

ISSN 2796-9886

PRISIONES

REVISTA DIGITAL

Volumen 2- Número 6
Julio - Diciembre 2024



AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERISDAD DE BUENOS AIRES

DECANO

Leandro VERGARA

VICEDECANO

Silvia NONNA

SECRETARIO DE EXTENSIÓN UNIVERSITARIA Y BIENESTAR ESTUDIANTIL

Oscar M. ZOPPI

DIRECTOR DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE EJECUCIÓN PENAL

Leonardo PITLEVNIK

SUBDIRECTORES DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE EJECUCIÓN PENAL

Leonardo FILIPPINI

Ramiro GUAL

COORDINADORA GENERAL DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE EJECUCIÓN PENAL

Agustina GIL BELLONI

EQUIPO EDITORIAL

EDITOR RESPONSABLE

Centro de Estudios de Derecho de Ejecución Penal

(Av. Figueroa Alcorta 2263, primer piso, C1425CKB, Buenos Aires, Argentina)

DIRECTOR

Ramiro GUAL

CONSEJO ACADÉMICO

Marcelo AEBI – Université de Lausanne (Suiza)

Rubén ALDERETE LOBO - Universidad de Buenos Aires/ Universidad de Palermo (Argentina)

Gabriel I. ANITUA – Universidad de Buenos Aires /Universidad Nacional de José C. Paz (Argentina)

Mary BELOFF – Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Luiz Antonio BOGO CHIES – Universidade Católica de Pelotas (Brasil)

Gabriel BOMBINI – Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina)

Lila CAIMARI – Universidad de San Andrés (Argentina)

Vanina FERRECCIO – Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Leonardo FILIPPINI – Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Agustina GIL BELLONI – Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Leandro HALPERIN – Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Mauricio MANCHADO – Universidad Nacional de Rosario (Argentina)

Gonzalo NOGUEIRA – Universidad Nacional de Luján (Argentina)

Camila NUNES DIAS – Universidade Federal do ABC (Brasil)

Jennifer PEIRCE – City University of New York (EE.UU)

Mónica PINTO – Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Leonardo PITLEVNIK – Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Bruno ROTTA ALMEIDA – Universidade Federal de Pelotas (Brasil)

Máximo SOZZO – Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Ana VIGNA – Universidad de la República (Uruguay)

Julienne WEEGELS – Universiteit van Amsterdam (Países Bajos)

CONSEJO EDITORIAL

Bernarda GARCÍA

Sebastián PACILIO

Jonathan GUELER

Waldemar CLAUS

Guillermina BARUKEL

Felipe LAMAS

Florencia ZUZULICH

SECRETARIA DE REDACCIÓN

Agustina ALVAREZ DI MAURO

Prisiones – Revista digital del Centro de Estudios de Ejecución Penal

Índice

Artículos

- Racismo sistémico en las intervenciones policiales en Canadá: realidades y discursos denegatorios. Massimiliano MULONE, Víctor ARMONY y Mariam HASSAOUI 1
- Globalización(es), privatización(es), constitucionalización, y estatización: los íconos y las experiencias relacionadas con la soberanía en el siglo XXI. Judith RESNIK 21
- El derecho a castigar. Paradojas, tensiones y dilemas de las prácticas educativas en prisión. Mauricio MANCHADO 67
- Ensayo acerca del entrelazamiento de la violencia estatal y la violencia de género en la tortura contra mujeres privadas de libertad en Brasil. Jessica DE JESUS MOTA y Marina MOZILLO DE MOURA 77
- Jurisdicción especial indígena en Colombia: una mirada a la justicia propia en el resguardo indígena Kankuamo. Jaime Andrés SOSA OJEDA y Verónica CARRILLO MARTÍNEZ 95
- La alquimia de los presos en la educación. Una mirada a las experiencias formativas en talleres de educación no formal de filosofía en contextos de carcelarios. Desafíos y potencialidades. Juan Matías BONGIOVANNI. 113
- El trabajo en las cárceles de Ecuador: un contraste entre las leyes y las experiencias laborales de los internos. Raúl CADENA PALACIOS 129

Universidad de Buenos Aires | ISSN: 2796-9886
Número 6, Volumen 2.
Julio – Diciembre 2024, Buenos Aires, Argentina.

Massimiliano Mulone – Victor Armony – Mariam Hassaoui

**RACISMO SISTÉMICO EN LAS INTERVENCIONES POLICIALES EN CANADÁ:
REALIDADES Y DISCURSOS DENEGATORIOS.**

MASSIMILIANO MULONE (Universidad de Montreal, Canadá)
massimiliano.mulone@umontreal.ca

VICTOR ARMONY (Universidad de Quebec en Montreal, UQAM, Canadá)
armony.victor@uqam.ca

MARIAM HASSAOUI (Universidad TÉLUQ, Canadá)
mariam.hassaoui@teluq.ca

Forma de citar: Mulone, M., Armony, V. y Hassaoui, M. (2024). Racismo sistémico en las intervenciones policiales en Canadá: realidades y discursos denegatorios. *Prisiones. Revista digital del Centro de Estudios de Ejecución Penal*, 2 (6), 1-20.

Recibido: 15-11-2024 | Versión final: 20-12-2024 | Aprobado: 30-01-2025 | Publicado en línea: 14-02-2025



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

Massimiliano Mulone – Victor Armony – Mariam Hassaoui

RACISMO SISTÉMICO EN LAS INTERVENCIONES POLICIALES EN CANADÁ: REALIDADES Y DISCURSOS DENEGATORIOS.¹

Massimiliano Mulone

Victor Armony

Mariam Hassaoui

I. Introducción

En poco menos de una década, la mayoría de las principales ciudades canadienses han comenzado a exigir a los servicios de policía municipales que coloquen sus datos operativos a disposición de investigadores externos para documentar la problemática del perfilamiento racial (*racial profiling* en inglés, *profilage racial* en francés, es decir la práctica ilegal de basar una decisión policial en el tipo de identidad “racial”, real o supuesta, de una persona). Así se produjeron informes de investigación en Ottawa (Foster, Jacobs y Siu, 2016; Foster y Jacobs, 2019), Toronto (Ontario Human Rights Commission, 2018; Wortley y Jung, 2020; Wortley, Lanijonu y Laming, 2020), Vancouver (Manojlovic, 2018), Edmonton (Griffiths, Montgomery y Murphy, 2018), Montreal (Armony, Hassaoui y Mulone, 2019; Armony, Boatswain-Byte, Hassaoui y Mulone, 2023) y Halifax (Wortley, 2019). Esta tendencia se inscribe en un movimiento social más amplio que cuestiona el trato discriminatorio de la policía hacia minorías racializadas y que llegó a su apogeo con *Black Lives Matter* en Estados Unidos y con las protestas generadas allí y en otros países, incluyendo a Canadá. En tal contexto, surgen acusaciones de racismo sistémico imputado a las fuerzas de seguridad y se formulan exigencias de reforma policial a nivel organizacional más allá de la distribución de sanciones individuales por casos específicos (Davis, 2018; Maynard, 2018).

Bajo la presión de numerosos grupos de la sociedad civil, a la que fueron receptivas las autoridades gubernamentales, las organizaciones policiales fueron así exhortadas a comprobar si las disparidades de trato se reflejan en sus datos internos, a cuantificar con precisión su magnitud y a publicar los resultados que arrojan los análisis estadísticos. Como se puede suponer, ese tipo de datos policiales son rara vez sometidos a un peritaje externo, y si bien no conducen siempre a hallazgos empíricos inéditos, pues ya existe evidencia de las disparidades raciales en las intervenciones policiales en todo Norteamérica, ellos poseen una clara ventaja en su capacidad para convencer a audiencias reacias a aceptar la presencia de racismo sistémico en las instituciones. De hecho, al basarse en datos generados por los agentes mismos en su trabajo cotidiano, se evita el riesgo de que la investigación sea criticada por la policía por basar sus interpretaciones en fuentes secundarias, como por ejemplo testimonios de ciudadanos, quejas recibidas, declaraciones públicas, etc. Al contrario, cuando las conclusiones se basan en datos generados por la propia policía y, por lo tanto, no se puede sospechar que hayan sido elaborados con el objetivo de desacreditar sus acciones, su credibilidad es mucho mayor. A nivel metodológico, estos estudios también tienen la ventaja de apoyar sus análisis en un número muy elevado de incidentes, lo cual permite eludir la

¹ Versión traducida al español y adaptada con autorización de un artículo publicado en francés en la revista *Criminologie* (vol. 57, núm. 1, 2024).

Massimiliano Mulone – Victor Armony – Mariam Hassaoui

crítica de la “anécdota” o de la “mala experiencia” aislada (para dar sólo un ejemplo, nuestro estudio en Montreal se basó en cerca de 120.000 intervenciones realizadas durante un período de cuatro años). Es interesante señalar a este respecto que la dirección del Servicio de Policía de la Ciudad de Montreal nunca reconoció la existencia de un problema de racismo en sus operaciones hasta la presentación del informe que redactaron los autores de este artículo, incluso si múltiples informes y estudios ya habían reportado hallazgos similares (ver, por ejemplo, Bernard y McAll, 2010; Center for Research-Action on Race Relations [CRARR], 1984; Human Rights and Youth Rights Commission, 1988, 2011; Livingstone, Rutland y Alix, 2018).

II. Convergencia de los resultados, constancia en las denegaciones policiales.

Las investigaciones publicadas en Canadá entre 2016 y 2021 son unánimes: desde todo ángulo, cualquiera que sea la práctica analizada (control de personas, intercepción de vehículos, uso de la fuerza, arresto), las minorías racializadas son incluidas de manera desproporcionada en las intervenciones policiales. En muchos casos, el foco principal puesto en los controles de personas – llamados *street stops* en inglés e *interpellations* en francés canadiense – se desprende del hecho de que, en Canadá, como en Estados Unidos y a diferencia del “pedido de documentos” en Latinoamérica y en Europa, las personas no están legalmente obligadas a identificarse a un policía si no existe la presunción de un delito o si la persona no está al volante de un vehículo. El policía puede entonces tomar la decisión de intentar – o no – obtener informaciones de una persona que puede rehusar a darlas. Dicho tipo de interacción, al ser relativamente indeterminada en cuanto a los motivos, los derechos y las obligaciones de cada parte, puede fácilmente ser afectada por sesgos cognitivos, prejuicios y estereotipos, en particular cuando el policía elabora mentalmente una representación de la sospecha que lo impulsa a intervenir. Es crucial comprender que la mayoría de los controles de personas no conducen a descubrir o a resolver un delito ni conducen a un arresto, sino que resultan en un registro de informaciones en el sistema de datos, siempre y cuando el policía las juzge de eventual utilidad, pues en el caso contrario ellas quedan simplemente sin ninguna consecuencia y no dejan huella en el sistema.

Al respecto, el caso de la población afrodescendiente es particularmente notorio, al ser controlada por la policía canadiense más frecuentemente que cualquier otra minoría. En Montreal, por ejemplo, una persona afrodescendiente tiene, en promedio, una probabilidad de 4,24 veces superior (es decir, un riesgo mayor a 400%) de ser controlada comparativamente a una persona blanca; esta cifra puede superar las 10 veces (1.000%), o incluso hasta las 15 veces (1.500%) en determinados sectores de la ciudad (Armony, Hassaoui y Mulone, 2019). En Halifax, esta desproporción oscila entre 4,78 y 6,43 veces según los años estudiados (de 2006 a 2016) (Wortley, 2019). En Vancouver, los afrodescendientes constituyen el 1% de la población de la ciudad, pero representan el 5% de las personas que experimentaron un control de persona durante el año 2017 (Manojlovic, 2018). Finalmente, en Toronto, se observa que:

A pesar de representar sólo el 8,8% de la población de Toronto, los datos obtenidos de la Unidad de Investigaciones Especiales por la Comisión de Derechos Humanos de Ontario muestran que los afrodescendientes estaban sobrerrepresentados entre los casos de uso de fuerza (28,8%), descarga de arma (36%), interacción fatal (61,5%)

Massimiliano Mulone – Victor Armony – Mariam Hassaoui

y descarga de arma fatal (70%). Los hombres afrodescendientes representan el 4,1% de la población de Toronto, pero actuaron como denunciantes en una cuarta parte de los casos de presunta agresión sexual por parte de agentes de la Policía de Toronto revisados por la Unidad de Investigaciones Especiales (Ontario Human Rights Commission, 2018, p. 3).

Estos resultados reiteran lo que otros estudios han demostrado anteriormente en Canadá (Tator y Henry, 2006; Livingstone et al., 2018; Maynard, 2018; Tanovich, 2006), y en otros países (Brunson y Weitzer, 2009; Jobard, Lévy, Lamberth y Névanen, 2012; Rowe, 2004). De hecho, no existe ningún estudio que, a nuestro conocimiento, no haya encontrado desproporciones en las acciones policiales hacia ciertos grupos racializados. Sin embargo, a pesar de la fuerte convergencia de resultados, la gran mayoría de las organizaciones policiales siguen negando que exista un problema sistémico de racismo dentro de su profesión. Y es precisamente la naturaleza de esta denegación la que será objeto de nuestra atención en este artículo. ¿Cómo explican los agentes de policía las disparidades observadas? ¿Cuáles son las racionalizaciones alternativas (es decir, distintas a la de perfilamiento racial) invocadas para refutar la existencia de prácticas discriminatorias en la labor policial? ¿Qué narrativas se utilizan para deslegitimar las acusaciones de racismo? Esas son algunas de las preguntas que guiarán nuestro análisis.

Para ello, nos apoyaremos en la noción de *agnotología*, la cual remite a la producción cultural de la ignorancia (Proctor y Schiebinger, 2008). Se trata de una noción que fue inicialmente utilizada para comprender los esfuerzos de la industria tabacalera buscando menoscabar el vínculo causal entre los cigarrillos y varias enfermedades como el cáncer, vínculo que la investigación científica (e independiente) había abundantemente demostrado. Durante muchos años, esa industria financió estudios, o incluso los llevó a cabo ella misma (luego cedió la autoría a investigadores reputados para dar la ilusión de independencia) con el objetivo de sembrar dudas durante el mayor tiempo posible sobre dicho vínculo y buscar así evitar una legislación más restrictiva al consumo de tabaco (Landman, Cortese y Glantz, 2008). En este artículo abordaremos las prácticas “agnotológicas” en relación con las acusaciones de racismo que pesan sobre la profesión policial.

La agnotología puede ser, en primer lugar, el resultado de una estrategia explícita por parte de organizaciones que buscan defender sus intereses, como los esfuerzos de la industria tabacalera para cuestionar los efectos cancerígenos del tabaco, o aquellos promovidos por la industria petrolera en materia ambiental para polemizar sobre los impactos de la explotación de combustibles fósiles sobre el calentamiento global (Franta, 2021). En segundo lugar, puede ser el resultado de prácticas de censura y olvido selectivo. Finalmente, también puede operar de una manera más sutil, más inconsciente, en una forma de ceguera deliberada, como suele ocurrir cuando se trata de cuestiones de racismo (Mills, 2008, 2023). En ciertos casos, los actores sociales pueden tener “buenas razones” para actuar como lo hacen, incluso si se equivocan (Boudon, 2003). Los actores sociales pueden así desarrollar un “arte de convencerse a sí mismos de ideas falsas o dudosas”, produciendo una construcción intelectual que tiene todas las apariencias de verdad pero que se basa en razonamientos falsos (Boudon, 1990). Como veremos, es principalmente en esta tercera

Massimiliano Mulone – Victor Armony – Mariam Hassaoui

forma de producir ignorancia donde parece anclarse la agnotología del racismo en las prácticas policiales, al menos a la luz de los datos que hemos recopilado.

El objetivo principal de la producción de ignorancia es infundir suficiente duda para que lo obvio pierda su condición de evidencia. En el caso que nos interesa, esta duda se refiere específicamente al vínculo causal entre las disparidades observadas y el perfilamiento racial, duda en la que participan directamente las explicaciones alternativas propuestas por los policías (y en las que se centrará nuestros análisis). Por tanto, este artículo tiene como objetivo, en primer lugar, describir las racionalizaciones alternativas propuestas por los agentes de policía para deslegitimar las acusaciones de perfilamiento racial y, en segundo lugar, analizar su validez científica. Terminaremos con una discusión sobre la naturaleza de la duda que interviene en la denegación de las acusaciones de racismo por parte de la policía.

III. Metodología.

Los análisis presentados aquí se basan en un estudio de caso de una policía municipal de la Provincia de Quebec de tamaño mediano que, tras la publicación de un informe de investigación sobre el Servicio de Policía de la Ciudad de Montreal (Armony et al., 2019), invitó a los autores de este artículo a realizar una investigación similar con el fin de examinar la situación de las disparidades raciales en sus prácticas. Esa organización policial había sido señalada en los medios de comunicación por diversas acusaciones de discriminación racial (dos de sus agentes fueron condenados recientemente por un tribunal de derechos humanos) generando una fuerte presión pública para que se documentaran sus prácticas. En dicho contexto, se decidió proceder con un enfoque metodológico dual, cuantitativo y cualitativo. Se estableció así que el objetivo principal sería reproducir los análisis realizados para el informe sobre Montreal, pero que también se agregarían elementos de contextualización a las estadísticas mediante entrevistas individuales con agentes que efectúan controles de personas.

III.1 Datos cuantitativos.

En primer lugar, tuvimos acceso a todos los controles de personas y de intercepciones de vehículos registradas entre 2016 y 2019 (datos sobre cuatro años completos), lo que corresponde a un total de 2.392 intervenciones. Aunque la población de personas controladas es etno-culturalmente diversa, los análisis se limitaron por razones metodológicas a las diferencias entre la población blanca (no racializada) y la población afrodescendiente, la única minoría de tamaño significativo que reside en el territorio bajo responsabilidad del servicio de policía municipal concernido. Entre 2016 y 2019, solo se registraron dos intervenciones que involucraron a personas percibidas como indígenas. En cuanto a las personas percibidas como árabes (N = 96 controles), latinoamericanas (N = 76) y asiáticas (N = 25), las cifras son también demasiado bajas como para sustentar análisis suficientemente sólidos. Asimismo, el servicio de policía nos brindó acceso a los delitos registrados en su territorio durante el mismo período, lo que corresponde a un total de 9.060 casos. Finalmente, nuestros análisis se basaron en datos del censo canadiense de 2016 para determinar la composición etno-cultural de la población local (N = 89,025).

Estos datos cuantitativos se utilizaron para producir numerosos análisis que no es posible presentar aquí en su totalidad. Esencialmente, se aplicaron dos indicadores de

Massimiliano Mulone – Victor Armony – Mariam Hassaoui

seguimiento en materia de perfilamiento racial, a partir de lo realizado en Montreal (Armony et al., 2019). En primer lugar, calculamos el Índice de Disparidad de Probabilidades en los Controles (IDPC), que es una comparación entre el peso relativo de diferentes grupos racializados y no racializados en todos los controles registrados y el peso relativo de estos mismos grupos en la población general que reside en el territorio cubierto por el servicio de policía municipal. Si no hubiera ninguna discriminación (hipótesis nula), estos dos pesos relativos (proporción en los controles y proporción en la población) deberían ser equivalentes o, al menos, similares, solo afectados por factores aleatorios o externos a la acción policial y a la identidad etno-cultural de las personas. Así, dado que la población blanca representa el 89% de la población general en esa municipalidad, la proporción de personas blancas controladas por la policía local debería ser cercana a esa cifra. Cualquier desviación, en un sentido u otro, será considerada una desproporción que requiere una explicación.

Tabla 1. Cálculo del Indicador de Disparidad de Probabilidades en los Controles (IDPC) para la población afrodescendiente

Identidad de las personas	Población (Censo de 2016)	Personas controladas en 2016, 2017, 2018 y 2019	Tasa (% de la segunda columna dividido por % de la primera columna)	IDPC (cociente entre la tasa para afrodescendientes y para blancos)
Total	89 025 (100 %)	2392 (100 %)	-	-
Blancos	79 090 (88,8 %)	1635 (68,35 %)	0.77	3.3
Afrodescendientes	6030 (6,7 %)	410 (17,14 %)	2.56	

En otras palabras, un IDPC de 1 significa que no existe ninguna disparidad. Por encima de 1, podemos decir que la población racializada es controlada de manera desproporcionada por los agentes. Los datos presentados en la Tabla 1, basados en los análisis del presente estudio, confirman claramente que existe una desproporción: los afrodescendientes tienen 3,3 veces más probabilidades de ser controlados con respecto a su peso demográfico. Se trata de un indicador clásico, frecuentemente utilizado en estudios sobre perfilamiento racial, aunque no permite hacer inferencias sobre las razones que subyacen a las posibles desproporciones observadas (Fridell, 2017). De hecho, podemos formular, por ejemplo, la hipótesis de que la pertenencia a una clase socioeconómica desfavorecida explica un mayor volumen de intervenciones policiales, y no tanto la identidad etno-cultural de las personas controladas. Sin embargo, como ciertos grupos racializados están sobrerrepresentados en los segmentos más pobres de la sociedad, la desproporción también se reflejaría en los análisis que se centran en los grupos racializados. Por lo tanto, la desproporción reflejaría más bien una práctica de perfilamiento socioeconómico y no de perfilamiento racial.

El segundo indicador, denominado Índice de Exceso de Controles Según Delitos (IECSD), compara la distribución de la población controlada con su distribución en la actividad

Massimiliano Mulone – Victor Armony – Mariam Hassaoui

delictiva registrada por la policía. Este indicador responde a una de las principales críticas que formulan muchos policías a los estudios sobre la discriminación racial: las desproporciones observadas se explicarían por una participación diferenciada de los grupos racializados en el delito. En otras palabras, si las personas racializadas son controladas con más frecuencia que las personas blancas, eso se debería al hecho de que las personas racializadas, en su conjunto, cometen más delitos que los demás. Como esto forma parte integral de las narrativas policiales sobre la desproporcionalidad, lo abordaremos más adelante en la sección de resultados.

