.

COLOMBIA. Corte constitucional, Sentencia T-1223 DE 2008. [Citado el 19 de septiembre de 2015] Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/>

COLOMBIA. Corte constitucional, Sentencia T-1223 DE 2008. [Citado el 19 de septiembre de 2015] Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/>

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 388. M.P. María Victoria Calle Correa. 2013.

COLOMBIA. Mujeres y prisión en Colombia: Análisis desde una perspectiva de los Derechos Humanos y Género. Procuraduría General de la Nación. Bogotá: En: revista Latinoamericana de temas Internacionales Vol. 4, Número 13 (1999); ISSN: 0328-3151 <http://corteidh.or.cr/tablas/24314.pdf>

DE LA CUEVA, Mario. Teoría de la Constitución, México, Porrúa, 2008, p. 96.

GONZÁLEZ MONROY, Ana. El estado social de derecho en la protección del derecho a la vida y la salud de la mujer embarazada. Bogotá D.C. 2007. 99h. Trabajo de grado (maestría en estudios políticos). Pontificia universidad javeriana facultad de ciencias políticas y relaciones internacionales. Disponible <http://repository.javeriana.edu.co/bitstream/10554283/1/pol75.pdf/>. Consultado 5 de marzo de 2016.

KNIBIEHLER, Yvonne. “Histoire des mères du moyen âge a nos jours”. Montalba, París, 1980

MEJIA PULGARIN. Sor Leonor. Las barreras del acceso al derecho fundamental de la salud de la mujer embarazada recluida en Colombia. *Analecta política* Vol. 3, Número 3(2013); ISSN:2027-7458

MEJÍA REYES, Carlos. Universidad Autónoma Metropolitana, México. ‘Imaginarios y reclusión. Las mujeres en el confinamiento penal’, Editorial UAEH (2009) Disponible <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10512246015>. Consultado 12 febrero de 2016

NARI Y FABRE. Voces de mujeres encarceladas. España. agosto de 2000. ISBN: 9508950854.

NOGUEIRA ALCALÁ. Humberto, “La soberanía, las constituciones y los tratados”, en Miguel CARBONELL, *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002, pp. 280- 282.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Pacto de Bangkok. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de libertad para mujeres delincuentes. [En línea]. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/BangkokRules.aspx>. Consultado 15 de octubre de 2015.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales. Ley 74 de 1968. [Citado el 19 de septiembre de 2015] Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

PERSON, Claudina. La maternidad en el encierro: una aproximación a las femineidades desviadas. Instituto de Investigaciones Gino Germani. Universidad de Buenos Aires. 2011.

PRIETO SANCHÍS, Luis. “Apuntes de teoría del Derecho”. 2 edición., Madrid, Trotta, 2007, pp. 76- 77.

REGISTRO OFICIAL. Órgano de Gobierno de Ecuador. Administración del señor Rafael Correa Delgado, Año III, No. 635. Quito jueves 16 de julio. 2009

RINCÓN PARRA, Juliana. “Embarazo y Prisiones: La Salud y los Derechos de las Mujeres tras las rejas” Argentina Traducción publicada el 17 noviembre 2009 0:07. Disponible [en línea] <https://es.globalvoices.org/2009/11/17/embarazo-y-prisiones-la-salud-y-los-derechos-de-las-mujeres-tras-las-rejas/> Consultado 15 de octubre de 2015.

SMART, Carol. “La mujer del discurso jurídico”, en LARRAURI, Elena (comp.) (1994). Mujeres, Derecho penal y Criminología. España: Siglo Veintiuno de España Editores, S.A

SALAZAR, Pedro. La democracia constitucional. Una radiografía teórica, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 21-22.

TOWNHEAD, Laurel. Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas. Quaker United Nations Office, Ginebra. Abril de 2006.

UNICEF, Defensoría general de Nación Argentina. Mujeres privadas de libertad limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijas/os menores de edad. Disponible [en línea] <http://www.unicef.org/argentina/spanish/mujeres-presas.pdf> (Consultado el 15 de octubre)

ZAGREBELSKY, Gustavo El derecho dúctil, 4 ed., Madrid, Trotta, 2002, p. 114- 116.

## ANEXOS



1- Febrero 15 de 2016

Pabellón 4, Cárcel de Mujeres el Buen Pastor.

Investigadores Universidad Libre en compañía de dos internas que han tenido su embarazo dentro de la cárcel en junto con sus hijos; una de ellas con 21 semanas de gestación. Al fondo algunas de las celdas del pabellón









**UNIVERSIDAD LIBRE**  
NIT. 890 013 798-5  
**SEDE PRINCIPAL**  
**BOGOTÁ, D.C.**

Bogotá D.C., 18 de enero de 2016

Doctora  
**ANA SOFÍA HIDALGO ALVARADO**  
Directora Establecimiento Penitenciario "EL BUEN PASTOR"  
Ciudad.

De la manera más respetuosa me dirijo a usted con el fin de presentar a los siguientes estudiantes:

<b>BARAN FERNADO ÁLVAREZ CHAPARRO</b>	C. C. # 1.018.458.977
<b>JULIÁN FELIPE ARDILA FORERO</b>	C. C. # 1.136.657.616
<b>CAMILA FERNANDA ÁVILA GONZÁLEZ</b>	C. C. # 1.070.978.973
<b>DAYANA CAMILA BATURISTA CRUZ</b>	C. C. # 1.073.607.402

Actualmente están cursando tercer año de derecho y deben realizar un trabajo de campo dentro de la asignatura "Escuelas Metodológicas y Técnicas de Recolección de la Información".

Por lo anterior, les agradezco toda la colaboración que les puedan prestar en el desarrollo de su trabajo, para que puedan ingresar a las instalaciones del establecimiento, llevar a cabo las entrevistas y las encuestas pertinentes en desarrollo de su investigación.

Atentamente,

**FERNANDO ARTURO SALINAS SUÁREZ**  
Coordinador Académico  
Facultad de Derecho  
Sede Campus Bosque Popular