Aunque los datos que fueron puestos a nuestra disposición son muy valiosos (por la cantidad de información que contienen y también por ser muy raramente accesibles para un peritaje externo), ellos no están exentos de errores. Más allá de que esos datos no fueron elaborados para el uso que se les da aquí (analizar las disparidades mediante indicadores de seguimiento en términos de perfilamiento racial), su principal limitación se desprende de que sólo incluyen controles de personas e intercepciones de vehículos que fueron registradas en el sistema informático de la policía. Es sabido que dicho registro no es sistemático y depende, en última instancia, de una decisión tomada por el agente en el terreno en cuanto a la relevancia para su trabajo de registrar o no cada intervención. La pregunta que surge entonces es hasta qué punto nuestra base de datos es representativa de todos los controles realizados (registrados o no en el sistema). Sin poder pronunciarnos definitivamente sobre este punto, podemos plantear dos hipótesis contradictorias cuya anulación mutua nos permite pensar que es muy posible que las disparidades observadas en nuestra base de datos reflejen con bastante precisión todos los controles e intercepciones realizados en el territorio. Por un lado, si consideramos que los prejuicios raciales pesan en la decisión de intervenir (en el marco de la generación de la sospecha policial sobre ciertas personas), es posible que una mayor proporción de los controles a personas racializadas sean injustificados o poco justificables; por lo tanto, una mayor proporción de controles de personas racializadas no darían lugar a un registro en el sistema, pues no brindan información considerada relevante (lo que implica una subestimación de la desproporción en nuestra muestra en relación con todos los controles, registrados o no). Por otro lado, en una hipótesis contraria, puede ser que el prejuicio racial contribuya a consolidar la sospecha después del arresto (o contribuya a hacer que la disipación de la sospecha sea más rara), en el momento en que se toma la decisión de registrar. Por lo tanto, un individuo racializado lograría menos veces que una persona no racializada disipar la sospecha en el origen de la intervención, lo que implicaría una sobreestimación de la desproporción en nuestra muestra respecto a todos los controles. Si ambas hipótesis son ciertas, ellas tenderán a anularse entre sí. Por supuesto, las dinámicas que influyen en la práctica del control de personas son complejas, pero hay muchas razones para creer que las disparidades observadas en los controles registrados deben ser similares a las que afectan a los controles que no son registrados. Además, incluso si los dos universos – el de los controles registrados por los agentes en el sistema y el de los controles que no dejan huella – no coincidieran perfectamente, las desproporciones aquí analizadas se refieren a un volumen de intervenciones policiales suficientemente apreciable como para ser considerado grave en términos de sus repercusiones negativas sobre la ciudadanía, independientemente de la realidad de los controles no registrados.

Massimiliano Mulone – Victor Armony – Mariam Hassaoui

III.2 Datos cualitativos.

Además de los análisis cuantitativos, realizamos 12 entrevistas con agentes de policía. La solicitud de participación voluntaria se realizó a través de un correo electrónico enviado por la dirección a todos los miembros de la organización. Los participantes ocupaban diversas funciones (patrulla, supervisión, investigación), pero todos tenían cierta proximidad a la práctica de controles, ya sea porque son responsables de supervisarlos, porque utilizan la información resultante de ellos en sus investigaciones o simplemente porque utilizan esta herramienta en su trabajo cotidiano. La muestra estuvo compuesta por 11 hombres y 1 mujer, con 16,8 años de antigüedad en promedio. Todos los participantes pertenecían y se identificaban con la mayoría blanca no racializada.

Con una duración media de 72 minutos, estas entrevistas semidirigidas se estructuraron en torno a dos temas principales. La primera parte abordó la práctica del control de personas: las funciones que cumple para los agentes, los contextos en los que se ejecuta, etc. En segundo lugar, abordamos las acusaciones de racismo que pesan sobre la profesión policial y, en particular, sobre el cuerpo policial al que ellos pertenecen. Es esta segunda parte la que se utilizará aquí para explorar cómo ellos explicarían las disparidades observadas entre la población mayoritariamente blanca y las minorías racializadas tras el análisis de sus datos operativos. Las respuestas de los policías a esta pregunta también dieron la oportunidad de intercambiar acerca de las nociones de perfilamiento racial y de racismo sistémico, y de ver cómo los agentes de policía entrevistados comprenden estos términos. Realizadas durante el periodo de restricciones debidas a la pandemia, todas las entrevistas se desarrollaron por videoconferencia. Los intercambios fueron transcritos y luego analizados con el programa *TAMS Analyzer*.

Aunque 12 entrevistas es un número relativamente pequeño para realizar análisis cualitativos, conviene destacar varios aspectos de nuestro enfoque. En primer lugar, estas personas representan aproximadamente el 10% de todos los agentes de esa policía municipal. Por otra parte, el discurso recogido es sumamente homogéneo y la mayoría de los temas tratados (y en particular los que aquí nos interesan) alcanzaron rápidamente la saturación. En tercer lugar, tener acceso al mismo tiempo no sólo a los datos generados internamente por un cuerpo de policía, sino también a las representaciones de los propios agentes de esa fuerza, es muy inusual, lo que permite realizar comparaciones entre lo que piensan los agentes de policía y lo que dicen los datos cuantitativos que ellos mismos contribuyen a generar. No obstante, dado que los resultados están basados en un número relativamente bajo de entrevistas, debemos considerarlos de naturaleza exploratoria. Otros estudios podrán confirmar o rectificar nuestras conclusiones.

IV. Resultados, resistencias y racionalizaciones.

El primer resultado digno de atención se refiere al IDPC que, para la población afrodescendiente de este municipio, se sitúa en 3,3 (véase la Tabla 1). Este resultado fue inmediatamente cuestionado en una forma de resistencia inicial por los policías, que consistía en dudar de la validez de los datos del censo canadiense para los cuatro años estudiados. De hecho, al conocer nuestros primeros análisis, las autoridades policiales adujeron que la población afrodescendiente del municipio había aumentado considerablemente en los últimos años, por lo que el censo realizado en 2016 ya no sería adecuado como punto de referencia

Massimiliano Mulone – Victor Armony – Mariam Hassaoui

para todo el período analizado, lo cual llevaría a “inflar” las disparidades raciales observadas. Sin poder cuantificar este aumento ni demostrarlo con precisión, decidimos rehacer todos nuestros cálculos según un aumento hipotético en el que el 10% de la población general se identificaría como afrodescendiente en 2019, lo que nos pareció un aumento muy significativo que posiblemente exageraba la transformación de la población residente. Pero incluso con este escenario, las disparidades persisten, aunque la desproporción es, por supuesto, un poco menos pronunciada: el IDPC para la población afrodescendiente pasa de 3,3 a 2,6. Al respecto, notemos que el censo de 2021, ahora disponible, indica que la población afrodescendiente corresponde actualmente al 9,9% de la población general, lo que demuestra que las preocupaciones metodológicas planteadas por la dirección sobre el cálculo de la población de referencia estaban parcialmente – pero no totalmente – fundamentadas, y que el IDPC real para el período en estudio debe estar en algún punto entre los dos IDPC calculados. No obstante, este cambio no altera fundamentalmente el hallazgo principal: las personas afrodescendientes en este municipio son controladas desproporcionadamente por la policía como parte de sus prácticas proactivas de prevención.

El hecho de cuestionar los datos sobre la población de referencia como actitud de resistencia aparece en otras investigaciones, especialmente cuando se trata de intercepciones de vehículos (la población de conductores en un determinado tramo de ruta es extremadamente difícil de establecer a partir de datos oficiales) (Lamberth, 1994). Veremos a continuación que una variante de este argumento será utilizada por los agentes que entrevistamos.

Cabe señalar que, más que sobre la existencia de disparidades raciales, la policía produce formas de resistencia sobre cómo explicarlas (Jobard y Lévy, 2011). Todas las personas entrevistadas como parte de esta investigación se esperaban a que nuestros datos cuantitativos mostraran una brecha en el trato hacia las personas blancas y las racializadas. Todos ellos también nos advirtieron que no deberíamos ver esto como una forma de racismo por su parte y que estas diferencias podrían explicarse de manera diferente. Muchos policías nos hablaron de la importancia de la contextualización, de “desglosar” los datos, dando a entender que esta contextualización tendría sin duda el efecto de refutar las acusaciones de perfilamiento racial al proporcionar justificaciones de las disparidades observadas. Tres participantes también nos dieron la proverbial expresión de que “los números, podemos hacerles decir lo que queramos”. Recordemos que, precisamente, las cifras de su organización aún no se conocían en el momento de las entrevistas (los análisis estaban entonces en curso de realizarse), lo que constituyó tanto una ventaja como una desventaja para los intercambios. Por un lado, si hubiéramos completado nuestros análisis antes de las entrevistas, habría sido posible discutir las disparidades observadas de manera más directa y específica; por ejemplo, habría sido posible comparar las hipótesis de los participantes con nuestros resultados, y así ver cómo reaccionarían ante posibles contradicciones entre sus explicaciones y nuestras observaciones. Por otro lado, debido a que los resultados de los análisis cuantitativos no estaban disponibles, los policías entrevistados nos hablaron de manera indirecta, proponiendo las racionalizaciones más comunes para explicar las disparidades esperadas, racionalizaciones que fue posible (in)validar posteriormente.

Las racionalizaciones propuestas por los agentes de policía que participaron en la investigación pretenden neutralizar dos interpretaciones concomitantes pero algo diferentes,

Massimiliano Mulone – Victor Armony – Mariam Hassaoui

la del perfilamiento racial y la del racismo policial. La primera implica que las prácticas policiales proactivas de prevención (controles de personas e intercepciones de vehículos) están determinadas en parte por la identidad racializada de las personas involucradas. El policía generalmente negará esta interpretación afirmando que el color de la piel no influye en su decisión de intervenir, sino que, por el contrario, se basa en hechos observables (un comportamiento sospechoso, un posible delito). La segunda interpretación consiste en pensar que los policías, como miembros de una profesión, serían más “racistas” que el resto de la población, es decir, que tendrían más prejuicios raciales, incluso motivaciones racistas, y que entonces la policía sería por definición racista. También en este caso, se trata de una interpretación fácil de refutar por parte de los policías, quienes aducirán que ellos conocen a sus colegas mejor que nadie y saben que ninguno de ellos es “un racista”.

A partir de las entrevistas, fue posible identificar cinco racionalizaciones policiales diferentes que sirven para neutralizar las acusaciones de perfilamiento racial policial: por delincuencia diferenciada; por flujo diferenciado de población flotante; por delitos iniciados; por lugares criminalizados; y por llamadas de ciudadanos. Nos centramos en estas cinco explicaciones precisas por dos motivos: en primer lugar, porque constituyen las más compartidas por los entrevistados; en segundo lugar, porque son creíbles y, por tanto, merecen ser examinadas. Presentaremos ahora cada una de estas racionalizaciones y veremos en qué medida están respaldadas por los datos cuantitativos a nuestra disposición.

IV.1 La explicación por criminalidad diferenciada.

La primera racionalización consiste en afirmar que las personas controladas por la policía tienden a estar previamente asociadas al delito. Según los policías, estas personas tendrían generalmente antecedentes penales y por eso son de interés, no porque posean identidad afrodescendiente u otra. La idea que se sostiene aquí es que habría diferencias en términos de participación en el crimen dependiendo de la identidad racializada de los individuos: ciertos grupos etno-culturales estarían más inclinados a cometer delitos que otros. Por supuesto, ningún participante en la investigación se permitió afirmar que esta diferencia estaría ligada a un carácter intrínseco de las “razas”. Generalmente, por el contrario, la policía explica estas diferencias de manera social: ciertos grupos racializados están desfavorecidos a nivel socioeconómico, lo cual representa un factor de riesgo en términos de criminalidad. En otras palabras, las personas racializadas serían más delictivas, no por su identidad, sino porque son más pobres. Y es esta desigualdad socioeconómica, sobre la cual la policía no tiene control, la que explicaría según ellos las disparidades observadas. Este es un argumento que se esgrime con mucha frecuencia y para el cual desarrollamos un indicador específicamente dedicado a testear su validez: el índice de Exceso de Controles Según Delitos (IECSD). Los resultados tienden a demostrar que la explicación por delincuencia diferenciada dista mucho de ser satisfactoria. De hecho, el IECSD para la población afrodescendiente de este municipio es de 1,61, lo que significa que las personas afrodescendientes están controladas en un exceso de 61% en función de su presunta participación colectiva en la delincuencia. Así, aunque los afrodescendientes están ligeramente sobrerrepresentados en los delitos registrados por la policía en relación con su peso demográfico (representan 988 delitos de 9.060, o el 10,9%, en relación con un peso demográfico del 6,8%), esta sobrerrepresentación no explica las disparidades observadas en

Massimiliano Mulone – Victor Armony – Mariam Hassaoui

términos de controles. Además, para comprobar aún más directamente esta primera hipótesis policial, distinguimos los controles de personas con antecedentes penales de los controles realizados a personas que no tienen antecedentes. Si la hipótesis policial fuera cierta, las disparidades observadas deberían desaparecer al tratar únicamente a la población controlada que no tiene antecedentes. Sin embargo, al excluir de nuestros datos a todas las personas con antecedentes penales, el IDPC de las personas afrodescendientes se mantiene por encima de 3 (o sea superior al 300% con respecto a su peso demográfico), lo que significa que la interpretación por criminalidad diferenciada no permite explicar las disparidades raciales observadas.

IV.2 La explicación por población flotante.

Continuando con esta primera racionalización, otros agentes afirman que los destinatarios de sus intervenciones son individuos racializados de ciudades vecinas (Montreal y Laval) que vienen precisamente a su territorio para llevar a cabo actividades delictivas. Concretamente, los entrevistados afirmaron que, en muchas ocasiones, miembros racializados de pandillas callejeras procedentes de las grandes ciudades circundantes se trasladan a su municipio. Aquí encontramos la idea de que las personas controladas merecen serlo porque forman parte de la población delincuente (lo que los datos analizados no demuestran), pero también el hecho de que las disparidades en el trato no afectan realmente a los residentes del territorio cubierto por este servicio policial, sino a personas externas a dicha municipalidad. Esta racionalización añade al primer argumento una dificultad metodológica ligada a la medición de la población flotante: si bien es fácil conocer la distribución de una población que reside en un determinado territorio de Canadá (utilizando datos del censo), es mucho más difícil establecer el peso de la población que lo visita sin residir en él (la denominada “población flotante”). Si esta población flotante está particularmente racializada (y criminalizada), es cierto que el cálculo del IDPC se basará en datos distorsionados que no representan necesariamente la población residente. Nuevamente, ésta es una explicación que tiene mérito lógico y debe tomarse en serio. Por eso recalculamos el IDPC, esta vez excluyendo a todas las personas que no tienen domicilio en la municipalidad: el indicador desciende ligeramente de 3,29 a 3,11, lo que significa que los residentes afrodescendientes sufren de todos modos un riesgo mucho mayor de ser controlados por la policía que los residentes blancos del mismo municipio. Por lo tanto, la explicación por población flotante no es más satisfactoria que la primera racionalización y también debe ser rechazada.

IV.3 La explicación por delitos iniciados.

La tercera racionalización es otra justificación de las disparidades raciales que invoca la misión policial de lucha contra la delincuencia. En este caso específico, la idea es que las intervenciones policiales proactivas no están motivadas por perfilamiento racial, sino más bien por perfilamiento criminal, en el mismo sentido que implican las racionalizaciones anteriores. Según los entrevistados, muchos controles de rutina dan lugar a lo que llaman “crimen iniciado”, es decir, la identificación de un delito durante una intervención proactiva. Se trata de delitos que se detectan gracias a una iniciativa policial, de ahí el término “iniciado”. Estos delitos son motivo de gran satisfacción para los policías, en el sentido de que pueden decirse

Massimiliano Mulone – Victor Armony – Mariam Hassaoui

a sí mismos que, sin su vigilancia, o sin su buen instinto policial, un delito habría permanecido invisible y un criminal hubiera posiblemente quedado impune. Además, este argumento permite justificar los controles y las disparidades que allí se producen: si los controles revelan un delito iniciado, entonces las disparidades son justificadas en parte por el hecho de que contribuyen a la represión del delito (y por lo tanto, a la seguridad pública). Para verificar la validez de esta racionalización, realizamos un cálculo del IDPC teniendo en cuenta únicamente las intervenciones que no dieron lugar a un seguimiento (y, por tanto, en las que no fue necesario identificar ninguna infracción o dejar asentado un registro por el policía). El IDPC para los afrodescendientes disminuye ligeramente a 3,14, lo que nuevamente sigue siendo una diferencia insignificante en comparación con el 3,3 medido en términos de todos los afrodescendientes controlados. Incluso si la policía puede defender su práctica de control de personas diciendo que éste permite el descubrimiento de un delito iniciado, las disparidades observadas indican que los afrodescendientes que no cometen un delito (es decir, entre los cuales el control no permite develar ningún delito iniciado) también son tres veces más susceptibles de ser controlados que los blancos. Y esta disparidad específica no está en modo alguno justificada.

IV.4 La explicación por lugares criminalizados.

En cuarto lugar, varios agentes adujeron que una parte importante de los controles de personas afrodescendientes se produjeron en torno a “lugares de interés”. Más específicamente, la policía sabía que un bar, un local de striptease y un motel eran frecuentados por elementos delictivos (y particularmente por personas racializadas pertenecientes a pandillas callejeras). El motel, por ejemplo, sería utilizado para actividades de proxenetismo. Como estos lugares están especialmente vigilados, cualquier actividad sospechosa que se produzca en las inmediaciones corre el riesgo de dar lugar a una intervención policial, que entonces parece justificada, ya que participa directamente en la misión de represión de la delincuencia. Como disponíamos de la dirección exacta de los controles en la base de datos, fue relativamente fácil eliminar todos los controles que se habían llevado a cabo cerca de los tres lugares identificados por la policía. Sin embargo, al proceder de esta manera, el IDPC para las personas afrodescendientes se mantiene en 3, lo que invalida una vez más la explicación policial.

IV.5 Explicación por sesgos en llamadas.

Finalmente, varios agentes afirmaron que las disparidades pueden explicarse por los prejuicios raciales de los ciudadanos que llaman a la policía. De hecho, durante las entrevistas, les preguntamos directamente si alguna vez habían sido testigos de un comportamiento discriminatorio por parte de un colega, así como en el contexto de una llamada por parte de un ciudadano. Si en el primer caso las 12 personas entrevistadas nos respondieron negativamente, en el segundo ocurre todo lo contrario: todos los agentes dicen haber vivido una situación en la debieron efectuar un control de personas a causa de los prejuicios raciales de un ciudadano. Es decir, el racismo de quien llama a la policía para hacer una denuncia se trasladaría al accionar policial – que debe dar seguimiento a la llamada – lo cual puede aumentar las disparidades observadas sin que los policías sean los responsables de dichos sesgos. Sin embargo, una vez más, el análisis de los datos cuantitativos no da la

Massimiliano Mulone – Victor Armony – Mariam Hassaoui

razón a los agentes: el IDPC para los afrodescendientes sigue siendo alto (3,17) incluso cuando se excluyen del cálculo los controles policiales que resultan de la llamada de un ciudadano.

En resumen, como lo vemos en la Tabla 2, los policías entrevistados nos presentaron varias explicaciones alternativas al perfilamiento racial o al racismo policial para dar un significado “aceptable” – es decir, uno que no implique su responsabilidad – a las disparidades de trato observadas en sus intervenciones proactivas de prevención.

Tabla 2. Resumen de explicaciones alternativas al perfilamiento racial

Explicaciones de los policías	Ajuste del cálculo	IDPC para los afrodescendientes
Las personas controladas forman parte del universo delictivo. Suelen tener antecedentes penales y por eso atraen la atención policial (no por su identidad afrodescendiente).	Se excluyen del indicador las personas controladas que poseen antecedentes penales.	3,07
Vienen personas racializadas de localidades vecinas para realizar actividades delictivas. Los residentes afrodescendientes del municipio no son controlados excesivamente.	Se excluyen del indicador las personas controladas que no tienen domicilio en la municipalidad.	3,11
Los controles permiten develar delitos iniciados (crímenes que no se conocerían sin los controles). En tales casos, los controles están “justificados”.	Se excluyen del indicador los controles que dieron lugar a una medida judicial o a un arresto.	3,14
Los controles de personas afrodescendientes se realizan en lugares de interés policial específicos (bares, moteles) en los que están presentes por motivos ilícitos.	Se excluyen del indicador los controles efectuados en las inmediaciones de lugares vigilados por ser focos de actividad delictiva.	3,00
Las llamadas de los ciudadanos están teñidas de prejuicios raciales. Las disparidades podrían explicarse en parte por los controles que resultan de denuncias sesgadas y discriminatorias en las que el policía no tomó la decisión de intervenir.	Se excluyen del indicador los controles efectuados como resultado de la llamada de un ciudadano.	3,17

Las racionalizaciones propuestas por la policía no son nada descabelladas. Por el contrario, si funcionan de manera bastante eficaz es precisamente porque son enteramente creíbles, incluso parcialmente correctas. Es justo decir, por ejemplo, que las llamadas ciudadanas parecen tan discriminatorias como las intervenciones realizadas por la policía, lo que también se observó en investigaciones anteriores (Armony et al., 2019). Las cuestiones metodológicas asociadas con la población de referencia tampoco son necesariamente inválidas y merecen ser tomadas seriamente en cuenta. En otras palabras, los agentes de

Massimiliano Mulone – Victor Armony – Mariam Hassaoui

policía tienen razón al decir que las discrepancias observadas deben ponerse en contexto y que cualquier disparidad no puede atribuirse automáticamente al perfilamiento racial. El trabajo policial es complejo, depende de un gran número de factores y, aunque los agentes de policía tienen una gran autonomía de acción, el resultado de ésta no es solo atribuible a sus intenciones.

Pero si las explicaciones dadas por los agentes de policía tienen sus méritos, ninguna de ellas es satisfactoria, frente a los datos cuantitativos, para eximir a la organización policial de su responsabilidad en relación con la discriminación racial observada. Si las llamadas de los ciudadanos pueden trasladar prejuicios raciales, las intervenciones que inicia el policía por su propia decisión también aparecen sesgadas. Como vimos, si los controles efectivamente conciernen en parte a un cierto número de personas con antecedentes penales, la discriminación racial afecta a las personas sin antecedentes en proporciones similares. Es más, surge la pregunta de por qué, entre todas las hipótesis discutidas, se rechaza sistemáticamente la que sigue siendo la más obvia y probable: que las disparidades se expliquen porque la policía hace perfilamiento racial. Tal pregunta puede parecer muy ingenua, en el sentido de que no vemos por qué los policías admitirían ante investigadores externos que están efectuando algo ilegal e inhumano. Sin embargo, las entrevistas realizadas nos muestran que la agnotología del racismo en las prácticas policiales forma parte de procesos más complejos y sutiles de lo que parece y que no todo se reduce a un simple deseo de negar una realidad conocida de los actores.

VI. La índole de la duda.

Explicamos al principio del artículo que la agnotología puede seguir varios patrones. Puede ser parte de una estrategia concertada con el objetivo de producir ignorancia selectiva, en particular creando dudas sobre el vínculo de causa y efecto que se busca desacreditar (en este caso, entre el perfilamiento racial y las disparidades observadas en los datos). Por lo tanto, es posible que las autoridades policiales nieguen voluntariamente las acusaciones de racismo porque no quieren dañar las relaciones internas con sus agentes ni generar repercusiones negativas en su imagen pública. Además, en un contexto en el que se han iniciado varias acciones judiciales colectivas contra instituciones policiales de Quebec por discriminación racial, tal reconocimiento podría conllevar costos financieros importantes. En suma, existen varias razones por las cuales una organización policial y sus miembros no quieran reconocer el vínculo entre las disparidades de tratamiento de minorías y la discriminación racial.

Pero la agnotología también puede surgir de un ejercicio de censura, por ejemplo, ocultando información al público. Es cierto que cualquier organización generalmente es reacia a permitir que personas externas “hurguen” libremente en sus propios datos y, por lo tanto, a verse evaluadas y expuestas públicamente, sin tener un control total sobre las comunicaciones que resultan de ello. También entendemos que este reflejo corporativista, bastante natural, se refuerza aún más cuando el mandato consiste en documentar una práctica inhumana e ilegal como el perfilamiento racial. La resistencia de las organizaciones policiales (desde sus autoridades y desde su sindicato) a ver sus problemas revelados de esta manera es real, aunque no fue particularmente vehemente durante nuestro mandato con la policía municipal que abordamos en este estudio. En efecto, no sólo fuimos contactados

Massimiliano Mulone – Victor Armony – Mariam Hassaoui

directamente por la dirección de esta organización, sin saber nada de las conversaciones previas entre la municipalidad y su policía – o entre las autoridades policiales y el sindicato de policías – acerca de la realización de este estudio. Sin embargo, se nos requirió realizar dos reuniones preliminares con miembros del sindicato de policías antes de que dieran su aprobación a la fase cualitativa de nuestra investigación.

El tercer modo de agnotología es más sutil e inconsciente. Se construye en una forma de ceguera voluntaria, generalmente con el objetivo de mantener un velo de moralidad o una identidad social positiva. Esta es la tesis, por ejemplo, del filósofo Charles W. Mills quien, en su libro *The Racial Contract*, explica que el mundo occidental blanco evoluciona en una “epistemología de la ignorancia” (Mills, 2023, p. 147), negando profundamente la naturaleza racial del contrato social: el equilibrio del mundo moderno se construyó y continúa reposando sobre la idea de una jerarquía racial que estructura todas las relaciones sociales, políticas y económicas. Es más, esta “supremacía blanca” sólo puede sobrevivir porque se la niega constantemente y se la hace invisible, la mayoría de las veces refiriéndola a un pasado distante y superado. Mucha gente cree que hoy en día el racismo ha disminuido significativamente, en parte porque la noción de raza biológica se ha vuelto científicamente obsoleta y el uso de esta noción suele ser moralmente repugnante. Sin embargo, la discriminación contra los grupos racializados persiste, o incluso, en ciertos casos, aumenta (como es el caso, por ejemplo, de las tasas de encarcelamiento de los pueblos indígenas en Canadá [Chartrand, 2019]), dejando espacio para un “neoracismo” o racismo sin raza (Balibar y Wallerstein, 1988) que resulta tanto más difícil de combatir cuanto que no se manifiesta abiertamente como tal.

En el contexto de esta investigación, las racionalizaciones presentadas para explicar las disparidades sirven sobre todo para neutralizar las acusaciones de racismo y de discriminación racial. Aunque sigue siendo difícil pronunciarse con certeza sobre la manera en que estas racionalizaciones surgieron y se difundieron entre los agentes, las observaciones realizadas en esta investigación permiten reforzar la hipótesis de que la deslegitimación de las acusaciones de racismo por parte de la policía se inscribe en la agnotología. De hecho, el análisis de las entrevistas muestra hasta qué punto la policía refuta – con sinceridad aparente – las acusaciones de racismo. Varios entrevistados se alteraron emotivamente cuando se les preguntó cómo manejaban las acusaciones de racismo contra su organización. No sólo les resultó difícil a nivel personal, sino que afirmaron que ello no reflejaba en absoluto su propia experiencia en el trabajo. Por tanto, la reacción de todos los participantes no dejó lugar a dudas: según ellos, no existe ningún problema específico de racismo en la policía. Todos se mostraron de acuerdo en que, como en el resto de la sociedad, hay posiblemente “algunas personas racistas” en la policía, pero adujeron que esto no es ni generalizado ni más extendido que en otros ámbitos profesionales.

Para comprender la sinceridad de tales denegaciones, debemos acudir a otra parte de las entrevistas, es decir, allí donde abordamos la manera de definir el perfilamiento racial y el racismo sistémico. De hecho, es interesante ver cómo los agentes conciben las palabras utilizadas en el espacio público para describir las disparidades observadas en diversas investigaciones independientes sobre el accionar policial. A través de este proceso de encuadre, y particularmente a través del reduccionismo que ello implica, la denegación adquiere una nueva dimensión. Así, cuando se les pregunta sobre su forma de entender el

Massimiliano Mulone – Victor Armony – Mariam Hassaoui

racismo, y más generalmente en el contexto de los debates sobre este tema, los agentes le asocian dos características importantes: intencionalidad y valores. Para los policías, estas dos características son necesarias para que la acusación de racismo sea válida. En otras palabras, según ellos, para ser racista hay que tener necesariamente la intención explícita de atacar a personas racializadas, y esto, por la simple razón de que se adhiere a valores racistas. Según esta visión, un policía racista sería alguien que sale a perseguir personas racializadas porque las detesta o las desprecia. En la misma línea, encontramos (aunque de manera un poco menos generalizada en nuestra muestra) una comprensión errónea de la expresión "racismo sistémico" que confunde el adjetivo sistémico con sistemático, lo que suele llevar a la clásica respuesta de que, aunque haya quizás alguno que otro, "no todos los policías son racistas". A veces, también se invoca la intencionalidad necesaria, formulando la hipótesis de que para que el racismo sea sistémico, las autoridades (por ejemplo, los cuerpos policiales o los sindicatos de policía) tendrían que haberse concertado para implementar voluntariamente políticas y prácticas con el objetivo explícito de discriminar a las poblaciones racializadas. Por supuesto, los agentes perciben estas dos formas de definir el racismo sistémico como inadecuadas para describir la realidad, por un lado, porque no todos los agentes de policía son racistas (al menos no cuando el racismo está necesariamente vinculado a la intencionalidad y los valores) y, por otro lado, porque sería ridículo pensar que un cuerpo de policía podría tener un plan para que sus miembros actúen de manera racista (y que al mismo tiempo exista un sistema dentro de la policía cuyo objetivo sea explícitamente atacar a las poblaciones racializadas).

Estas formas de definir el racismo, así como el racismo sistémico, son muy reduccionistas, por no decir erróneas, en el sentido de que no tienen en cuenta la diversidad de mecanismos que producen la discriminación racial en nuestras sociedades. La discriminación racial no necesita una intención explícita para existir, como tampoco las prácticas discriminatorias necesitan necesariamente estar respaldadas por valores racistas para operar. Por el contrario, la naturaleza sistémica de la discriminación institucional a menudo se caracteriza por su alto grado de invisibilidad, porque está estrechamente entrelazada con las prácticas diarias más comunes (Bessone, 2013). Pero más allá de esta brecha con la realidad, lo importante aquí es entender que, al formular los términos de manera tan estricta, los agentes de policía están sinceramente convencidos de que las acusaciones son falsas e infundadas. Y están tanto más convencidos de ello cuanto que conocen a sus colegas y a su organización mucho mejor que quienes los descalifican. De hecho, se oponen al racismo, lo condenan y de ninguna manera consideran que exista una jerarquía entre grupos humanos basada en el concepto de raza, e incluso rechazan directamente la noción misma. Por lo tanto, a los ojos de la mayor parte de la policía, las acusaciones son falsas, están alimentadas por malicia o ignorancia, y sólo pueden negarse. Esta reacción también se ve reforzada por la experiencia personal de los agentes del orden. De hecho, cada uno de ellos nos dijo que habían sido acusados falsamente al menos una vez de intervenir por motivos raciales. Por ejemplo, varios se refirieron a interceptaciones de un vehículo tras una infracción del código de seguridad vial (exceso de velocidad, saltarse un semáforo en rojo) y mencionaron que la persona arrestada les dijo que había sido interceptada porque era afrodescendiente. Al hacerlo, cada policía puede presentarse como testigo directo de una acusación falsa de racismo por parte de alguien y reforzar, a partir de esta experiencia

Massimiliano Mulone – Victor Armony – Mariam Hassaoui

personal, el sentimiento de invalidez general de las acusaciones de racismo que se hacen contra la profesión. La sinceridad de la negación, asociada en gran medida con la comprensión estrecha de los términos “racismo” y “racismo sistémico” por parte de los agentes alimenta sin duda las racionalizaciones alternativas discutidas en este artículo. Más importante aún, la sinceridad de la negación contribuye directamente a la polarización de puntos de vista, haciendo que cualquier intento de reforma sea extremadamente difícil o imposible de implementar. De hecho, como las disparidades raciales estarían “justificadas” y no serían consecuencia de prácticas racistas por parte de la policía, cualquier nueva política, cualquier capacitación o cualquier intento de reforma serán vistos como inconducentes pues, si el problema no existe, ¿para qué reformar las prácticas policiales?

VII. Conclusión.

Los hallazgos de esta investigación nos parecen importantes en el marco de la lucha contra la discriminación policial hacia ciertos grupos racializados, ya que comprender estas lógicas de producción de la ignorancia constituye un paso necesario en vistas a reducir las disparidades de trato. Al revelar el funcionamiento de la agnotología policial frente a las acusaciones de racismo, se observa hasta qué punto los agentes están convencidos de la falta de legitimidad de dichas acusaciones, alimentando así una muy fuerte resistencia al cambio organizacional. Ciertamente, aunque nuestro estudio esclarece ciertas formas de racionalización y de negación por parte de los agentes, el análisis debería ser ampliado a todas las prácticas de producción de ignorancia propias a las organizaciones policiales, lo cual brindaría un retrato más completo de la agnotología a fin de poder deconstruir las narrativas policiales y eliminar las barreras al cambio. Finalmente, conviene resaltar otra limitación importante de nuestro trabajo, un aspecto que hemos evitado abordar hasta ahora: la ausencia de diversidad etnocultural en nuestra muestra de policías. De hecho, como especificamos en la sección metodológica de este artículo, todos los que participaron en nuestra investigación son blancos, lo cual se explica por el hecho de que la organización policial no cuenta con ningún miembro racializado. Si bien ello no invalida nuestro análisis, porque la gran mayoría de los agentes de policía provinciales tampoco son racializados, esto plantea la cuestión del punto de vista subjetivo de los policías, y más particularmente en lo que implica saber si lo observado en nuestro estudio se aplica a los policías racializados. ¿Estos últimos exponen racionalizaciones similares? ¿Entienden del mismo modo que los blancos los conceptos de discriminación racial y de racismo sistémico? ¿De qué manera sus propias experiencias influyen en su comprensión de las disparidades producidas por las prácticas policiales? Estas preguntas siguen abiertas por el momento.

Referencias

- Armony, V., Hassaoui, M. y Mulone, M. (2019). *Les interpellations policières à la lumière des identités racisées des personnes interpellées. Analyse des données du Service de Police de la Ville de Montréal (SPVM) et élaboration d'indicateurs de suivi en matière de profilage racial*, Montreal, Canadá.
- Armony, V., Boatswain-Kyte, A., Hassaoui, M. y Mulone, M. (2023). *Interpellations policières et profilage racial. Contextualisation de la pratique d'interpellation à la lumière de*

Massimiliano Mulone – Victor Armony – Mariam Hassaoui

- l'identité racisée des personnes interpellées et évaluation de la nouvelle politique d'interpellation*, Service de Police de la Ville de Montréal (SPVM), Montreal, Canadá.
- Balibar, E. y Wallerstein, I. (1988). *Race, nation, classe: les identités ambiguës*. Paris, Francia: La Découverte.
- Bernard, L. y McAll, C. (2010). Jeunes Noirs et système de justice: la mauvaise conseillère, *Revue du CREMIS*, 3(1).
- Bessone, M. (2013). *Sans distinction de race? Une analyse critique du concept de race et de ses effets pratiques*. Paris, Francia: Vrin.
- Boudon, R. (1990). *L'art de se persuader des idées fausses, fragiles ou douteuses*. Paris, Francia: Fayard.
- Boudon, R. (2003). *Raison, bonnes raisons*. Paris, Francia: Presses Universitaires de France.
- Brunson, R. K. et Weitzer, R. (2009). Police Relations with Black and White Youths in Different Urban Neighborhoods. *Urban Affairs Review*, 44(6), 858-885.
- Chartrand, V. (2019). Unsettled Times: Indigenous Incarceration and the Links between Colonialism and the Penitentiary in Canada. *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 61(3), 67-89.
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. (1988). *Enquête sur les relations entre le corps policier et les minorités ethniques et visibles*. Montréal, Canadá.
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. (2011). *Profilage racial et discrimination systémique des jeunes racisés*.
- Ontario Human Rights Commission. (2018). *A Collective Impact: Interim Report on the Inquiry into Racial Profiling and Racial Discrimination of Black Persons by the Toronto Police Service*.
- CRARR. (1984). *And Justice for All: Report on the Relations Between the MUC Police and Visible Minorities in Montreal*. Centre for Research-Action on Race Relations.
- Davis, A. (dir.) (2018). *Policing the Black Man: Arrest, Prosecution, and Imprisonment*. New York, EE.UU.: Vintage Books.
- Foster, L. y Jacobs, L. (2019). *Traffic Stop Race Data Collection Project II Progressing Towards Bias-Free Policing: Five Years of Race Data on Traffic Stops in Ottawa*. Ottawa Police Services Board, Canadá.
- Foster, L., Jacobs, L. y Siu, B. (2016). *Race Data and Traffic Stops in Ottawa, 2013- 2015: A Report on Ottawa and the Police Districts*. Ottawa Police Services Board, Canadá.
- Franta, B. (2021). Early Oil Industry Disinformation on Global Warming. *Environmental Politics*, 30(4), 663-668.
- Fridell, L. A. (2017). *Producing Bias-Free Policing: A Science-Based Approach*. Springer International Publishing.
- Griffiths, C. T., Montgomery, R. y Murphy, J. J. (2018). *City of Edmonton Street Checks Policy and Practice Review*. Edmonton Police Commission, Canadá.
- Jobard, F. y Lévy, R. (2011). Racial Profiling: The Parisian Police Experience. *Canadian Journal of Criminology and Criminal Policy*, 53(1), 87-93.
- Jobard, F., Lévy, R., Lamberth, J. y Névanen, S. (2012). Mesurer les discriminations selon l'apparence : une analyse des contrôles d'identité à Paris. *Population*, 67(3), 423-451.

Massimiliano Mulone – Victor Armony – Mariam Hassaoui

- Lamberth, J. (1994). *Revised Statistical Analysis of the Incidence of Police Stops and Arrests of Black Drivers/Travelers on the New Jersey Turnpike Between Exits or Interchanges 1 and 3 from the Years 1988 Through 1991*. American Civil Liberties Union.
- Landman, A., Cortese, D. K., y Glantz, S. (2008). Tobacco Industry Sociological Programs to Influence Public Beliefs About Smoking. *Social Science & Medicine*, 66(4), 970-981.
- Livingstone, A.-M., Rutland, T. y Alix, S. (2018). *Le profilage racial dans les pratiques policières : Points de vue et expériences de jeunes racisés à Montréal*. Informe preparado para MTL Sansprofilage. Montreal, Canadá.
- Manojlovic, D. (2018). *Understanding street checks: An examination of a proactive policing strategy*. Informe preparado para el Departamento de Policía de Vancouver, Canadá.
- Maynard, R. (2018). *NoirEs sous surveillance: Répression et violence d'État au Canada*. Montreal, Canadá: Mémoire d'Encrier.
- Mills, C. W. (2008). White Ignorance. En R. Proctor y L. Schiebinger (dir.), *Agnotology: The Making and Unmaking of Ignorance* (p. 230-249). Stanford, EE.UU.: Stanford University Press.
- Mills, C. W. (2023). *Le contrat racial*. Montreal, Canadá: Mémoire d'encrier.
- Proctor R. et Schiebinger L. (2008). *Agnotology: The Making and Unmaking of Ignorance*. Stanford, EE.UU.: Stanford University Press.
- Rowe, M. (2004). *Policing, Race and Racism*. Abingdon, Royaume-Uni: Routledge.
- Tanovich, D. (2006). *The Colour of Justice: Policing Race in Canada*. Toronto, Canadá: Irwin Law.
- Tator, C. y Henry, F. (2006). *Racial profiling in Canada: Challenging the Myth of "A Few Bad Apples"*. Toronto, Canadá: University of Toronto Press.
- Wortley, S. (2019). *Halifax, Nova Scotia: Street Checks Report*. Nova Scotia Human Rights Commission. Halifax, Canadá.
- Wortley, S. y Jung, M. (2020). *Racial Disparity in Arrest and Charges: An Analysis of Arrest and Charge Data from the Toronto Police Service*. Ontario Human Rights Commission. Toronto, Canadá.
- Wortley, S., Laniyonu, A. y Laming, E. (2020). *Use of force by the Toronto Police Service*. Ontario Human Rights Commission. Toronto, Canadá.

Massimiliano Mulone – Victor Armony – Mariam Hassaoui

Judith Resnik

**GLOBALIZACIÓN(ES), PRIVATIZACIÓN(ES), CONSTITUCIONALIZACIÓN, Y
ESTATIZACIÓN: LOS ÍCONOS Y LAS EXPERIENCIAS RELACIONADAS CON LA
SOBERANÍA EN EL SIGLO XXI.**

JUDITH RESNIK (Yale Law School)
resnik@yale.edu

Resumen: ¿Qué pueden ofrecer los Estados constitucionales democráticos que no puedan ofrecer las empresas multinacionales y la gobernanza mundial? Una respuesta a esta pregunta, que surge de resoluciones recientes de los tribunales de Israel y la India, es la policía y el encarcelamiento; dos actividades que constitucionalmente no pueden tercerizarse a proveedores externos.

La articulación de un derecho antiprivatización es novedosa, sin embargo, existe un largo historial de actividades reconocidas como propias del Estado que distribuyen beneficios entre sectores públicos y privados sin distinción de clases. La policía y las prisiones —junto con los tribunales como su conducto— no suelen figurar en la lista de “derechos sociales”, pero deberían hacerlo, ya que son servicios brindados por el gobierno cuyo objetivo es garantizar la seguridad tanto de los ciudadanos como del Estado.

La historia de estos servicios es una hoja de ruta hacia la estatización, la constitucionalización, la privatización y la globalización, ya que las interacciones entre ciudadanos, gobierno y terceros brindaron contenido a las funciones de la policía, jueces y oficiales penitenciarios. Estos actores, a su vez, llegaron a personificar el Estado. Durante el siglo XX, las constituciones y las convenciones internacionales impusieron nuevos límites a la policía, los jueces y las prisiones al reconocer a las personas sometidas a su autoridad como titulares de derechos.

Sin embargo, si las instituciones de vigilancia, confinamiento y control son las únicas relaciones obligatorias que tienen los gobiernos, entonces los Estados constitucionales democráticos se distinguen de las organizaciones corporativas y transnacionales únicamente por su capacidad para legitimar la imposición de la violencia. Para que la soberanía constitucional se una a la privatización y a la globalización como sustento de las metanarrativas del siglo XXI, es necesario ofrecer algo más que prohibición y castigo. Para ello, es necesario traducir las grandes ambiciones del siglo XX -igualdad y dignidad- en instituciones que posean la envergadura otorgada a la policía, los tribunales y las prisiones. Es necesario que otras funciones infraestructurales se desempeñen como actividades estatales en las que participen los ciudadanos y el Estado y, a través de las cuales, se desarrollen normas colectivas. Un ejemplo de ello son los servicios postales, reconocidos en aproximadamente cuarenta constituciones, que asignan al gobierno responsabilidades o protegen la confidencialidad del correo. Sin embargo, el correo también se encuentra en riesgo de perder su identidad como plataforma pública en manos del Estado que ofrece un servicio dentro y fuera de las fronteras.

Judith Resnik

Abstract: What can democratic constitutional states offer that multinational corporations and global governance cannot? One answer, coming from recent decisions by courts in Israel and India, is policing and incarcerating, held to be activities that could not be constitutionally outsourced to third-party providers.

The articulation of an anti-privatization right is novel, but the activities it recognizes as belonging to the state have a long track record of distributing benefits across class lines to both public and private sectors. Police and prisons—along with courts as the conduit—are not often listed as “social rights” but ought to be, for they are government-provided services aiming to make both the citizenry and the state secure. The history of these services is a road-map to statization, constitutionalization, privatization, and globalization, for the interactions among citizens, government, and third parties gave content to the roles of police, judge, and prison official. These actors in turn came to personify the state. During the twentieth century, constitutions and international conventions imposed new constraints on police, judges, and prisons when those subject to their authority gained recognition as rights holders.

Yet if institutions of surveillance, confinement, and control are the only obligatory relationships that governments have, democratic constitutional states distinguish themselves from corporate and transnational organizations solely through their unique capacity to legitimate the imposition of violence. For constitutional sovereignty to join privatization and globalization as sustaining twenty-first century metanarratives entails offering more than prohibition and punishment. To do so requires translating the great ambitions of the twentieth century—equality and dignity—into legible institutions with the gravitas associated with police, courts, and prisons. Other infrastructure functions need to be elaborated as state-based activities in which citizen and state partake and through which collective norms develop. Exemplary are postal networks, inscribed in some forty constitutions that allocate government responsibilities for or protect the confidentiality of the post. Yet, postal services are now also at risk of losing their identity as state-supported public platforms offering universal services within and across borders.

Forma de citar: Resnik, J. (2024). Globalización(es), privatización(es), constitucionalización, y estatización: los íconos y las experiencias relacionadas con la soberanía en el siglo XXI. *Prisiones. Revista digital del Centro de Estudios de Ejecución Penal*, 2 (6), 21-66.

Recibido: 24-10-2024 | Versión final: 30-01-2025 | Aprobado: 05-02-2025 | Publicado en línea: 14-02-2025



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

Judith Resnik

GLOBALIZACIÓN(ES), PRIVATIZACIÓN(ES), CONSTITUCIONALIZACIÓN, Y ESTATIZACIÓN: LOS ÍCONOS Y LAS EXPERIENCIAS RELACIONADAS CON LA SOBERANÍA EN EL SIGLO XXI.¹

Judith Resnik²

I. "Ización".

La globalización y la privatización, a pesar de que refieren a dos procesos de cambio que operan en contextos diversos, codifican dos grandes metanarrativas que marcan una nueva visión del status quo. Dado que estas son las palabras propuestas para los ensayos que conmemoran los diez años de I-CON, la cuestión se centra en la relación entre la globalización y la privatización con el Estado, un lugar de autoridad constituido por leyes e instituciones, por prácticas ecológicas y culturales, por un territorio que delimita los parámetros de su poder y por su propia comunidad imaginada. El desarrollo del constitucionalismo añade otra capa, autorizando simultáneamente la acción del Estado e imponiendo restricciones a la forma en que éste puede gobernar.

El sufijo "ización" ha pasado a formar parte de tantas palabras inglesas que ha perdido la connotación que una vez tuvo, utilizado para identificar los esfuerzos destinados a crear una identidad estatal tras la colonización (Barnhart, 1995). En el siglo XX, el término "indianización" se utilizó para describir la política británica que buscaba "aumentar el número de indios nativos elegidos para la asamblea legislativa en la India" con el fin de lograr una "transferencia de autoridad a los ciudadanos nativos" (Barnhart, 1995, p. 548). En la década de 1950, su uso se empleó en "Egipcianización" y "Nigerianización", seguido de "Vietnamización" cuando Estados Unidos intentó reclutar vietnamitas para continuar con los esfuerzos anticomunistas en Indochina (Barnhart, 1995).

La "ización" también opera sobre lo "privado" y lo "global" para captar la direccionalidad de los movimientos de poder, y sobre lo "público" y lo "nacional" para desplazar funciones y atribuciones del Estado (sea un gobierno constitucional o no) hacia otros lugares. Las empresas privadas, que atraviesan las fronteras nacionales, se encargan de proveer algunos servicios (como la gestión de cárceles, la vigilancia policial, el arbitraje, la administración de puertos, el suministro de combatientes, la educación, la provisión de vivienda o los servicios

¹ Publicación original: Resnik, J. (2013). Globalization(s), privatization(s), constitutionalization, and statization: Icons and experiences of sovereignty in the 21st century, I-CON, 11(1), pp. 162–199, disponible <http://icon.oxfordjournals.org/>.

Traducido al español por Guido Campos Moreno, Martin Crosch, María Victoria Dominguez, Lourdes Irina Vázquez y Sofía Vilches. Corregido por Lourdes Irina Vazquez. Revisión general a cargo de Ramiro Gual.

² Agradezco a Dennis Curtis, Susanne Baer, Aharon and Erika Barak, Seyla Benhabib, Richard Brooks, Daniela Caruso, Aparna Chandra, Jonathan Curtis-Resnik, Rashi Fein, Cristiane Galvao, Vicki Jackson, John Langbein, Miguel Maduro, Daniel Markovits, Thomaz Pereira, Michel Rosenfeld, Kim Scheppele, Peter Schuck, Reva Siegel, Elinor Slater, Brian Soucek, Patrick Weil y todos los participantes en el Workshop de la Facultad de Yale por los intercambios sobre estas ideas. A Camilla Tubbs, Michael Vanderheijen y Sarah Kraus por los consejos de investigación. A Efy Michaely por la documentación sobre litigios. A Laura Beavers, Caitlin Bellis, Edwina Clarke, Gloria Gong, Brian Holbrook y Matthew Letten por su investigación emprendedora y perspicaz. Y a Norman Dorsen, cuya enseñanza e investigación innovadoras allanaron el camino hacia la fundación de I-CON.

Judith Resnik

sanitarios) que, si bien históricamente han sido identificados como actividades del Estado, en la actualidad se han vendido a empresas multinacionales que anuncian sus servicios como más flexibles y competentes que los de los gobiernos.

A diferencia de la era Westfaliana, caracterizada por fronteras físicas claramente delineadas, actualmente la privatización y la globalización flotan libres de los límites de lo material. Su interacción magnifica la conectividad a través de modos operativos compartidos que traspasan las fronteras geográficas. Pero ¿quién comparte qué con quién? ¿Qué identidades se construyen y cómo se forman las empresas conjuntas? A diferencia de los Estados constitucionales, la globalización y la privatización convierten la acción en anónima y ambigua, haciendo opacos los mecanismos y los resultados de las transferencias. Las nuevas sedes no se encuentran totalmente localizadas, tanto por los caprichos sobre que se considera “privado” y que “global”, como por el difuso y, a veces limitado, acceso a la información en estos ámbitos (Sassen, 2006).

De hecho, la amplia literatura que ofrece diversas evaluaciones de la innovación, la importación, las utilidades y los impactos distributivos de la privatización y la globalización, las considera (conjunta y separadamente) como agentes erosivos de la soberanía de los Estados, al mismo tiempo que están integradas en los Estados y son producidas a través de ellos (Ip, 2010; Hamann y Ruiz Fabri, 2008; Walker, 2008; Caruso, 2006; Stark, 2000). La privatización y la globalización pueden ser creadas o aprobadas normativamente (ya sea mediante decreto del poder ejecutivo, legislación, tratado, contrato o subvención); pueden crear instituciones legales (produciendo un número cada vez mayor de organizaciones transnacionales, que atraen a actores de los estados nación y del sector privado -Cassese, 2010; Stephan, 2011; Resnik, Civin y Frueh, 2008); pueden estar impregnadas por la ley (como en el caso del desarrollo por parte de entidades privadas de normas transnacionales incorporadas a las obligaciones nacionales -Stewart y Ratton Sánchez Badin, 2011- y la estructuración de sistemas constitucionales transnacionales -Stone Sweet, 2009), pueden evadir la ley (tal como las empresas que cruzan las fronteras para escapar de los regímenes reguladores) y pueden ir en contra de la ley (tal como las redes terroristas o de drogas -Scheppele, 2007).

En cuanto a la relación con las constituciones, “lo global” ha pasado a desempeñar un papel importante en el discurso. Se postula que las constituciones son tanto objeto como agente en los debates sobre adaptación, aislamiento, compromiso, pluralismo, trasplante, homogeneización, fragmentación, migración, universalismo y cosmopolitismo (Jackson, 2010; Maduro, 2012; Frankenberg, 2010; Resnik, 2006; Johnston y Powles, 2004; Lindhal, 2011; Rosenfeld, 2011). La jurisprudencia aborda cuestiones de constitucionalismo transnacional, por ejemplo mediante la fundación de I-CON, lanzada en 2003 “para cubrir una necesidad creada por la reciente tendencia hacia la globalización de las normas constitucionales” (Dorsen y Rosenfeld, 2003)³ y reiterada en 2010 cuando se realizó el pase del cetro editorial de I-CON (Weiler, 2010).

Por el contrario, la privatización no ha sido un tema muy tratado en los debates constitucionales, y los intentos ocasionales de solicitar una revisión judicial para limitar la privatización han sido generalmente rechazados. Como comentó un comparativista

³ Una revista jurídica que (por lo menos) lo deja en claro con su nombre. Ver, Kanwar & Singh, 2010.

Judith Resnik

(convocado para oponerse a un recurso de inconstitucionalidad contra una cárcel privada en Israel), las funciones que eran “componentes esenciales del gobierno eran cuestiones de preferencia política, económica y social (...) que, en una democracia, deben dejarse a la elección del electorado” (Jowell, 2006, p. 30).⁴ Además, opinó que, dada la historia de las actividades que se desplazan entre el gobierno y el sector privado, cualquier búsqueda esencialista de las funciones básicas del gobierno es poco aconsejable.⁵

Algunas decisiones rompen el silencio constitucional sobre la privatización. Una de ellas, es el fallo dictado por el Tribunal Supremo de Israel en 2009 en un caso cuyo nombre (*Academic Center of Law and Business v. Minister of Finance*) no da ninguna pista de que su objeto sean las prisiones⁶. En 2004, el Parlamento israelí licitó una prisión “privada” con 800 camas, gestionada por una empresa con ánimo de lucro bajo la obligación de rendir cuentas y cumplir con la normativa gubernamental. El litigio supuso un intercambio constitucional global entre partes privadas y estatales que compararon el grado de privatización israelí con los modelos inglés, francés y estadounidense⁷. La empresa que había ganado la licitación para el contrato incluía inversores de varios países⁸, y las partes contrarias ofrecieron

⁴ La Corte Suprema israelí luego decidió HCJ 2605/05 *Academic Center of Law and Business v. Minister of Finance* [2009] (Isr.), https://elyon1.court.gov.il/files_eng/05/050/026/n39/05026050.n39.htm [en adelante, Academic Center, como referencia a su traducción en inglés y con los nombres de los jueces y párrafos citados].

⁵ Jowell señaló que ciertas actividades, como la “policía y defensa” sumado a “prerrogativas reales” de los poderes de common law de la Corona, tales como la creación de tratados, la investigación penal y la disolución del parlamento, bien podrían ser potestades centrales de los gobiernos (2006, p. 29-31).

⁶ En *Academic Center* la Corte Suprema israelí también hizo referencia a una sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica, la cual había defendido un “modelo de ‘privatización parcial’” de una prisión. Véase *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Sentencia N. 2004-10492 del 28 de septiembre de 2004*, disponible en

http://200.91.68.20/pj/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=TSS&nValor1=1&nValor2=309611&strTipM=T. Algunas otras cortes han lidiado con desafíos en la privatización de servicios. Por ejemplo, la Corte Constitucional alemana requirió supervisión judicial sobre los efectos de la privatización en los trabajadores que habían sido empleados estatales. Véase *Bundesverfassungsgericht [BVerfG] 1 BvR 1741/09, 25 de enero de 2011*, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/01/rs20110125_1bv174109.html. Otras cortes han rechazado la revisión judicial de las privatizaciones, relacionado con el desarrollo económico. Véase, por ejemplo, *Delhi Science Forum v. Union of India and Another*, AIR 1996 SC 1356 (donde se rechazó la impugnación a una política de telecomunicaciones que permitía la entrada del sector privado).

⁷ Una entidad “privada” —la Academic Center of Law and Business— “actuando como peticionante público” (acompañado por un ex director del Servicio Penitenciario israelí y luego por un prisionero) desafió una promulgación legislativa de 2004 que autorizaba una prisión privada. Esta universidad “privada” de derecho es innovadora por sí sola, en tanto previo a la fundación de otra entidad en 1994 (el Interdisciplinary Center), solo se podía acceder a la educación jurídica mediante universidades parcialmente financiadas por el Estado, que imponía un límite a las matrículas. La configuración del litigio también refleja la predisposición de Israel para aceptar a los litigantes “privados” con legitimación para presentar tales demandas.

⁸ A.L.A Management and Operations, una empresa israelí con inversores no israelíes, “fue integrada con el propósito específico de ofertar”. Dicha empresa construyó un nuevo establecimiento cerca de Beer-Sheba para 800 presos; luego de la decisión, el edificio fue vendido al Servicio Penitenciario israelí. Ver, Harding, 2012.

Judith Resnik

declaraciones de expertos jurídicos sobre las leyes de Francia, Sudáfrica, Reino Unido, Estados Unidos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁹

El Tribunal Supremo de Israel, por su parte, realizó su propio “análisis comparativo” para abordar “el fenómeno de la privatización de las prisiones en todo el mundo”.¹⁰ Tras estudiar la jurisprudencia de diversos países y varias teorías políticas, los magistrados concluyeron que la privatización, como política interna, era constitucionalmente lesiva ya que la legislación que aprobaba la prisión violaba la dignidad humana y la libertad de los presos, expresamente protegidas por una de las Leyes Fundamentales de Israel. La “novedad” de un “derecho constitucional contra la privatización” ha suscitado anteriormente comentarios en las páginas de I-CON.¹¹

Esta es una decisión en la que vale la pena detenerse más de una vez para analizar, no solo lo que se prohibió (que empresas privadas realicen una actividad que el tribunal definió como intrínsecamente violatoria de los derechos humanos de los detenidos),¹² sino que también sugiere *lo que sí podría* privatizarse, que son muchas otras funciones del Estado. El tribunal afirmó que su sentencia se basaba en la cuestión de los derechos individuales de las personas privadas de la libertad y no en un análisis estructural de lo que constituye el “núcleo duro de los poderes soberanos” que no puede delegarse “en empresas privadas”¹³ a pesar de que la decisión identificaba implícitamente el encarcelamiento como una función gubernamental de este tipo.

Una identificación explícita de otra actividad -la policial- como una de las “funciones esenciales del Estado” e indelegable procede del Tribunal Supremo de la India.¹⁴ En 2011, en el caso *Sundar v. Chattisgarh*, dicho tribunal sostuvo que la designación por parte del Estado de Chattisgarh de “agentes especiales de policía” o “SPO” (a quienes el tribunal denominó “grupo de vigilancia civil armada” enviado para contrarrestar un movimiento de “insurgencia maoísta/naxalita”) infringía los derechos constitucionales de aquellas personas, así como los derechos de otros miembros de la sociedad. La selección de “jóvenes” con

⁹ Jeffrey Jowell, consultado por el Ministro de Finanzas israelí, ofreció una “perspectiva comparativa” de las “jurisdicciones investigadas” en el Reino Unido, Sudáfrica y la Convención Europea de Derechos Humanos. Concluyó que la privatización de las cárceles, bajo la normativa de dichos países, no confería una “función ejecutiva esencial sobre un actor no estatal” ni constituía una “ofensa a la dignidad humana y la libertad personal de los prisioneros” (2006, p. 7–11).

¹⁰ *Academic Center*, 57, 61 (Beinisch).

¹¹ Medina (2010) refirió la decisión como la primera en la historia israelí en anular un “cuerpo legislativo completo” en lugar de declarar inválido una porción.

¹² “La potestad de encarcelar implica una continua violación a los derechos humanos”. *Academic Center*, en la introducción, 21–22 (Beinisch). La Presidente del Tribunal Supremo también señaló que, si bien no se habían planteado ante el Tribunal los problemas que se desprenden de otras formas de privatización, diversas funciones, como el nombramiento de un particular para enjuiciar, ejecutar sentencias judiciales y dotar de personal a centros psiquiátricos, “no estaban tan estrechamente relacionadas con las funciones intrínsecamente soberanas del Estado... [como] aquellas que involucran la gestión y el funcionamiento de una prisión”.

¹³ *Academic Center*, 63 (Beinisch).

¹⁴ *Sundar y otros v. Chattisgarh*, (2011) 7 S.C.C. 547, 73 [en adelante *Sundar*]. El caso fue presentado por partes “privadas”: un sociólogo y un historiador, así como un ex ministro del gobierno. Se trataba de los nombramientos efectuados en virtud de la ley de 2007 de Chattisgarh relativa a los agentes de policía especiales (SPO), que el tribunal comparó con la Ley de Policía de la India de 1861, que también autorizaba a reforzar las fuerzas policiales estatales con fuerzas especiales.

Judith Resnik

escasa formación para ser SPO menoscababa la dignidad de los nombrados, violaba su igualdad al darles menos formación que a los policías empleados por el Estado, y los privaba a ellos y a los demás de su libertad, al poner en peligro sus vidas.¹⁵ De este modo, el Estado había incumplido sus “obligaciones positivas” de “proteger los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, y en algunos casos incluso de los no ciudadanos, y de lograr para la población de la India condiciones en las que se proteja su dignidad humana y se les permita vivir en fraternidad”.¹⁶

El Tribunal indio sancionó a Chattisgarh por permitir a empresas multinacionales la explotación de sus recursos naturales y, de esa forma, exacerbar las disparidades de riqueza que alimentaron los disturbios¹⁷. La “política de privatización” de Chattisgarh lo había “incapacitado, real e ideológicamente, para dedicar sus recursos financieros adecuados a la creación de la estructura necesaria para controlar el descontento social desatado”.¹⁸ El tribunal también expresó su “profunda consternación” por el hecho de que la Unión de la India hubiera desatendido sus obligaciones constitucionales de supervisar la actuación policial del Estado.¹⁹ La obligación de la India de garantizar la seguridad de sus ciudadanos (mediante una policía profesional “debidamente entrenada y adecuadamente equipada”) es una obligación que no puede “renunciarse o cumplirse mediante la creación de cuadros temporales con distintos grados de autonomía”.²⁰

¿Cuál es el atractivo de calificar ciertos servicios como “gubernamentales”? Uno de los principales desafíos conceptuales de siglos pasados fue cómo legitimar la autoridad para perseguir objetivos colectivos. Cuando Dios y la monarquía dejaron de ser suficientes, la provisión de “paz y seguridad” se convirtió en pilar de la soberanía, que se manifestó a través del desarrollo de estructuras administrativas para vigilar, juzgar y castigar. Los regímenes democráticos ofrecían otra base, la soberanía popular, en la que la relación entre el ciudadano y el Estado legitimaba a los gobiernos a imponer la violencia en sus propias poblaciones. Las constituciones —democráticas y no democráticas— codificaban tanto esa autoridad como sus límites.

Los movimientos igualitarios del siglo XX, que desplazaron el centro de atención del nacionalismo al autogobierno democrático, agregaron otro estrato mediante la incorporación de obligaciones en constituciones antiguas y la redacción de otras nuevas que incluyeran a

¹⁵ *Sundar y otros v. Chattisgarh*, (2011) 7 S.C.C. 547, 23, 41, 60–64 (citando los artículos: 14. Igualdad ante la ley, 21. Protección de la vida y de la libertad personal y el preámbulo de la Constitución de la India).

¹⁶ *Id.*, 41.

¹⁷ *Id.*, 9, 12-14.

¹⁸ *Id.*, 53, 4-20.

¹⁹ *Id.*, 41.

²⁰ El Tribunal puso un límite a la Ley de Policía de Chattisgarh de 2007 restringiendo el papel de los SPO. El tribunal también ordenó que India dejara de financiar el uso indebido de los SPO, que el Estado recuperara las armas entregadas y que garantizara de forma directa la seguridad adecuada. *Id.*, 73- 75. Una cuestión diferente son los requisitos que el gobierno puede imponer a quienes emplea. Por ejemplo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha anulado una ley estatal que prohibía a los no ciudadanos ser miembros de su colegio de abogados, mientras que ha confirmado una ley estatal que exigía a los profesores de las escuelas públicas ser ciudadanos y no extranjeros con residencia permanente. Ver la comparación entre *In re Griffiths*, 413 U.S. 717 (1973) y *Ambach v. Norwick*, 441 U.S. 68 (1979).

Judith Resnik

todas las personas, independientemente de su raza, etnia y género, en el círculo de los titulares de derechos (Joerges & Singh Ghaleigh, 2003). Las aspiraciones de los Estados se ampliaron a medida que las constituciones desarrollaban una serie de derechos que iban más allá de la seguridad. La Constitución de la India, por ejemplo, protege el derecho a la educación y el acceso a la asistencia legal, por otro lado, varias constituciones de América Central y del Sur incorporaron derechos medioambientales. Sin embargo, los problemas de su aplicación persisten al igual que las desigualdades radicales que plantean nuevos desafíos para legitimar la acción colectiva y ampliar las oportunidades por encima de las diferencias de clase.

Muchas de las tareas que históricamente se han asociado con la soberanía —hacer la guerra, cobrar impuestos y legislar— pueden sentirse alejadas de grandes sectores de la población, ya sea porque las actividades tienen lugar en el extranjero, involucran a un pequeño grupo de personas, son esporádicas o se concentran en un único lugar, como en la ciudad en la que se asienta una legislatura. En cambio, las instituciones en las que los soberanos han confiado la vigilancia y el control, como la policía, tribunales y prisiones, convierten la figura abstracta del gobierno en una presencia material, personificando al Estado y demostrando su capacidad para proveer bienes y servicios, paz y seguridad, que representan utilidades tanto para el sector privado como para el público. De ahí que una parte de este comentario se dedique a describir cómo estas actividades ayudaron a crear el Estado, se convirtieron en artefactos del Estado y sirvieron de trampolín para el desarrollo de normas sobre el Estado.²¹

A través de millones de intercambios, en las esquinas de las calles y en el interior de los tribunales y las prisiones, se han configurado reglas que expresan valores sobre la relación entre gobernados y gobierno²². Las prácticas en estas instituciones producen normas e ideologías que hacen que palabras como “policía”, “juez” y “director de la prisión” sean inteligibles y estén cargadas de expectativas de comportamiento. En muchas épocas, esas normas autorizaban el poder autocrático; las jerarquías de estatus hacían que algunas personas sufrieran abusos en las calles, fueran marginadas en los tribunales y maltratadas en las cárceles, ya que los personajes de policía, juez y guardiacárcel encarnaban un control inhóspito y a menudo opresivo.

Más recientemente, las constituciones democráticas han añadido atributos que instituyen a estos agentes estatales como responsables y obligados. Los mandatos constitucionales actualmente enmarcan los intercambios y exigen que los funcionarios capacitados traten a las personas (sospechosos, detenidos, litigantes, testigos) con dignidad. Además, en el plano infraconstitucional, densas reglamentaciones (como los códigos de procedimiento penal y civil y los manuales de policía) formalizan y estructuran estas interacciones, aun cuando el contenido de las obligaciones sigue siendo objeto de intenso desacuerdo y los fracasos en la práctica son habituales. También se están desarrollando nuevos modelos, recogidos en expresiones como “policía comunitaria”, “justicia terapéutica” y “centros correccionales residenciales”.

²¹ Este trabajo se suma así a otros y profundiza las narrativas de financiación estatal más allá del paradigma fiscal-militar. Véase por ejemplo, Pincus & Robinson, 2016; Hindle, 2002.

²² Una visión comparativa que permite vislumbrar la riqueza de la actividad, la atención y la regulación de los tribunales, se observa en el ensayo *Ordinary Proceedings in First Instance* (Kaplan et al, 1984).

Judith Resnik

Ya ha sido trazada la relación entre el mantenimiento del orden y la formación del Estado que convirtió al agente de policía en “el representante más visible del Estado”,²³ al igual que las tendencias contemporáneas a privatizar y globalizar el mantenimiento del orden (Sklansky, 1999; Nadelman, 1993). En este punto, basándome en otros trabajos (Hindle, 2002) y contemplando las contribuciones hechas por los tribunales y por las prisiones al desarrollo estatal, buscó realizar una apreciación de la longevidad de estas instituciones como fuentes de expresiones de soberanía y de la novedad de sus actuales obligaciones constitucionales. A continuación, me centraré en los esfuerzos por privatizar estos servicios y en las implicancias que trae aparejada la idea de que las funciones policiales, judiciales y penitenciarias no son constitucionalmente delegables completamente en el sector privado ni transferibles a la esfera global.²⁴

La insistencia de los Tribunales Superiores de la India y de Israel de que la policía y las cárceles privadas violaban la constitución de cada país, torna exigible la obligación estatal de dotar de personal a determinadas instituciones. Aunque no suelen considerarse “derechos sociales”, la policía, los tribunales y las prisiones son servicios prestados por el gobierno que deben añadirse a la lista donde suelen ubicarse los derechos a la educación, la salud y el trabajo (Barak-Erez & Gross, 2007). Estos derechos sociales más antiguos están integrados en el esfuerzo más amplio por generar un entorno seguro en el que las instituciones políticas y económicas puedan funcionar y prosperar. La policía, los tribunales y las prisiones han llegado a parecer tan naturales para el gobierno que pasan desapercibidos por requerir importantes compromisos estatales de apoyo a los servicios cotidianos. Las infraestructuras que las legislaturas han financiado para mantener estas funciones (con intervenciones ocasionales del poder judicial y la supervisión de funcionarios del ejecutivo) iluminan las formas en que se podría dar contenido a los derechos sociales de más reciente creación. Estos ejemplos incitan a preguntarse qué otros derechos estructurales deberían integrarse en las actividades de bienestar político-social de los Estados democráticos.

Mi argumento es que estas formas de interacciones identitarias se *convierten* en funciones estatales al situarlas fuera del ámbito de la provisión total por parte de terceros, incluso cuando, como ejemplifican los Tribunales Supremos israelí e indio, la decisión de externalizar puede ser el producto de una toma de decisiones democrática. Es necesario construir otros derechos de este tipo —no esencializarlos, sino *crearlos*— para que las personas puedan experimentar a los Estados democráticos como recursos vitales que facilitan el debate colectivo sobre la importancia de la identidad estatal y produzcan beneficios intergeneracionales por encima de las diferencias de clase y raza. La construcción de relaciones entre el Estado y los ciudadanos a través de experiencias que van más allá de la vigilancia de Michel Foucault (incluso cuando están reglamentadas por normas

²³ Palmer atribuyó el auge de la actividad policial al temor a los disturbios civiles; su relato identifica el desarrollo de la actividad policial como un esfuerzo político por garantizar control civil, en contraste con control del delito (1988, p. 7–11). Véase también Beattie, 2001.

²⁴ La distinción entre las normas internacionales de derechos humanos y su aplicación a escala nacional y local está bien definida. Lo “global” puede producir su propia policía, tribunales y prisiones, pero la escala y las realidades de su existencia material sitúan a los individuos en tiempo y en espacio y, por tanto, es probable que los Estados (aunque no necesariamente con su configuración actual) sigan garantizando estas funciones y (como sostengo en este ensayo) muchas otras. Véase al respecto Benhabib, 2011.

Judith Resnik

constitucionales) confiere a los Estados una identidad basada en algo más que el control y ofrece a los individuos otro rol además del de clientes.

Los desafíos son muchos, entre ellos si se pueden establecer criterios normativos para identificar los servicios que los Estados deben prestar. El Tribunal Supremo de Israel, al insistir en que basaba su sentencia en los derechos fundamentales de los detenidos, trató de evitar las dificultades —dentro de un sistema político, por no decir a escala mundial— de articular tales criterios.²⁵ Algunos juristas constitucionalistas también han pensado si corresponde determinar una función como “atributo esencial” del gobierno²⁶. Tantas actividades han sido y son una mezcla de acción pública y privada que decidir cuándo aplicar la etiqueta de “acción estatal” genera mucha doctrina. Incluso cuando hablamos hoy en día de “holandeses” e “ingleses” como autoridades coloniales, gran parte del ejercicio de esa forma de “soberanía” —incluida la vigilancia policial, el encarcelamiento y los tribunales— fue llevada a cabo por “empresas privadas”, apoyadas por el Estado, tales como las Compañías Holandesas e Inglesas de las Indias Orientales (Keay, 1991).

Por lo tanto, mi foco no está en la búsqueda empírica de la “esencia” atemporal del Estado, sino en la cuestión normativa sobre qué es lo que nosotros — mediante políticas constitucionales democráticas— queremos que sea una función del Estado en este siglo, tanto a nivel internacional como dentro de un gobierno concreto. “¿Por qué un Estado constitucional?” -podría ser la respuesta y es sin duda el desafío que plantea la globalización y la privatización. Una respuesta abreviada es que los Estados siguen ofreciendo oportunidades de autogobierno; que, en el último siglo, los Estados constitucionales democráticos han generado nuevos derechos a la igualdad y la dignidad para grupos de personas que durante mucho tiempo estuvieron excluidos, y que los Estados constitucionales aspiran a una distribución justa de las oportunidades al tiempo que mantienen su compromiso con la libertad y la seguridad personal. Este conjunto de preocupaciones no es algo que la globalización pueda ofrecer y en lo que la privatización tenga algún interés.²⁷

Pero este conjunto de aspiraciones es relativamente nuevo y potencialmente frágil. Dado que ahora se asume la vitalidad de la globalización y de la privatización, la carga de la justificación se ha desplazado hacia el Estado, que necesita explicarse a sí mismo como

²⁵ El nivel de independencia de los estados miembros de la Unión Europea para definir su propia identidad estatal fue una cuestión central en la decisión de la Corte Constitucional Alemana al analizar el Tratado de Lisboa. El Tribunal Constitucional enumeró aspectos de la vida política como el derecho penal, la policía, la política fiscal militar, la familia, las comunidades religiosas, la escuela y la educación, que son tan fundamentales para cada Estado miembro que, en ausencia de acuerdo estatal, no pueden ser invalidados por la UE. Véase Bundesverfassungsgericht [BVerfG] 2 BvE 2108, 30 de junio de 2009, 251–252, http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html.

²⁶ La famosa secuencia en Estados Unidos, que deriva de un debate sobre si la ley nacional puede aplicarse a los gobiernos estatales, se observa en *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976), y *García v. San Antonio Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985). Ver en general, Tribe, 1977.

²⁷ Selya Benhabib (2012) explora las aspiraciones a una ciudadanía global y la distinción entre sujetos constitucionales y subjetivos en su reseña de Michel Rosenfeld's *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community* (2010). Mi argumento no es que las actividades institucionales sean fijas, como ejemplifican los debates sobre la relación entre los Estados miembros y Europa, incluida la decisión sobre el Plan de Estabilidad Económica. Véase por ejemplo, Bundesverfassungsgericht [BVerfG] 2 BvR 1390/12, Sept. 12, 2012, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2012/09/rs20120912_2bvr139012en

Judith Resnik

forma organizativa deseable. La cuestión es si la “constitucionalización” a la que se dedica I-CON puede ofrecer una ideología competidora o complementaria suficientemente sólida (Guehenno, 2000; Cohen, 2004; Karnouh, 2002; Alexander, 2005). Para hacerlo (y unirse así a la privatización y la globalización como metanarrativas del siglo XXI) se requiere algo más que insistir en que la singularidad del Estado constitucional reside en la prohibición y el castigo.

¿Qué más hay? Las constituciones, las convenciones internacionales y las prácticas sociales son los recursos que hay que extraer para enriquecer los relatos. Las constituciones detallan una serie de aspiraciones y asumen compromisos jurídicos que luego se le pueden exigir a un Estado, aunque su contenido varíe con el tiempo y su aplicación se produzca a través de la “realización progresiva” (tomando prestada la terminología de la Constitución sudafricana).²⁸ Así pues, las respuestas a las preguntas —qué ofrecen/deben ofrecer los Estados constitucionales que no puedan ofrecer las empresas multinacionales y la gobernanza mundial— se obtienen en parte a través de los métodos utilizados por los tribunales israelíes e indios, que intentan interpretar sus respectivas leyes constitutivas en el contexto de preceptos y advertencias internacionales.

Estos escasos casos sobre derechos constitucionales antiprivatización son radicalmente ambiciosos y, sin embargo, demasiado escasos. Estas sentencias insisten en la provisión estatal y, por tanto, en la aplicación judicial de esta forma de derecho social. Dado que, en muchos órdenes sociales, la obligación afirmativa de mantener la paz y la seguridad a través de la policía y las prisiones no se cumple y pone en peligro a las personas y las comunidades, la revisión judicial (en el contexto de la privatización y en otros) es admirablemente innovadora. Pero si la policía y las prisiones, junto con los tribunales como conducto, son los únicos lugares en los que se expresa la identidad del Estado, entonces los Estados constitucionales se distinguen de las formas corporativas únicamente por su capacidad única para legitimar la violencia.

La policía, los tribunales y el encarcelamiento no deberían ser los únicos ejemplos de funciones tan entrelazadas con la identidad del Estado y tan personalmente experimentadas por los individuos que deban ser asumidas predominante o exclusivamente por el Estado en lugar de por intermediarios privados. Los Estados constitucionales necesitan resolver más problemas colectivos que regular la violencia, y más estructuras institucionales que la policía, los tribunales y las prisiones para expresar su compromiso con sus valores y desarrollar relaciones recíprocas con su población. Mi interés se centra en identificar otras facetas estructurales de la gobernanza que puedan entenderse -ya sea dentro de un Estado nación determinado o a escala transnacional- como derechos que deben apreciarse por su utilidad colectiva a la hora de generar identidad y afiliación al Estado constitucional.

Intento liberar a los derechos sociales convencionales como la educación, la salud y la vivienda de su condición de excepción y de los debates sobre si están sujetos a la aplicación judicial o dependen de otros medios de aplicación (Young, 2012; Fredman, 2008; Gráinne de Búrca & de Witte, 2005). Lo hago en parte esbozando que la prestación estatal de servicios más allá de la autodefensa no es un artefacto novedoso de las constituciones del

²⁸ Constitución de Sudáfrica de 1996, artículos 26(2) (vivienda) y 27(2) (Asistencia sanitaria, alimentos, agua, y seguridad social).

Judith Resnik

siglo XX, sino que viene de hace tiempo. La policía, los tribunales y las prisiones son anteriores a la nomenclatura de los “derechos sociales”, pero todos ellos están al servicio del derecho a la seguridad que contribuyó a la identidad estatal y llegó a integrarse en ella. La intervención judicial en estas instituciones (limitada y no siempre eficaz) también se ha convertido en algo habitual.

Si se examinan otras facetas de las constituciones, se encuentran ejemplos de servicios como el transporte, las tierras públicas y la protección del medio ambiente, que también son actividades de infraestructura a través de las cuales los individuos pueden sentirse parte de un Estado, facilitando el crecimiento de las capacidades individuales y colectivas. Concluyo con un breve análisis de una obligación codificada en algunas constituciones, y a la que no se suele hacer referencia bajo la rúbrica de derechos (sociales o de otro tipo), la de proporcionar servicios postales universales y otras formas de comunicación. Estos servicios, que se encuentran tanto en las constituciones antiguas como en las nuevas, ejemplifican la prestación estatal de apoyo a los programas privados y nacionales y expresan la obligación del gobierno de prestar una asistencia equitativa y respetuosa.

Más arriba, he añadido el sufijo “-ización” a la palabra constitucional, uniéndome así a otros que utilizan el término para captar cómo los preceptos constitucionales se han hecho endémicos dentro y fuera del Estado. El término señala el papel dinámico de las constituciones a la hora de identificar y proteger las relaciones entre los ciudadanos y el Estado (Siegel, 2012; Klabbers, Peters & Ulfstein, 2009; Rittberger & Schimmelfennig, 2007; Cass, 2005). Utilizo “estatización” como recordatorio tanto del linaje reciente como de la continua evolución de los Estados nación. Estas palabras (incómodas hasta que se naturalizan, se introducen en las búsquedas de Google y son aceptadas por el corrector ortográfico de Microsoft) reconocen hasta qué punto el Estado y su proyecto constitucional están en perpetuo movimiento, cambiando la forma de entender qué papel desempeñan y pueden desempeñar los Estados en el florecimiento humano.

El término estatización es también un recordatorio de que las prácticas que antes eran privadas o transnacionales se han convertido en facetas de los Estados, ya sea para ser convertidas mediante la voluntad política en actividades consideradas intrínsecas o para pasar a ser opcionales. Las fuerzas policiales, los tribunales y las prisiones son ejemplos fundamentales de que, durante el siglo XX, han crecido en extensión y alcance a la vez que se sometían a las limitaciones de la Constitución. La crónica de la invención de estas tradiciones (Hobsbawm & Ranger, 1983) suscita reflexiones sobre qué otras infraestructuras podrían convertirse en emblemáticas para que la vigilancia y el control de las poblaciones no sean los únicos emblemas de identidad del Estado.

II. Estatización: el desarrollo de la autoridad soberana nacional para juzgar y castigar.

La coerción estatal —la violencia— es fundamental para la ejecución de sentencias. Ya sea que una medida correctiva detenga a una persona, exija el cumplimiento de un contrato, el pago de una suma de dinero, la transferencia de bienes, el sustento de familias o

Judith Resnik

la disolución de relaciones, la autoridad respaldada por el estado irrumpe vidas y negocios.²⁹ Una manera de trazar el desarrollo de un estado es mapear la expansión institucional de sus capacidades para juzgar y castigar. En igual sentido, rastrear las restricciones impuestas por los sistemas jurídicos —nacionales y transnacionales— a los tribunales y prisiones ilumina el camino de la constitucionalización en el mundo.

Juzgar y castigar son artefactos políticos antiguos, reemplazados desde hace mucho tiempo por nuevas configuraciones. Los soberanos de la Mesopotamia, Egipto, Palestina, Grecia y Roma, dependían de la ejecución pública de sus sentencias para sostener su potestad de imponer el orden (Slanski, 2012; Manning, 2012). El aparato jurisdiccional era el contrapunto diario de los momentos más dramáticos de la creación soberana, tales como la adquisición de territorio mediante pactos o conquistas (Fraade, 2012). Los primeros juicios no eran informales en lo que respecta al proceso y lugar, sino que contaban con roles asignados a los litigantes, testigos y juristas y los actos, realizados ante una audiencia, se registraban en arcilla, piedra y papiro. Estos intercambios interpersonales, estructurados y públicos, consolidaban los nacientes poderes soberanos. Estas actividades comunales interdependientes eran una forma de lo que Joseph Manning describió como “justicia conectiva”, haciendo referencia al objetivo que existía en Egipto de unir los “mundos divino y humano” (Manning, 2012, p. 114, basándose en Assmann, 2002). El término puede generalizarse para reflejar las funciones de resolución de disputas al anclar afiliaciones entre individuos y sus gobernantes.

Prácticas similares ocurrieron en la Europa medieval, algunos historiadores identifican a los tribunales como los “primeros gobiernos municipales” establecidos para proteger mercados y territorios mediante la resolución de disputas, y que luego adquirieron funciones administrativas adicionales (Nicholas, 1997, examinando el “folk moot” de Londres, el “alderman” en Dinamarca, el “scabini” de los Países Bajos, los “jurés y échevins” en Francia, el “rat” o consejo en Alemania, y varias otras configuraciones de gremios, ciudadanos, concejales y asambleas). Le siguieron los espacios físicos — así como el esfuerzo por organizar esos lugares— y los juicios pasaron a realizarse en espacios cerrados. Para finales del siglo XII, los líderes de las ciudades europeas habían construido centros cívicos para complementar las plazas centrales, iglesias y residencias privadas utilizadas para asuntos comunales (Tittler, 1991). La existencia de una ciudad se manifestaba a través de esta “autoconfiguración cívica” (Nevola, 2000) con un ayuntamiento (o casa consistorial, Rathaus o palacio cívico) “claramente diseñado para dominar” su entorno (Norman, 1995; Tittler, 1991, p. 32). Por supuesto, la resolución estatal de conflictos nunca fue la única forma; en ese momento (tal como ahora) eran comunes las resoluciones privadas —a través de familias, religiones y alianzas comerciales—, aunque dependían, para su cumplimiento (más allá de la autogestión), del reconocimiento de los soberanos que controlaban la legitimidad del uso de la violencia.

El castigo también fue fundamental para el desarrollo de la identidad de los soberanos. Los historiadores de la Inglaterra medieval describen “algún tipo de prisión” como una “parte

²⁹ El debate sobre la privatización de la “externalización de la violencia” se ha centrado en la privatización de la policía, las sanciones penales y las fuerzas armadas. Véase, por ejemplo, Harel, 2011; Dickinson, 2010; Dolovich, 2005; Sklansky, 1999. Esa “violencia” debería incluir mecanismos más amplios mediante los cuales el Estado impone su autoridad.

Judith Resnik

natural del equipamiento de cada ciudad", con instalaciones de este tipo "escondidas en el sótano o el ático de cada casa gremial del siglo XV" (Tittler, 1991, p. 123, citando a Pugh, 1968). Sin embargo, los malos olores, junto con el deseo de que los ayuntamientos evitaran cualquier vinculación con las detenciones (y su contaminación metafísica), llevaron a segregar el encarcelamiento en estructuras independientes (Tittler, 1991, p. 125) -cárceles, construidas como alojamientos temporales para albergar diversas personas marginadas, como imputados y deudores (Lounsbury, 2005).

La nomenclatura refleja la diversificación de los servicios soberanos. Palabras como "tribunal", "palacio de justicia" y "prisión" no formaban parte del vocabulario en ese entonces, del mismo modo que el comercio, la religión, la potestad de juzgar y el gobierno no eran actividades segregadas. Los "ayuntamientos", un término especializado, albergaban tanto salas para la celebración de juicios como también los juegos de pesas utilizados como estándares oficiales para los comerciantes.³⁰ Las estructuras separadas y diseñadas específicamente para que jueces (laicos o profesionales) resolvieran disputas (tribunales) y para alojar a los detenidos por largos períodos (prisiones) entraron en escena y se incorporaron a diccionarios en los siglos posteriores (Peters, 1995; Spierenburg, 1984; Langbein, 1976).

La forma no solo sigue a la función, sino también a los fondos, y la prosperidad económica creó oportunidades para que los gobiernos pudieran hacer más. Cuando las comunidades podían financiar la construcción de ayuntamientos monumentales, prisiones con varias celdas y pagarle al personal, las estructuras de madera dieron paso (literalmente, en algunos casos) a edificaciones de ladrillo, piedra y metal (Lounsbury, 2005, p. 238-256). En el siglo XVI, el Parlamento inglés, que recurría más al encarcelamiento que algunos de sus homólogos europeos, ordenó la construcción de casas de corrección en cada condado (Tittler, 1991, p. 126-128).³¹ Al otro lado del Atlántico y siglos después, el Congreso de los Estados Unidos, tras la Guerra Civil, comenzó a financiar edificios denominados "Tribunal de los Estados Unidos" (a menudo también "y Oficina de Correos"), y, en 1896, el Congreso autorizó la construcción de la primera prisión federal construida específicamente a dichos efectos (Hershberger, 1979).

Durante los siglos XVIII y XIX, los tribunales evolucionaron de ser edificios de una sola sala a grandes estructuras, y pasaron a ser considerados símbolos de los gobiernos nacionales³². Estas edificaciones representaban no solo nuevas formas de soberanía, sino también el poder político de especialistas en proceso de profesionalización: arquitectos,

³⁰ La "revolución métrica" llegó después. Véase Scott, 1998.

³¹ La litigación desempeñó un papel fundamental al proporcionar oportunidades para que los individuos participaran en el Estado y para la interacción entre las autoridades locales y centrales (Hindle, 2002, p. 66-145).

³² Echar un vistazo doscientos años atrás, resalta los cambios. En los Estados Unidos, en 1850, ningún edificio de propiedad del gobierno federal tenía el nombre de "courthouse" (tribunal) en su puerta. Mientras que los gobiernos locales y estatales ya habían financiado estructuras construidas específicamente para este propósito, los menos de cuarenta jueces federales dispersos por el país no necesitaban un edificio propio. En contraste, para 2010, más de 850 jueces federales estaban autorizados para trabajar en cientos de tribunales federales, así se denominaban, que se unieron a los miles de tribunales estatales y locales en todo el país. Véase Resnik, 2012. Sobre la importancia política de la construcción de tribunales nacionales, regionales e internacionales, véase Resnik & Curtis, 2011.

Judith Resnik

abogados, jueces y administradores municipales. Las reglas dentro de los tribunales y prisiones reflejaban ideas sobre los roles de los funcionarios y las relaciones entre el estado y los ciudadanos. Las salas de los tribunales elevaron al juez a un papel protagónico en el estrado, marcaron la creciente autoridad de abogados y administradores al situarlos frente a la barra, acogieron a los jurados en aquellas jurisdicciones que autorizaban su participación, y relegaron a la audiencia a la parte trasera.

El término "penitenciaría", comenzó a utilizarse durante el siglo XIX (Spierenburg, 1991). En Francia, a Claude Nicolas Ledoux se le atribuye la "idea original" de construir una prisión "totalmente independiente del tribunal" (Pech, 2000). John Howard y Jeremy Bentham presionaron a Inglaterra para que asegurara la soledad de los criminales convictos y les exigiera trabajos forzados como medio para asegurar su rehabilitación. Bentham propuso un método de implementación -el "Panóptico" (una estructura circular con un módulo de control en el centro), diseñado (pero nunca construido) para que los reclusos pudieran ser observados, día y noche, desde el centro. La pesadilla foucaultiana era que los reclusos nunca sabrían si, o cuándo, estaban siendo observados -lo que Bentham justificaba como un medio para fomentar la autodisciplina. ("Cuanto más estrictamente somos vigilados, mejor nos comportamos", Bentham 2001). Bentham también fue partidario de prisiones gestionadas por particulares ("Lo haría todo mediante *contrato*", Bentham, 1843a, p. 48), con o sin fines de lucro.

Pero la forma de privatización de Bentham también era enfáticamente pública, basada en lo que él llamaba "publicidad", que, en el contexto de las prisiones (y de "todas las instituciones públicas"), significaba acceso ilimitado a la información sobre las instituciones y libros contables abiertos para permitir que el "gran *comité abierto* del tribunal del mundo" (Bentham, 1843b, p. 46; ver también Rosen, 1983; Resnik, 2011a) evaluara lo que ocurría. Además, Bentham defendía la vigilancia no solo de quienes estaban sometidos a la detención estatal, sino también de los legisladores y jueces. ("Sin publicidad, todos los demás controles son insuficientes: en comparación con la publicidad, todos los demás controles carecen de importancia", Bentham, 1843c, p. 355). De este modo, Bentham representa el puente hacia los movimientos de soberanía popular que reformaron las prácticas de la policía, los tribunales y las prisiones, y que impulsaron la creación de otras instituciones nacionales e internacionales.

III. La constitucionalización de la policía, las detenciones y los tribunales.

Así como los palacios de justicia son estructuras gubernamentales que ahora se dan por sentado, lo mismo se presume del sistema de resolución judicial moderno, como si los tribunales siempre hubieran estado obligados a estar abiertos al público, a estar compuestos por jueces independientes con el poder de evaluar la equidad de las normas bajo las cuales operan, y a ofrecer acceso igualitario a todas las personas. Asimismo, hoy en día, la idea de que la policía debe respetar los derechos de los imputados y que a las personas privadas de su libertad, sea en centros de detención públicos o privados, se le deben asegurar ciertas condiciones mínimas en respeto de la dignidad humana parece común, incluso si no siempre resulta así en la práctica.

Sin embargo, estas restricciones no son naturales, sino que fueron creadas a través de movimientos políticos y sociales durante los últimos tres siglos. Así, lo esbozado

Judith Resnik

anteriormente sobre el desarrollo de la estatalización mediante la construcción del aparato estatal de comisarías, tribunales y prisiones se debe complementar con un esbozo de los intercambios globales que transformaron las interacciones dentro de cada institución- *inventando* personificaciones del poder estatal con límites constitucionales.

Durante el Renacimiento, se invitaba al público a presenciar espectáculos de juicio y castigo. Sin embargo, mientras que sí atestiguaban el poder, el público no poseía la autoridad para contradecirlo. Con el tiempo, sin embargo, nuevas teorías de soberanía alteraron las prácticas de juzgamiento y castigo. Los “ritos” se convirtieron en “derechos”, mientras que aspectos del juicio se hacían obligatoriamente públicos; los jueces se convirtieron en actores independientes; y -en las últimas décadas- todas las personas se convirtieron en participantes elegibles y los imputados adquirieron el estatus de titulares de derechos.

La Carta de 1676 de la Colonia Inglesa de West New Jersey estipulaba que “en todos los tribunales públicos de justicia para juicios de causas civiles o penales, cualquier persona o personas... puede ingresar libremente y asistir” (Carta o Leyes Fundamentales de West New Jersey, reimprimadas en Perry, 1959). Un siglo después, los nuevos estados en América del Norte tomaron este precepto en serio, ya que en muchas de sus constituciones se incluyeron las palabras “todos los tribunales serán abiertos”³³ y cláusulas que prometían recursos contra daños a la propiedad y contra las personas. Esos documentos regulaban el proceso de selección de jueces, la duración de sus cargos, los procedimientos que debían seguir y la publicación de opiniones. Se requería a los estados que hicieran el servicio de resolución de disputas accesible a las comunidades locales. Las utilidades eran interactivas, ya que los tribunales integraban la identidad estatal al dar la bienvenida a partes privadas que buscaban la ejecución de acuerdos y protección de la propiedad.

La novedad de los derechos de acceso y la potestad de juzgar a los jueces y, en consecuencia, al gobierno, que adquirió la ciudadanía generaron una transformación radical. A medida que los espectadores se convirtieron en participantes activos (o “auditores”, como describió Bentham su objetivo de que, al presidir un juicio el juez también estuviera “bajo juicio” (1843c, p. 355-356), los tribunales se convirtieron en uno de los muchos lugares que contribuyeron a lo que los teóricos del siglo XX llamaron la “esfera pública” diseminando información que moldeaba la opinión pública sobre el desempeño de los gobiernos (Habermas, 1991; 1996). Los tribunales no sólo aportaban a la esfera pública, sino que también se transformaron en espacios de interés cuando los jueces, que se habían posicionado como empleados leales, adquirieron la condición de actores independientes, facultados a juzgar el mismísimo poder que los revistió de autoridad.

Durante mucho tiempo la litigación ha representado una importante demanda popular por servicios estatales. Sin embargo, fue recién en el siglo XX que todas las personas adquirieron el derecho de ocupar diferentes roles en los tribunales -litigantes, testigos, jurados, abogados y (aún más recientemente) jueces. Los principios constitucionales de igualdad de trato se interpretaron de forma tal que confirieron a los reclamantes el derecho a ser escuchados y tratados con dignidad, sin importar su raza, clase, grupo étnico y género. El carácter público de las interacciones entre ciudadanos y el estado sirvió como una plataforma para visibilizar los conflictos en torno a qué derechos debían garantizar los

³³ Por ejemplo, Constitución de Connecticut de 1818, art. I, 12. Ver al respecto, Resnik, 2011b.

Judith Resnik

gobiernos y cómo debían ser tratados los individuos. En respuesta, la elaboración de leyes constitucionales y estatutarias reestructuró la vida familiar, respondió contra la violencia doméstica, reformuló las protecciones para empleados y consumidores, y reconoció derechos indígenas y civiles.

Las normas constitucionales, plasmadas en documentos nacionales y globalizadas a través de convenciones internacionales, también cambiaron las ideas sobre lo que los tribunales debían garantizar. La frase "un juicio justo" apareció en el siglo XX y se convirtió en el criterio para evaluar si determinado proceso penal, civil o administrativo cumplía con las exigencias de justicia. La codificación transnacional del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966 resumió las nuevas aspiraciones de igualdad y democracia de los procesos judiciales: "Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley" (Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, art. 14).

Los datos sobre las tasas de uso ofrecen un pantallazo de la cantidad de intercambios en los que los ciudadanos se encontraban con empleados del gobierno que brindaban respuestas (o eran impermeables) a sus necesidades. Las cifras de Estados Unidos son ilustrativas. En el siglo XXI, los tribunales estatales manejan anualmente alrededor de cuarenta millones de casos civiles y penales -excluyendo casos de tráfico, juveniles y de familia (National Center for State Courts, 2011). Las cifras de Europa también muestran un uso expandido, observando no sólo las demandas, sino también la creciente inversión de recursos públicos y privados en los sistemas legales (Consejo de Europa, 2010; Hadfield, 2010; Hodges, Tulibacka & Cogenaver, 2010). Las altas tasas de reclamos—a menudo leídas como problemáticas—deberían celebrarse como indicadores del grado en que los gobiernos, las personas y las entidades corporativas recurren a la ayuda estatal y creen que serán escuchados. Los tribunales también se han convertido en canales para servicios sociales que abarcan más que la resolución de conflictos. Los nombres —"tribunales de salud mental", "tribunales de familia", "tribunales de veteranos", "tribunales de drogas"—demuestran los esfuerzos por proporcionar remedios más amplios que la mera transferencia de dinero o personas, al incorporar trabajadores sociales y profesionales de la salud mental.

Esta expansión de las áreas de intervención estatal también alcanzó al derecho penal -abarcando desde las fuerzas policiales, hasta el proceso penal y el encarcelamiento. Nuevamente podemos tomar a Estados Unidos como un ejemplo (Lacey, 2008; Resodihardjo, 2009). Entre las décadas de 1930 y 1980, la población penitenciaria se encontraba relativamente estable, en 1983 por ejemplo, había 440,000 personas encarceladas.³⁴ Sin embargo, para 1997 la población penal había crecido a 1.6 millones (Kessler, 2000) y esa década llegó a incluir más de 2.3 millones de personas, con otros 5 millones bajo supervisión.³⁵ En términos fiscales, los gobiernos federal y estatales dedicaron más de \$65 mil millones por año a las prisiones y lugares de detención en general; para los estados, estos montos representaban alrededor del siete por ciento de sus ingresos generales (Kirchhoff,

³⁴ Las cifras provienen del Bureau of Justice Statistics (Oficina de Estadísticas de Justicia), <https://bjs.ojp.gov/>.

³⁵ Ver los informes de *The Pew Charitable Trusts: One In 100: Behind Bars In America 5* (2008) y *One In 31: The Long Reach of American Corrections* (2009), disponibles en <https://www.pewtrusts.org/>.

Judith Resnik

2010). California, cuyas cárceles para el año 2011 se encontraban inconstitucionalmente sobrepobladas, destinó alrededor de una décima parte de su presupuesto operativo a las prisiones, superando así los recursos invertidos en educación superior.³⁶

Aunque los Estados Unidos han superado a la mayoría de los países en tasas de encarcelamiento, otros países también están aumentando su capacidad carcelaria.³⁷ El negocio de la construcción de prisiones está “en auge”,³⁸ ya que los diseños profesionales de “instalaciones de justicia” trascienden las fronteras nacionales. El “complejo industrial penitenciario” aloja una población cuya posibilidad de empleo depende de los centros correccionales, incluye sindicatos de personal correccional que defienden el trabajo, fabricantes que buscan comercializar sus productos y empresarios confiados en que las inversiones en el alojamiento de presos pueden generar ganancias.

No obstante, todas estas actividades poseen restricciones, ya que las fuerzas policiales, las prisiones y el poder judicial se encuentran sujetos a normas constitucionales que, en reconocimiento de la dignidad humana, ponen límites a la autoridad del estado para infligir ciertas formas de castigo. Tal como explicó la Corte Suprema de India en su fallo *Sundar* que prohibió que el estado designara fuerzas policiales privadas, “el constitucionalismo moderno postula que nadie que detente el poder tendrá el derecho de perpetuar la violencia del estado... fuera del marco de la ley, y sin el debido respeto por la dignidad humana inherente a cada individuo”.³⁹ Como detalló dicho tribunal, estos compromisos internacionales relativos a las detenciones tomaron forma después de la Segunda Guerra Mundial. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos impuso la obligación de que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10). Posteriormente, las Naciones Unidas promulgaron los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, e incluyeron a la atención médica⁴⁰. La constitución de Sudáfrica de finales del siglo XX impone obligaciones específicas: “Toda persona que sea detenida, incluyendo todo prisionero condenado, tiene el derecho: (...) a condiciones de detención que sean compatibles con la dignidad humana, incluyendo al menos el disfrute y provisión, a cargo del Estado, del alojamiento adecuado, alimentación, material de lectura y tratamiento médico”.⁴¹

³⁶ Véase *Brown v. Plata*, 131 S. Ct. 1910 (2011). También J. Sterngold. *Prisons' Budget to Trump Colleges?*, nota publicada en el San Francisco Chronicle, el 21 de mayo de 2007 y disponible en <https://www.sfgate.com/education/article/Prisons-budget-to-trump-colleges-No-other-big-2559362.php>

³⁷ En Francia, se habían construido 13.000 nuevas camas hacia finales del siglo XX (Jodry & Zulberty, 2000, p. 109–117). Los Países Bajos también experimentaron una expansión, aunque en una escala más pequeña (Van Hulten, 2000, p. 118-122). Ver Lacey, 2008.

³⁸ Véase McConville, 2000, p. 1. En los Estados Unidos, más de 770,000 personas trabajaban en 2008 en el “sector correccional”, en contraste con aproximadamente 880,000 empleados en “todo el sector de la fabricación de automóviles en EE.UU.” en 2008 (Kirchhoff, 2010, p. 1).

³⁹ *Sundar and Others v. Chattisgarh*, (2011) 7 S.C.C. 547, párrafo 3. Muchos otros países también han insistido en los derechos constitucionales de los prisioneros. Véase por ejemplo, por Alemania, Bundesverfassungsgericht [BVerfG] 14 de marzo de 1972, 33 y *Entscheidungen Des Bundesverwaltungsgerichts* [BGerfGE], 1.

⁴⁰ Principios Básicos para el Tratamiento de los Prisioneros, Res. 5/111 de la Asamblea General, principio 9, Documento de la ONU A/RES/45/111. (14 dic. 1990).

⁴¹ Constitución de Sudáfrica, 1996, artículo 35(2). Estos derechos no son derogables, artículo 37(5)(c).

Judith Resnik

En Estados Unidos, los límites constitucionales al encarcelamiento evolucionaron a través de la reinterpretación de los textos más antiguos. Antes de la década de 1960, los tribunales sostenían que las autoridades penitenciarias tenían un poder discrecional ilimitado. Sin embargo, las horribles descripciones de los reclusos que decían ser alimentados con harina y agua, azotados y dejados sin atención médica llevaron a los jueces, presionados por defensores de los derechos de las personas privadas de su libertad, a concluir que “los prisioneros no renuncian a todos sus derechos constitucionales al ingresar a la prisión”⁴². Los jueces interpretaron los requisitos constitucionales del “debido proceso” y las prohibiciones sobre “castigos crueles e inusuales” para analizar las condiciones de confinamiento, para excluir ciertos niveles de violencia, condiciones insalubres e “indiferencia deliberada ante necesidades médicas conocidas”⁴³. Los jueces emitieron órdenes estructurales con el objetivo de exigir un mínimo de seguridad e higiene. Asimismo, los tribunales reivindicaron los derechos contra requisas y confiscaciones irrazonables y contra la autoincriminación, así como también establecieron restricciones sobre el trato de la policía a los imputados. La decisión de 1966 en el caso *Miranda v. Arizona* ganó reconocimiento global como una forma abreviada de protección contra la policía coactiva.⁴⁴

Sin embargo, tal como lo demuestra la erosión del caso *Miranda* y el “debate” sobre la tortura tras el 11 de septiembre, una historia constitucional progresista que elabore criterios para la legitimidad de la acción estatal es una narrativa demasiado simple. Las prisiones son otro ejemplo. Al mismo tiempo que los mandatos constitucionales estructuraban las interacciones dentro de las cárceles para frenar ciertas prácticas degradantes, Estados Unidos proponía un nuevo tipo de prisión, la “supermax”. Este modelo se caracterizaba por minimizar los riesgos de fuga y violencia mediante un diseño que imponía un aislamiento extremo y prolongado (Morris, 2000, p. 98-108; Resnik, 2010).⁴⁵ La Corte Suprema de los Estados Unidos no ha prohibido esa forma de confinamiento, pero sí ha requerido ciertos requisitos procesales previo al alojamiento. La Corte Suprema de los Estados Unidos mediante voto unánime explicó que las condiciones en la supermax de Ohio colocaban a los detenidos en celdas de “7 por 14 pies, durante 23 horas al día” y que las “puertas de metal sólido” aseguraban la privación de “casi cualquier estímulo ambiental o sensorial y de casi todo contacto humano”. Dado que estas condiciones “atípicas” producen una “afectación significativa”, la Constitución exigió que los funcionarios garanticen una audiencia informal sin derecho a confrontar ni ofrecer testigos.⁴⁶

⁴² *Wolff v. McDonnell*, 418 U.S. 539, 555 (1974). Un comentario paralelo proviene de la Corte Suprema de la India. “Siempre que se violen los derechos fundamentales... en perjuicio de cualquier prisionero, el mandato de la Corte prevalecerá, atravesando muros de piedra y barrotes de hierro”. *Sobhraj v. Superintendent*, (1979) 1 S.C.R. 512 (India).

⁴³ Véase por ejemplo, *Estelle v. Gamble*, 429 U.S. 97 (1976).

⁴⁴ Véase por ejemplo, *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Salduz v. Turkey*, 36391/02 Eur. Ct. H.R. (2008), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-89893%22%5D%7D>; *Ambrose v. Harris* (2011) UKSC 43, ¶¶ 50–54 (U.K.).

⁴⁵ Para 2005, se estimaba que más de 25,000 personas estaban alojadas en tales unidades.

⁴⁶ Véase *Wilkinson v. Austin*, 545 U.S. 209 (2005).

Esta forma de confinamiento ha generado preocupaciones a nivel transnacional, con interrogantes sobre si constituye tortura o trato inhumano o degradante según el Art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Véase por ejemplo, *A.B. v. Russia*, 1439/09 Eur. Ct. H.R. (2010), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001->

Judith Resnik

IV. El embrollo de la(s) privatización(es), el impacto de la globalización y el mercado del encarcelamiento.

Ya esbozados los conceptos de estatización y constitucionalización, continuaré con la globalización y la privatización. Si bien la amplia regulación pública de la policía, los tribunales y las prisiones es reciente, las formas privadas de estos servicios no lo son. En el siglo XVIII, los guardias que cobraban honorarios prestaban servicios a demanda a los centros de detención; los Estados entregaban a los convictos bajo contrato de leasing y los transportaban para que trabajaran en las colonias. Tanto la compañía británica como la neerlandesa de las indias orientales y occidentales gestionaba la policía, las cárceles y los tribunales (Chandra Patra, 1962; Parrillo, 2013; White, 2001). En la actualidad, los Estados permiten que se presten servicios privados de policía, a veces contratando fuerzas privadas “especiales”, y reservando a empresas privadas la construcción y gestión de las prisiones.

Estas diversas actividades me llevan a sugerir una forma mixta para desentrañar la mélangue analítica dentro de la(s) privatización(es) que va desde limitar el acceso público a cambiar el significado de qué puede regular y ejecutar lo “privado” y lo “público”. La privatización de las cárceles que Foucault refirió fue la decisión soberana de trasladar la imposición del castigo, antes exhibido en las plazas públicas, a lugares fuera del alcance del público, con el fin de expandir el poder del Estado y, a la vez, evadir la supervisión popular (Foucault, 1977, p. 7-9). La privatización de una cárcel en Israel permitió a una empresa con fines de lucro gestionar dicha prisión bajo el requisito de someterse a la supervisión estatal y cumplir con sus regulaciones. La privatización de los tribunales, que se detallará más adelante, fue en parte consecuencia de un movimiento paralelo que trasladó la actividad judicial de las salas de juicio a las oficinas y despachos judiciales, donde si bien el acceso público a los procesos y sus resultados era limitado, los acuerdos de mediación adquirían fuerza legal. Otra forma de privatización de los tribunales fue el arbitraje obligatorio, que transfirió la función de juzgar a actores privados habilitados para imponer resoluciones que también serían ejecutables.

De manera más general, durante la segunda mitad del siglo XX, diversas funciones se trasladaron del gobierno al sector privado, bajo el supuesto de que éste último era más eficaz que el Estado en términos de gestión e innovación (Drucker, 1969; Starr, 1988). A finales de la década de 1970, la Primera Ministra británica Margaret Thatcher impulsó, de manera célebre, la privatización de la (atinadamente denominada) British Petroleum Company a través de una oferta “pública” del cinco por ciento de las acciones de la empresa a inversores privados, a la cual le sucedió una desinversión total.⁴⁷

[100964%20\(holding%20that%20three%20year%20term%20of%20solitary%20confinement%20for%20prisoner%20violated%20Art.%203%22%7D}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-110267%22%5D%7D). Allí se sostiene que un periodo de tres años de confinamiento solitario para un prisionero viola el Art. 3. de la convención. *Amhad v. U.K.*, 24037/07 11949/08 36742/08 66911/09 67354/09 Eur. Ct. H.R. (2012), [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-110267%22%5D%7D}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-110267%22%5D%7D). Se concluye que la extradición a los Estados Unidos no estaba excluida debido al aislamiento impuesto en las prisiones federales.

⁴⁷ Germà Bel rastreó el término hasta las políticas del gobierno nazi, que privatizó algunas de las actividades que habían sido gestionadas por el gobierno para obtener apoyo del sector empresarial (2006, p. 189).

Judith Resnik

British Petroleum es un ejemplo irónico de privatización, ya que pone de manifiesto la interrelación entre los mercados “privados” y los soberanos “públicos”, donde el prefijo “ización” —nacionalización y privatización— oscila de un lado a otro. Las inversiones públicas han sido esenciales para el éxito de British Petroleum, mientras que Gran Bretaña y la corporación se desplegaron por todo el mundo. Durante el primer cuarto del siglo, el gobierno británico negoció para que la empresa obtuviera derechos exclusivos de petróleo en lo que entonces era Persia (Bamberg, 1994, p. 522; Ferrier, 1982, p. 10-13 y 538-542). El resultado, denominado Anglo-Iranian Oil Company, se unió a una competencia colonialista (y ocasionalmente en alianza) con la Royal Dutch-Shell y con la Standard Oil, con sede en los Estados Unidos (Bamberg, 2000). La nacionalización de la industria petrolera de Irán a principios de la década de 1950 puso fin a esa estructura, que fue reemplazada por la entidad llamada British Petroleum Company, que Thatcher privatizó y que ahora opera bajo el nombre de BP. En respuesta, la compañía invirtió recursos en programas del Reino Unido, y financió una importante expansión de un prestigioso museo inglés al sumarle el “The Tate” al “Tate Modern”. El nombre de la exposición inaugural, *RePresenting Britain 1500–2000*,⁴⁸ puede interpretarse como una referencia al arraigo mutuo de lo público y lo privado en la identidad británica.

Thatcher se transformó en la primer ministro en enarbolar la causa de retirar al gobierno de las empresas de las que había sido propietario -una experiencia que se replicó en otros países europeos. Dado que Estados Unidos no poseía empresas comerciales para vender, su versión de la privatización implicó transferir actividades (como el sistema penitenciario, la justicia, la educación, la obra pública, los programas de beneficios sociales y las pensiones) que durante los siglos XIX o XX pertenecieron a los gobiernos locales, estatales o federales hacia proveedores privados, financiados en su totalidad o en parte con fondos públicos (Donahue, 1989) conservando (en algunos casos) diversos grados de control respecto de políticas e implementación (Freeman & Minow, 2009; Verkuil, 2007; Donnelly, 2007).

Como ilustra el ejemplo de BP, la interacción entre lo público y lo privado puede ser sutil, al igual que lo es la relación entre la privatización y el Estado. Una terminología alternativa, “re-privatización”, reconoce que algunas actividades, que alguna vez fueron privadas, pueden convertirse en públicas y luego regresar al sector privado (Bel, 2006, p. 187). El término “desnacionalización” es otra expresión que, supuestamente, Margaret Thatcher consideraba poco atractiva por sus connotaciones (Bel, 2006, p. 192). Sin embargo, la privatización puede implicar desnacionalización cuando las empresas son entregadas a inversores o supervisores extranjeros. La cárcel privada de Israel tenía inversores extranjeros. De manera similar, el brazo inversor de Kuwait intentó adquirir British Petroleum pero fue bloqueado y una propuesta para privatizar los servicios portuarios en Estados Unidos cayó al revelarse que los compradores provenían de Dubái (Mostaghel, 2007).

Un tema que se relaciona es la capacidad de los emprendedores privados para incidir en las agendas públicas. Los proveedores privados de cárceles lograron expandir su mercado exitosamente, diversificar las formas de supervisión ofrecidas y hacer lobby a favor de un

⁴⁸ La empresa se renombró BP, y en 2010 se asoció con Luisiana cuando las rupturas de plataformas petroleras desfiguraron la costa del Golfo de los Estados Unidos. Véase al respecto, *Our History*, BP. <https://www.bp.com/en/global/corporate/who-we-are/our-history.html>.

Judith Resnik

incremento en las detenciones. Por ejemplo Inglaterra, un "líder global" (Donnelly, 2007, p. 65)⁴⁹, comenzó por contratar a un proveedor privado para construir una cárcel, luego recurrió al mercado privado para la gestión y propiedad de cárceles existentes y para brindar servicios tanto durante el proceso como después de dictar sentencia (Donnelly, 2007, p. 66). En Estados Unidos, la década de 1980 marcó el surgimiento de la Corrections Corporation of America (CCA) y la Wackenhut Corrections Corporation, la división de una empresa de seguridad global que, en 2003, se convirtió en el Grupo GEO. En menos de una década, estas dos compañías pasaron a controlar el 75 por ciento del mercado de cárceles privadas en los Estados Unidos (Dolovich, 2005, p. 459). Puesto en cifras, para el 2011, las cárceles privadas albergaban a una fracción pequeña pero en crecimiento de la población -alrededor del 8 por ciento (más de 125,000 personas) de presos en cárceles del país (Kirchhoff, 2010, p. 22).⁵⁰

Para ese entonces, el Grupo GEO se describía a sí mismo como el "principal proveedor diversificado del mundo de servicios privatizados de corrección, detención y tratamiento", al ofrecer cárceles, centro de detención para menores e inmigrantes, supervisión privada de libertades condicionales, tratamiento residencial, centros psiquiátricos y monitoreo electrónico bajo un "modelo de *continuidad del cuidado*" para sus "clientes en todo el mundo"⁵¹. GEO ilustra cómo la privatización y la globalización están entrelazadas; el resultado de su negocio transnacional en 2011 generó un ingreso superior a los \$1.6 mil millones, un aumento del "27 por ciento" en comparación con las ganancias del año anterior.⁵²

Sin embargo, ese crecimiento "lamentablemente... no alcanzó" los objetivos de la empresa; una carta a los accionistas explicó que una "realignación política y legal en el tratamiento de los presos de baja seguridad, sin precedentes en California, desde el estado hacia los condados ha resultado en la baja de varios centros de GEO que contaban con contratos con el Estado de California, los que están siendo comercializados activamente con agencias federales y de los condados que creemos poseen una necesidad significativa de cupos para la detención y corrección".⁵³ De manera similar, CCA informó en 2005 que "el nivel de demanda de nuestros establecimientos(...) podría verse afectado negativamente por(...) la flexibilización de las condenas y sentencias o por la despenalización de ciertas actividades que en la actualidad están prohibidas por nuestras leyes penales".⁵⁴

⁴⁹ Jowell describió el sistema inglés, y ligó la externalización de las prisiones a la Ley de Justicia Penal de 1991. Jowell, 2006, p. 40–45.

⁵⁰ El gobierno federal era el "cliente más importante de las prisiones privadas" (Kirchhoff, 2010, p. 24).

⁵¹ *The Geo Group, Inc., 2011 Annual Report*, pp. 2-3, disponible en https://materials.proxyvote.com/Approved/36159R/20120302/AR_120114/document.pdf. Véase también *The Law Office Of The Southern Center For Human Rights, Profiting On The Poor: A Report On Predatory Probation Companies In Georgia* (2008), disponible en http://www.schr.org/files/profit_from_poor.pdf.

⁵² Ver el informe de Geo Group mencionado, página 3. El 13% de su trabajo es "internacional", página 1, y tiene 65 instalaciones en los Estados Unidos (página 6); cuatro en Australia, una en Sudáfrica, y dos en el Reino Unido (páginas 10-11).

⁵³ Mismo informe, página 2.

⁵⁴ Ver el informe de 2005 de *Corrections Corporation of America*, Form 10-K, página 21, disponible en <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1070985/000095014406001892/g99938e10vk.htm>. Véase también Alexander, 2010.

Judith Resnik

A raíz de esto, los proveedores de cárceles privadas se unieron con algunos funcionarios públicos y sindicatos de personal penitenciario para apoyar políticas de detención, incluidas las que implicaban el confinamiento de inmigrantes (Dolovich, 2005, p. 523-532)⁵⁵. El informe presentado por el presidente de GEO a los accionistas en 2011 encontró consuelo en las “fuertes tendencias fundamentales y el aumento de la demanda de cupos (...) a nivel federal, las iniciativas relacionadas con la aplicación de las leyes fronterizas continúan generando demanda a gran escala de instalaciones rentables”.⁵⁶ Además, como importante contribuyente de algunos legisladores de Florida, GEO estuvo cerca de obtener un mandato legislativo en dicho estado con el fin de exigir prisiones privadas en varias áreas.⁵⁷

Como ilustra este ejemplo, la privatización a menudo acude a emprendedores con fines de lucro (en contraposición con los sin fines de lucro), mientras que los gobiernos (junto con asociaciones como las religiosas y las universidades) se encuentran impulsados por otros objetivos. Sin embargo, los gobiernos tienen presupuestos, aspiran a superávits y a generar o ahorrar dinero.⁵⁸ Por lo tanto, como lo demuestra el litigio sobre la prisión israelí, la privatización puede ser menos una crítica al gobierno que un elogio indirecto, reflejando que la demanda de un particular servicio gubernamental puede superar la capacidad de producción. La privatización es una manera de complementar, y a veces expandir, los recursos públicos que, como cuestión política, solo pueden ponerse a disposición mediante la transferencia del trabajo a actores privados. Además, la privatización de actividades podría aliviar las cargas presupuestarias, permitiendo al Estado ofrecer más o diferentes servicios. Asimismo, a lo largo del tiempo, los gobiernos han permitido que los empleados generen ganancias y financien su trabajo a través de la emisión de facturas directamente a los destinatarios/clientes en lugar de salarios. En ocasiones esa relación económica directa motivó a los proveedores a ser más atentos con la ciudadanía en tanto cliente (Parrillo, 2013).

⁵⁵ Ver *Associated Press, Immigrants Prove Big Business for Prison Companies*, *Usa Today*, 2 de Agosto de 2012, disponible en <http://usatoday30.usatoday.com/news/nation/story/2012-08-02/immigration-prison/56689394/1>.

A qué nivel la defensa privada afecta las agendas puede ser difícil de medir; el impacto puede variar según qué actores institucionales compartan los objetivos de un grupo particular de emprendedores (Volkh, 2008; 2010).

⁵⁶ Nuevamente del Informe 2011 del Geo Group, página 2.

⁵⁷ Steve Bousquet, *Prison Privatization Dies in Senate*, *Tampa Bay Times*, 15 de Feb., 2012, disponible en <https://www.tampabay.com/news/publicsafety/crime/prison-privatization-dies-in-senate-21-19/1215438/>.

⁵⁸ Un ejemplo prominente en los Estados Unidos fue el interés en el desarrollo económico de New London, Connecticut, comprendida como una "municipalidad en dificultades" (según el Estado de Connecticut); la ciudad expropió terrenos próximos a donde Pfizer Inc., una importante corporación farmacéutica, estaba construyendo una instalación de investigación. El objetivo era crear áreas para caminar a lo largo del frente marítimo y para restaurantes y tiendas con el fin de revitalizar la ciudad. Los propietarios de tierras objetaron la expropiación, argumentando que no era para un "uso público", como lo exige la Constitución de los Estados Unidos. En 2005, en una decisión de cinco a cuatro, la Corte Suprema no estuvo de acuerdo, fallando que el uso propuesto estaba suficientemente destinado al "bienestar general" a efectos de la constitución federal. *Kelo v. City of New London*, 545 U.S., p. 469 (2005). Esta decisión se basó en parte en el respeto a las evaluaciones estatales y locales sobre lo que constituía un uso público. El juez Thomas, en su voto en disidencia, propuso una definición más estrecha que dependía de lo que el público poseía o podía utilizar como su propiedad, como carreteras, parques, ferrocarriles y canales, p. 505 y 512 (J. Thomas, en disidencia).

Judith Resnik

Otro conjunto de debates se centra en si una empresa cuya *razón de ser* es el ánimo de lucro, altera la naturaleza o la demanda de los servicios prestados y si las opciones de precios para los destinatarios generan injusticias distributivas -todas cuestiones que los economistas calificarían como externalidades negativas. La decisión del Tribunal Supremo de Israel se opuso a la existencia de un mercado de prisiones. La mercantilización, razonaron los jueces (uno de ellos invocando directamente a Kant⁵⁹), fomenta una "actitud irrespetuosa"⁶⁰ que desnaturaliza la condición humana de los prisioneros. La detención no podía estar "motivada por consideraciones económicas de ganancias y pérdidas" porque autorizar a una corporación privada a "mantener a seres humanos tras las rejas mientras obtiene un beneficio económico de su encarcelamiento" era un insulto a la dignidad de los reclusos.⁶¹

Una inquietud específica en lo que a la equidad respecta, es permitir que algunos reclusos gocen de mejores servicios si se autoriza el comercio. La privatización puede representar un ataque neoliberal a la acción colectiva al transferir poder a entidades que, mediante precios y accesos diferenciados, disminuyan los aspectos asistencialistas y redistributivos de los servicios prestados por el Estado (Cossman & Fudge, 2002). Michel Sandel comenzó su libro *What Money Can't Buy* con un ejemplo de una prisión en California que ofrecía a los delincuentes no violentos una "mejora de su celda a \$82 por noche" para obtener un alojamiento más tranquilo (2012, p. 3). La decisión en el caso *Sundar* brindó argumentos de distribución paralelos en contra de la figura del poder policial en manos privadas, al considerar que socavaba la obligación del Estado de garantizar que toda su población estuviera igualmente protegida.⁶²

Los tribunales ofrecen otro modelo para explorar las diversas formas que adopta la privatización, su impacto en las agendas políticas y su efecto en las imágenes y expectativas sobre los actores gubernamentales. En muchas jurisdicciones las disputas "privadas" representan el mayor caudal de expedientes, ya que millones de personas en conflicto recurren a los tribunales para la resolución de disputas "públicas" (Hazard & Scott, 1988). Los litigantes con recursos económicos invierten grandes sumas de dinero en abogados que argumentan ante los jueces sobre el significado de la ley (Hadfield, 2011). En algunas jurisdicciones, las obligaciones constitucionales de los tribunales abiertos y las normas de equidad otorgaron subsidios estatales a los litigantes con menos recursos (como "defensores públicos" para imputados penales indigentes, exenciones de tasas de presentación o de transcripción, y asistencia legal civil) y condujeron a un largo debate en torno a cómo asignar y racionar los servicios legales y judiciales.

Al igual que con las prisiones, también se están realizando esfuerzos para convertir ciertas funciones judiciales en un servicio por encargo y reducir los subsidios estatales. En épocas anteriores, los tribunales protegían su "monopolio" sobre la resolución de disputas de forma "celosa" y resolvían que la desinversión en el poder jurisdiccional era contraria a la

⁵⁹ *Academic Center of Law and Business v. Minister of Finance*. Del voto del juez Arbel: "Como dijo el filósofo Immanuel Kant, una persona no debe ser tratada únicamente como un medio para lograr objetivos externos, ya que esto implica una violación de su dignidad...".

⁶⁰ Véase los votos de Beinisch (apartados 33 y 38), Rivlin (1), Procaccia (16), Grunis (1), Naor (1), Arbel (2), Joubran (1) y Havut (1).

⁶¹ Del voto de Beinisch, apartados 37 y 39.

⁶² Caso *Sundar*, apartado 12. Véase también Sklansky, 2011.

Judith Resnik

“política pública” (Macneil, 1992). Un ejemplo ilustrativo fue la doctrina del derecho consuetudinario que hacía inaplicables los contratos que comprometían a las partes a utilizar el arbitraje en caso de disputas. Además, fomentar la conciliación privada estaba fuera del alcance de los juristas comisionados por el Estado.

Hoy en día, en contraste, jurisdicciones tales como los Estados Unidos hacen cumplir las obligaciones arbitrales, incluso ante las protestas de que estas derivan en ventajas injustas que imponen términos no negociados (Resnik, 2011b, p. 112-118). Las leyes autorizan a tomadores de decisiones privados (“jueces de alquiler”), a dictar sentencias vinculantes y ejecutables (Nagaraj, 2007). Muchos países adoptan la “resolución alternativa de disputas” (ADR por sus siglas en inglés), tal como lo ilustra la directiva de Europa de 2008 al insistir en que sus estados miembros desarrollen programas de mediación para disputas transfronterizas, socavando, de manera discutible, los derechos a una audiencia justa protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos.⁶³

Se presentan varios argumentos, y muy diversos, a favor de quitar el poder de juzgar de las manos del Estado (Hensler, 2003; Menkel-Meadow, 2000; Resnik, 1995). Uno de ellos sostiene que el ADR es una respuesta subóptima a la sobrecarga sistémica, producida porque los gobiernos no pueden atender a todos los que buscan utilizar sus tribunales. Otro argumento enfatiza tanto los costos económicos inmediatos de los procesos públicos, como también los efectos que parecen frenar los intercambios económicos y sociales productivos. Se argumenta que las formas alternativas de resolución son más precisas, menos costosas, más productivas y amigables. Por otro lado, la defensa de la privatización a veces se vincula con movimientos en torno a la justicia restaurativa y el empoderamiento comunitario, que son críticos del adversarialismo producido por procedimientos complejos, la dependencia de abogados y los conflictos públicos. Otro apoyo proviene de los “demandados recurrentes” (tanto privados como públicos) que ven la transparencia de los tribunales abiertos como perjudicial para las prácticas comerciales y las políticas de gobernanza, y por lo tanto, lograron modificar las reglas para restringir el acceso (Galanter, 1974).

Tanto en los Estados Unidos como en el Reino Unido, la privatización ha reformulado las actividades dentro de los tribunales al disminuir las ocasiones de observación y participación pública en los procesos judiciales. Muchos jueces trabajan en salas de conferencias fuera de la mirada del público y funcionan como gestores de conflictos (Roberts, 2009; Resnik, 1982). La idea de qué hace un juez ha cambiado. La mediación y la conciliación, que alguna vez fueron normativamente “extrajudiciales”, han sido reasignadas a los jueces, ahora instruidos para resolver conflictos, muchas veces sin acceso público al proceso o al resultado (Garth, 1993)⁶⁴. Para el año 2011, el gobierno del Reino Unido (que había sido un líder global en la facilitación de “camino hacia la justicia” a través de la asistencia legal y los tribunales administrativos -Genn, 1999-) decretó que había demasiados litigios “innecesarios”, y en consecuencia, presionó a los litigantes para que mediaran y llegaran a un acuerdo, recortó significativamente la asistencia legal y adoptó una política que buscaba que los litigantes civiles absorbieran los costos del litigio (aparte de los gastos de

⁶³ Véase Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, Art. 1, 2008 D.O. (L 136) 3; También, Shipman, 2011.

⁶⁴ Véase también *Salem Advocate Bar Association v. Union of India (UOI)*, AIR 2003 SC 189.

Judith Resnik

infraestructura judicial) bajo un modelo de tarifas por servicios prestados (Genn, 2012). Las tasas de casos llevados a juicio han disminuido en ambos lados del Atlántico. Para el 2010, en los tribunales federales de Estados Unidos, solo dos de cada cien casos civiles presentados llegaban a juicio -fenómeno descrito como "la desaparición del juicio" (Resnik & Courtis, 2011, p. 306-314; Galanter, 2004).

En resumen, las potestades de los diferentes funcionarios públicos que engloban desde la policía, la acusación y el castigo hasta el proceso civil, se han construido, reformulado y ahora están siendo revisadas nuevamente. Si alguna vez fue "creíble hablar como si el estado monopolizara" las funciones de mantener el orden, hacer cumplir la ley penal e imponer responsabilidad civil, hoy en día ya no es así (Sklansky, 2011, p. 116- 120).⁶⁵ La privatización de lo que durante el siglo XX se convirtió en una función "pública" de resolución de disputas —tanto penal como civiles—es ahora un fenómeno global que limita la interacción pública entre los ciudadanos y el estado, incluso cuando el poder del estado (al estilo de Foucault) podría expandirse.

Además de afectar la naturaleza del trabajo que realizan los funcionarios públicos y sus agendas, las privatizaciones pueden ser, aunque no lo sean intrínsecamente, un medio para eludir la regulación pública. El grado de supervisión es contingente, tal como sugieren algunos términos como "tercerización", "descentralización" y "delegación". Mientras que lo "privado" a veces marca un ámbito fuera del alcance estatal, algunas privatizaciones son parciales, como al tercerizar la infraestructura pero mantener el control operativo, o a la inversa, manteniendo la operación de la infraestructura y delegando la gestión de servicios. En ocasiones, la privatización puede aumentar la capacidad y la autoridad del gobierno.

La privatización de Thatcher incluyó la creación de nuevas agencias regulatorias (Starr, 1988, p 18). Esta dependencia de la Unión Europea en entidades privadas para establecer estándares fue vista como un mecanismo para generar cohesión mediante la superación de las diferencias entre los estados miembros (Donnelly, 2007, p. 71). Los debates sobre la asistencia médica en los Estados Unidos sugieren una variedad de modelos: el gobierno como quien paga las facturas de los ciudadanos que reciben atención médica de proveedores privados, como quien compra en nombre de los consumidores, alterando así las opciones del mercado, o como proveedor directo de servicios. En las cárceles privadas, los dueños y el personal penitenciario vendrían a ser los contratistas privados, mientras que los reclusos, detenidos por orden del Estado, son mantenidos en su mayoría por el erario público y, en algunas jurisdicciones, también mediante multas y otras cargas impositivas cobradas directamente a los reclusos.

La legislación penitenciaria de Israel de 2003, anulada por su Corte Suprema, ofreció otra opción. El estatuto "mejoró" el "modelo inglés" al exigir que los empleados y dueños adoptaran los mismos procedimientos para cachear y disciplinar a los presos⁶⁶ y estuvieran

⁶⁵ Además, las "compañías militares privadas" (o "PMCs", por sus siglas en inglés), al igual que la policía privada, son parte de industrias "cada vez más multinacionales" (Sklansky, 1999, p. 1182).

⁶⁶ La legislación también ordenó al proveedor privado a garantizar "el bienestar y la salud de los detenidos, y tomar medidas durante el encarcelamiento que ayuden a su rehabilitación después de su liberación, incluyendo capacitación laboral y educación". Ley de Enmienda de la Ordenanza de Prisiones (n.º 28), 5764-2004, § 128.12.

Judith Resnik

sujetos a los mismos estándares legales que el gobierno.⁶⁷ El Estado mantenía el poder de nombrar al personal, controlar la asignación de los prisioneros, monitorear el lugar y revocar el contrato.⁶⁸ Además, los sistemas jurídicos podrían imponer tanto restricciones ex post como ex ante (una "ley pública de privatización") para exigir que los gobiernos que contemplaran la privatización de funciones proporcionaran información detallada de las opciones y costos, así como también otorgaran derechos de participación a la ciudadanía en la toma de decisiones (Barak-Erez, 2010; 2011).

En consecuencia, podemos decir que el grado de supervisión pública depende de cómo se estructure la transferencia, cuánta discrecionalidad permitan los servicios y qué mecanismos de responsabilidad se implementen. Como dijo un experto ante la Corte Suprema de Israel, bajo la Ley de Derechos Humanos, *Human Rights Act (HRA)* (por sus siglas en inglés) adoptada en el Reino Unido, "cualquier persona(...) cuyas funciones sean de naturaleza pública" debe actuar de acuerdo con la HRA; además, la HRA determinó que la administración de las prisiones era una función pública, independientemente de quién las gestionara.⁶⁹ También opinó que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había "establecido que los derechos fundamentales protegidos en la Convención" eran "exigibles contra entidades privadas" cuando "el estado hubiera mantenido un alto nivel de responsabilidad para su regulación".⁷⁰

Además, como ilustra el ejemplo de la resolución de conflictos administrada por jueces, no debe asumirse que la actividad "pública" garantice transparencia, publicidad y reglamentación. A nivel más general, muchas políticas constitucionales restringen, en diferentes grados, los actos del poder ejecutivo y legislativo, al mismo tiempo que la inmunidad soberana protege a los gobiernos de ciertas formas de responsabilidad a la que los actores privados pueden estar sujetos (Pfander, 2003). Un determinado sistema jurídico puede —como en el caso de la legislación israelí respecto de las cárceles privadas— imponer el mismo grado de responsabilidad a actores privados que a actores públicos. Por el contrario, como concluyó la Corte Suprema de los Estados Unidos, los funcionarios y empleadores privados, a diferencia de los funcionarios públicos, no deberán responder por violaciones de derechos ocurridas dentro de cárceles privadas.⁷¹ De hecho, los avances legales en Estados

⁶⁷ Caso *Academic Center*, párrafo 6 (jueza Beinisch); Ley de Enmienda de la Ordenanza de Prisiones (n° 28), 5764-2004, § 128.11(3)(1).

⁶⁸ Del mismo voto, párrafo 5, al discutir la Ley de Enmienda de la Ordenanza de Prisiones (n.º 28), 5764-2004, arts. 128.32–128.35.

⁶⁹ Jowell (2006, p. 52-54), citando la Ley de Derechos Humanos de 1998 (art. 6.3.b), describió el sistema sudafricano como similar (y de igual manera sin plantear "dificultades constitucionales") porque la "responsabilidad legal" de los actores privados era la misma que la de los actores públicos para esta "función pública", tal como lo establece la Constitución de Sudáfrica, que considera a cualquier persona que realice una función pública como un órgano del Estado (2006, p. 73, citando la Constitución de Sudáfrica, 1996, art. 239).

⁷⁰ Jowell (2006, p. 131-132), citando *Costello-Roberts v. United Kingdom*, 19 Eur. H.R. Rep. 112 (1993); *Van der Musselle v. Belgium*, 6 Eur. H.R. Rep. 163 (1983); *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*, 1 Eur. H.R. Rep. 617 (1976). Véase también *Kotov v. Russia*, 54522/00 Eur. Ct. H.R. (2012) -disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-110023%22%5D%7D>]- donde se discute cuándo un Estado puede ser considerado responsable bajo la Convención por los actos de una empresa o una persona privada.

⁷¹ Presos federales detenidos en cárceles privadas no pueden demandar directamente basándose en la Constitución de los Estados Unidos contra las compañías que son dueñas de la prisión ni

Judith Resnik

Unidos son un ejemplo de la desconstitucionalización de las prisiones. Esto se debe a que las sentencias judiciales dejan la toma de decisiones cada vez más a discreción de las autoridades penitenciarias, tanto públicas como privadas.

Ahora, dejando atrás el paisaje variado de las privatizaciones, me detendré en sus justificaciones. Los aficionados generalmente opinan sobre los servicios públicos. Acusan al Estado de ser un gestor fallido que es demasiado burocrático, inflexible y poco experto para garantizar la calidad de servicios en una variedad de ámbitos. La competencia es el antídoto, al permitir mayor eficiencia mediante la creación de más opciones y diferentes formatos para la prestación de servicios. Una literatura gerencial defiende las ventajas estructurales de los mercados privados que derivan de su mayor capacidad de monitorear la lealtad de los agentes al perseguir los objetivos de sus principales (Trebilcock & Iacubucci, 2003).

En cuanto al éxito de las privatizaciones, se realizan afirmaciones empíricas, respecto de los servicios, la supervisión, la producción de recursos y las ganancias (Dilulio Jr., 2003). Por ejemplo, mejorar la eficiencia depende, en parte, de la capacidad de los nuevos proveedores para acceder a mercados específicos y generar así responsabilidad a través de la competencia (Donahue, 1989, p. 4 y 22). Sin embargo, algunos mercados pueden ser difíciles de ingresar; las cárceles, por ejemplo, requieren grandes inversiones de capital, y es un mercado que por el momento no ha sido ocupado por una gran variedad de proveedores. Además, el debate sobre el impacto de la privatización de las cárceles ilustra los desafíos de valorar las demandas enfrentadas en relación a las eficiencias comparativas. Algunos argumentan que las cárceles privadas son iguales o mejores que las estatales en términos de condiciones y costos.⁷² Otros creen que existen pocas reducciones de costos por prisionero y se preocupan de que los ahorros, si es que existen, sean el resultado de poner en compromiso la seguridad y los programas ofrecidos (Blumstein, Cohen y Seth, 2008; Timor, 2006). También se plantea otro tipo de costo: que la delegación al sector privado socava la legitimidad de las sanciones estatales (Dolovich, 2005, p. 4). Los debates sobre los tribunales privados generan otra pregunta: si exigir a los litigantes que utilicen arbitrajes y otras formas de resolución alternativa de conflictos (ADR, por sus siglas en inglés) es menos costoso y más generador de resoluciones exitosas.

V. La constitucionalización de la(s) privatización(es).

Los tribunales han recibido pocas impugnaciones directas a las privatizaciones, y la Corte Suprema israelí “asumió que no existe ningún impedimento constitucional para la privatización de la gran mayoría de los servicios prestados por el Estado” (Dolovich, 2005, p. 462-471). En cuanto a las cárceles privadas, los pocos debates judiciales, aparte del de Israel,

individualmente contra agentes penitenciarios y solo pueden buscar respuesta basando sus reclamos en las leyes estatales. Ver *Minneci v. Pollard*, 132 S. Ct. 617 (2012); *Correctional Services Corp. v. Malesko*, 534 U.S. 61 (2001). En este sentido, la privatización puede aumentar la autoridad del estado (al tener el poder inicial de juicio sobre el encarcelamiento) mientras diluye la responsabilidad del Estado. Véase White, 2001, p. 138.

⁷² Richard Harding, quien fue el "Inspector Autónomo de Servicios de Custodia en Australia Occidental de 2000 a 2008" argumentó que las prisiones privadas habrían mejorado la "estructura interna (sin rendición de cuentas)" de Israel, tal como había ocurrido, en su opinión, en el Reino Unido (2012, p. 141 y 143).

Judith Resnik

han respaldado en general la práctica.⁷³ Como opinó un juez de apelaciones de los Estados Unidos, un preso sólo tenía un “interés jurídicamente protegido en la conducta de su guardia [y] no en la identidad de este último”.⁷⁴ Por ende, si se lo compara con una norma constitucional transnacional sobre la meta-reivindicación de la privatización o la instanciación concreta del encarcelamiento privado, se habría avalado la legislación israelí.

Sin embargo, después su análisis a nivel mundial, el tribunal israelí hizo un estudio de su propia Ley Básica sobre la Dignidad Humana y la Libertad para autorizar la revisión judicial e invalidar la ley.⁷⁵ Para ello, los jueces analizaron la garantía estatal de derechos humanos fundamentales que permitía violaciones si se “adecuan a los valores del Estado de Israel, están promulgadas con un fin adecuado y en una medida no superior a la necesaria” (artículos 1A, 8 de la ley israelí de Dignidad Humana y Libertad) -una prueba que invitaba a un análisis de proporcionalidad.

La resolución no se basó en una investigación empírica sobre si las cárceles públicas funcionaban bien o —como han argumentado los analistas expertos— si las cárceles privadas eran mejores que los servicios básicos prestados por el sector público.⁷⁶ De hecho, un juez en su voto refirió que, incluso cuando las cárceles privadas mejoraran la experiencia carcelaria con respecto a las del sector público, la privatización sería ilegal porque los prestadores privados perjudicarían intrínsecamente los derechos humanos de los reclusos en un grado mayor al que lo harían los prestadores públicos.⁷⁷ Además, el único juez disidente describió las condiciones penitenciarias como “escalofrantes”. El hacinamiento había

⁷³ Jeffery Jowell opinó que la “larga historia de privatización de industrias y externalización de funciones gubernamentales” en el Reino Unido no había sido significativamente cuestionada, y dado que las prisiones tenían “un mínimo nivel de responsabilidad política y legal”, cualquier impugnación al respecto “probablemente fracasaría” (2006, p. 7). Además, en la práctica, no había surgido “ninguna crítica” de que una prisión privada fuera “menos efectiva que una prisión administrada por el estado”. De manera similar, Sudáfrica también había privatizado diversas actividades, incluidas las prisiones, y la jurisprudencia hasta la fecha sugería que la externalización no es “de ninguna manera inconstitucional” (Jowell, 2006, p. 8).

James Blumstein (2006), de los Estados Unidos, afirmó de manera similar que “en un contexto u otro, las Cortes de Apelaciones de los Estados Unidos para los circuitos Quinto, Sexto, Séptimo, Noveno y Décimo han rechazado reclamos de que las prisiones operadas de manera privada violan la Constitución de los Estados Unidos”. Además, como se señaló, la Corte Suprema de Israel hizo referencia a una decisión de Costa Rica que respaldaba una forma de privatización de las prisiones (Caso *Academic Center*, párrafo 22 del voto de la jueza Naor).

⁷⁴ *Pischke v. Litscher*, 178 F.3d 497, 500 (7th Cir. 1999). El tribunal de apelaciones describió el desafío a las prisiones privadas como “totalmente frívolo” y señaló que no podía “pensar en ninguna... disposición de la Constitución que pudiera ser violada por la decisión de un estado de confinar a un prisionero condenado en una prisión propiedad de una empresa privada en lugar de una del gobierno”.

⁷⁵ Caso *Academic Center*, párrafos 35 y 36 del voto de la jueza Beinisch.

⁷⁶ Blumstein, Cohen & Seth (2008, p. 466) citan el ahorro promedio que genera un estado al introducir prisiones privadas entre los \$13 y \$15 millones. Blumstein (2006, p. 24) señala los ahorros en costos y otros beneficios económicos a partir de las prisiones privadas. Adicionalmente, véase Timor (2006, p. 82-88) donde se encuentra poca evidencia que respalde los beneficios o daños de las prisiones privadas.

⁷⁷ *Academic Center*, voto de la jueza Procaccia, párrafo 18. En su opinión, debido a que “la empresa privada” no podría haber “internalizado la doctrina de los balances en el ejercicio del poder soberano”, confiar “la autoridad coercitiva soberana a un concesionario privado” causaría más daño a la dignidad humana de los reclusos (párr. 49).

Judith Resnik

producido una falta de espacio, saneamiento, ventilación, atención médica y programas que daban lugar a violaciones de los “derechos básicos de las personas” como “algo habitual”.⁷⁸

La decisión del tribunal israelí, en cambio, se fundamentó en otro tipo de percepción empírica -basada en que la decisión del Estado de sancionar no está completa con la sentencia, sino que continúa cuando el personal toma decisiones sobre a quién buscar, cómo clasificar y si imponer o no segregación administrativa.⁷⁹ Así, a diferencia de la afirmación académica de que la privatización socava la legitimidad social de la sanción,⁸⁰ el tribunal se centró en la legalidad de los actores privados que continuamente toman decisiones sobre la sanción a instancias del Estado.

Por lo tanto, algunas personas podrían haber llegado a la conclusión de que el carácter incontrolable de esos numerosos juicios discrecionales hacía que la representación/ relación principal fuera inevitablemente incompleta. Sin embargo, el tribunal no se embarcó en un análisis del fracaso de la representación, sino que insistió (citando a Rousseau y Locke) en que la creación de la propia relación de representación violaba el contrato social.⁸¹ Conceder a la empresa privada actividades estatales que limitan la libertad personal ocasiona una “violación del derecho constitucional a la libertad personal más allá de la violación que surge de la propia reclusión”.⁸² Dado que la detención “implica necesariamente una grave violación de los derechos humanos”,⁸³ sólo los organismos estatales podían hacerlo.

¿Qué tipo de derecho constitucional estableció la Corte Suprema israelí? Dado que el fundamento de la decisión fue la irrelevancia de las diferencias de calidad en las condiciones de las cárceles públicas y privadas, el derecho no impacta en la igualdad ni en las inquietudes distributivas que rodearon la decisión *Sundar* de la India sobre la policía privada. Además, dado que el poder legislativo había conservado la potestad de inspeccionar, dar de baja e

⁷⁸ *Academic Center*, en su voto, el juez Levy observó que los proveedores privados podrían quizás hacerlo mejor (párr. 3 y 4). Véase también Harding (2012, p. 142). En su opinión, las prisiones de Israel estaban en una "grave y continua violación de todos los estándares internacionales, de todos los estándares nacionales israelíes y de todas las expectativas de decencia". En 2012, el Tribunal Constitucional de Alemania consideró un desafío a una ley de Hessen que colocaba a los criminales mentalmente enfermos, confinados involuntariamente, en instituciones que, aunque de propiedad estatal, eran entidades corporativas con personal privado. El tribunal respaldó la disposición en parte porque tenía el potencial de mejorar la "calidad del internamiento". Véase Bundesverfassungsgericht [BVerfG] 2 BvR133/10, 18 de enero de 2012, https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20120118_2bvr013310.html

⁷⁹ *Academic Center*, votos de las juezas Beinisch (párr 2, 12, 26, 37, 67) y Procaccia (párr. 2 y 8). La violación del derecho a la libertad "es infligida por la parte que gestiona y opera la prisión donde el recluso está detenido, y por los empleados de esa parte, cuyo propósito principal es asegurar que el recluso cumpla debidamente el término de encarcelamiento al que ha sido condenado" (Beinisch, párr. 25). Los ejemplos incluían "el poder de ordenar que un recluso... sea mantenido en aislamiento administrativo por un máximo de 48 horas", "aprobar el uso de la fuerza razonable para llevar a cabo" una requisita corporal, y prohibir que un recluso se reuniera con un abogado en particular (Beinisch, párr. 26).

⁸⁰ Ver Sigler, 2010. Michael Walzer también ha argumentado que la "defensa democrática del derecho a castigar" depende de que el Estado asegure que los actores estatales, actuando en su capacidad representativa, traten a los ciudadanos detenidos de manera igualitaria y equitativa (1985, p. 10-12).

⁸¹ *Academic Center*, votos de los jueces Beinisch (p. 23), Arbel (p.2), Rivlin (p. 1), Procaccia (p. 1), Havut (p. 1 y 2), Naor (p. 29) y Levy (p. 12 y 13).

⁸² *Academic Center*, voto de la jueza Beinisch (párr. 33).

⁸³ *Academic Center*, voto de la jueza Beinisch (párr. 10).

Judith Resnik

imponer normas a la cárcel, la sentencia no se basaba en la garantía del debido proceso contra las decisiones arbitrarias. Aunado a ello, al vincular su decisión a los derechos personales de los detenidos, el tribunal no creaba un compromiso colectivo con la libertad que exigiera parsimonia por parte de un sistema político en su sanción, evitando crear incentivos para que las empresas privadas obtuvieran beneficios mediante la búsqueda de un número cada vez mayor de detenidos (Dolovich, 2005, p. 515-518). En cambio, el tribunal fundamentó que los detenidos tienen derecho a que el propio Estado les proporcione directamente el servicio único de privar a las personas de su libertad y dignidad.⁸⁴ Tomando prestada una formulación arendtiana, el derecho a tener derechos se convirtió en un derecho a que sólo el Estado les quitara esos derechos.

El juez disidente no estaba de acuerdo con lo que él describió como la insistencia en que el “derecho social” de proteger la dignidad de los reclusos sólo podía lograrlo el sector público.⁸⁵ Sostuvo que la mayoría estaba equivocada porque, si bien el Estado tenía un “papel central” en el cumplimiento de esa protección, tanto los prestadores privados como los públicos podían brindar “el derecho a condiciones penitenciarias adecuadas”, y el sector privado podía hacerlo mejor que el sector público.⁸⁶ Su interpretación de que proporcionar condiciones adecuadas a los reclusos tiene “aspectos de un derecho social” refleja las características asistencialistas de las cárceles (gestionadas por actores públicos o privados), que albergan y mantienen a las personas reclusas contra su voluntad.

La resolución de disputas financiada por el Estado, es decir los tribunales, también puede clasificarse como un derecho social (así como un derecho político y civil, si se opta por utilizar los términos de T.H. Marshall, 1949) dado que los tribunales distribuyen las oportunidades de resolución de conflictos y, hoy en día, deben hacerlo de forma respetuosa con la dignidad y la igualdad de los participantes. Asimismo, según lo antedicho, los Estados han llegado a subvencionar tanto las infraestructuras como a algunos de los usuarios, no sólo para responder a sus necesidades, sino también para legitimar a los tribunales aumentando su capacidad para hacer cumplir las leyes y garantizar la seguridad de las relaciones económicas e interpersonales. Asimismo, tanto las normativas nacionales como los convenios internacionales organizan ahora estas funciones mediante la imposición de requisitos como el trato digno a los detenidos y las audiencias públicas ante jueces independientes e imparciales para los litigantes.⁸⁷ La decisión de 2011 que tomó la Corte Suprema de la India, según la cual los ciudadanos tienen derecho a una policía proporcionada por el Estado “adecuadamente capacitada (...) y debidamente equipada”, añade la labor policial a la lista de actividades que los Gobiernos han llegado a garantizar de forma habitual.⁸⁸

⁸⁴ Bajo la Ley Fundamental de Israel, la dignidad no es absoluta; su apartamiento es permitido bajo un análisis de proporcionalidad (Art. 1,8). Esta concepción contrasta con la visión alemana, en la que la dignidad se entiende como un derecho absoluto (Baer, 2009).

⁸⁵ *Academic Center*, voto del juez Levy (párr. 2).

⁸⁶ *Academic Center*, voto del juez Levy (párr. 2 y 4). Además, resaltó que dado que la prisión aún no estaba en funcionamiento, el fallo era prematuro.

⁸⁷ Véase por ejemplo, PIDCP, art. 9(3); Principios Básicos sobre la Independencia de la Judicatura, Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Crimen y el Tratamiento del delincuente, Milán, 26 de agosto–6 de septiembre de 1985, Documento de la ONU A/CONF.121/22/Rev.

⁸⁸ *Sundar y otros v. Chattisgarh*, (2011) 7 S.C.C. 547.

Judith Resnik

El hecho de que los Estados otorguen a la policía, los tribunales y al servicio penitenciario la condición de derechos sociales abre esa caracterización más allá de las restricciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que se centra en las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y garantizar que sus poblaciones dispongan de vivienda, educación, medios de subsistencia, seguridad social y salud. Una vez que los derechos a la seguridad y a la resolución de disputas, implementados a través de la policía, los tribunales y el servicio penitenciario se incluyen en esta combinación, incluso las constituciones (como la de los Estados Unidos) que evidencian estar desprovistas de obligaciones asistencialistas pueden interpretarse como que tienen obligaciones distributivas, aunque ni los presos ni los acusados (en la justicia penal o civil) se ofrezcan voluntariamente a usarlas.⁸⁹

Por lo tanto, además de situar la sentencia de la Corte israelí en el nivel de los derechos personales, ésta pertenece al ámbito de lo estructural. La Corte Suprema israelí hizo lo que había pretendido evitar; identificó una faceta del “núcleo duro de los poderes soberanos” que no puede transferirse ni delegarse.⁹⁰ La Corte Suprema de la India reconoció expresamente que lo había hecho, al concluir que la policía no podía “despojarse ni liberarse mediante la creación de cuadros temporales con diversos grados de control estatal”.⁹¹ Por lo tanto, ambos derechos contra la privatización, con fundamento en los tribunales, encuadran en lo que he denominado “estatización”, es decir, la necesidad de que las políticas se creen a sí mismas a través de servicios institucionales que impliquen relaciones entre el ciudadano y el Estado y que produzcan identidad para ambos.

Además, estos dos dictámenes generan la obligatoriedad de las acciones no sólo para el Estado, sino también para sus ciudadanos, que deben ser recíprocos. La Corte Suprema israelí se centró en la autoridad única que posee el Estado de violar los derechos a la libertad y a la dignidad, aunque también podría haber explicado que los detenidos y presos están obligados particularmente *ante el Estado*, y no ante entidades corporativas, a obedecer las órdenes policiales y a asumir el castigo impuesto. La interacción (incluso en condiciones como las de máxima seguridad, que aíslan a los presos de otros seres humanos) exige que el Estado interiorice las tareas punitivas y que los individuos sirvan (en sentido literal) directamente al Estado para enmendar la transgresión de las normas colectivas.

Estos diversos intercambios podrían caracterizarse como una forma de “justicia conectiva”, término utilizado al principio para referirse a la acción de dictar sentencia en el antiguo Egipto -aquí redistribuido para describir las órdenes (compartidas por los ciudadanos y el Estado) de cumplimiento de las normas conductuales. La “conexión” tiene hoy una valencia psicológica que alimenta teorías políticas que imaginan a los estados en términos comunitarios, democráticos y feministas. Su aplicación a la detención deja claro que las conexiones pueden ser complejas y hostiles. Utilizo la expresión para evocar un denso conjunto de interacciones (en estos contextos, entre la policía, litigantes, jueces, funcionarios

⁸⁹ Mientras que la Constitución de los Estados Unidos generalmente se considera como carente de tales derechos (véase por ejemplo, Michelman, 2008), algunos comentaristas han identificado obligaciones de bienestar en la Constitución de los Estados Unidos o han considerado que las distinciones entre los tipos de derechos no son útiles. Véase por ejemplo, Tushnet, 2008 y West, 1994.

⁹⁰ *Academic Center*, voto de la jueza Beinisch (párr. 63).

⁹¹ *Sundar y otros v. Chattisgarh*, (2011) 7 S.C.C. 547.

Judith Resnik

gubernamentales y detenidos) en el caso inmediato y, cuando se realiza en público o de manera transparente, permitiendo debates sobre las normas de gobierno (Post y Siegel, 2007). En este sentido, los derechos contra la privatización se convierten en derechos colectivos a la identidad estatal y de los ciudadanos (a diferencia de la legitimidad o la naturaleza de las sanciones) forjados a través del funcionamiento de instituciones como la policía, los tribunales y las cárceles. Las privatizaciones, por lo tanto, no solo socavan los derechos personales de los individuos, sino que también diluyen las oportunidades para construir relaciones dentro del estado y hacia él.

Los estudiosos tienen desconcierto sobre la inteligibilidad de la soberanía en el siglo XXI. En Estados Unidos, los movimientos políticos pretenden deslegitimar las capacidades del Estado y desactivar sus funciones asistencialistas, mientras que en Europa, el riesgo del fracaso de sus ambiciones acecha los intercambios contemporáneos. Mi opinión no es que la soberanía del Estado vaya a desaparecer rápidamente; de hecho, resurgen formas de nacionalismo, algunas de ellas virulentas. Más positivamente, los Estados democráticos constitucionales han sido los pilares para la elaboración de nuevas formas de derechos que, sólo en las últimas décadas, abarcan a todas las personas. Así pues, la energía dedicada a explorar la fenomenología de la privatización y la globalización debe ir acompañada de esfuerzos por construir el contenido de la soberanía constitucional para limitar su xenofobia y hacerla legible y generadora.

La historia y las prácticas de la policía, la justicia y el sistema penitenciario, expuestas anteriormente, brindan información sobre algunos de los atributos que hacen que los servicios estatales sean reconocibles, arraigados y duraderos. Los tres sirven al Estado, a la vez que son útiles para los individuos y las empresas, que se sienten más seguros en sus personas y transacciones gracias al control estatal. Los tres crean oportunidades para encuentros que forjan identidades, tanto colectivas como individuales (por ejemplo, sospechoso o víctima, litigante, detenido, juez, alcaide, policía). Para terminar, analizaré algunos aspectos de los regímenes constitucionales que exigen compromisos entre el ciudadano y el estado que no sean las detenciones policiales, las presentaciones ante los tribunales y el cumplimiento de las penas de prisión. Algunos son específicos de un determinado sistema político y otros se encuentran en muchas constituciones, lo que permite intercambios transnacionales sobre su contenido.

Los ejemplos más obvios provienen de las constituciones que imponen deberes al especificar la prestación estatal de lo que se han convertido en abanderados del discurso de los derechos sociales —como la educación, la salud y la seguridad social— a los que se da forma institucional a través de escuelas públicas, hospitales, servicios de atención sanitaria y oficinas administrativas, y que convierten a los individuos en estudiantes, pacientes y receptores. En algunas jurisdicciones, estos servicios se han convertido en accesorios del Estado (“The National Health” es la abreviatura en Inglaterra) que permiten al Estado desempeñar sus propias competencias (o la falta de ellas). En la actualidad, estas instituciones son objeto de esfuerzos de privatización que ponen en peligro las oportunidades de experimentar al Estado como proveedor de sustento.⁹²

⁹² Un ejemplo frecuentemente citado es Sudáfrica, que forjó su nueva identidad en obligaciones de "respetar, proteger, promover y cumplir los derechos en la Carta de Derechos" (véase *South Africa v. Grootboom* 2001 (1) SA 46 (CC), citando la Ley de Vivienda) y para permitir el florecimiento individual

Judith Resnik

Otra serie de derechos de infraestructura son los llamamientos que hacen muchas constituciones para que se garantice un “medio ambiente sano”.⁹³ En ocasiones, estos compromisos van acompañados de la obligación de trabajar a escala transnacional para proteger el medio ambiente “global” o “internacional”⁹⁴. Pasando de las prescripciones nacionales a las internacionales, el PIDESC es el ejemplo más destacado, aunque otros convenios internacionales también instan a los Estados a facilitar el florecimiento de sus poblaciones. Un ejemplo es el mandato de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW- por sus siglas en inglés) que establece que las partes permitan a las mujeres y a los hombres participar plenamente en todas las facetas de la vida “política, social, económica y cultural” y adopten, cuando sea necesario, “medidas apropiadas” -formas de lo que se conoce como “acciones afirmativas” en el lenguaje constitucional de Estados Unidos y “discriminación positiva” en Europa- para alcanzar estos objetivos.⁹⁵

Los mecanismos para generar identidad y relaciones también pueden provenir de obligaciones impuestas por el gobierno a los ciudadanos. El voto obligatorio ofrece un modelo. Australia, junto con otros veinte países, exige que sus ciudadanos acudan a las urnas y se inscriban para votar.⁹⁶ La norma australiana es una ley, complementada por una normativa constitucional que establece que el derecho al voto, como cuestión de estructura (“nosotros, el pueblo”), es tanto un derecho universal como un deber.⁹⁷ Si los empleados públicos (en lugar de las empresas privadas) reciben a los ciudadanos que deben votar con regularidad, la actividad genera otra oportunidad de “ver” el Estado y participar en él. Otra obligación que fomenta relaciones es formar parte de un jurado, lo que requiere que los ciudadanos actúen como jueces ad hoc y trabajen juntos para dictar sentencias consensuadas.⁹⁸ La tributación

al reconocer derechos como el de tener un hogar (Constitución de Sudáfrica, 1996, capítulo 1, § 7,2). Estas obligaciones están sujetas a revisión judicial, la cual toma en cuenta los recursos limitados y se basa en la aplicación del estándar constitucional de “realización progresiva”. *South Africa v. Grootboom* 2001 (1) SA 46 (CC), párr. 13.

Otro ejemplo, menos destacado, proviene de las enmiendas a las constituciones de Arkansas, California, Colorado, Georgia y Kansas, que autorizan a los estados a pagar pensiones para reconocer el servicio de ciertos empleados del servicio civil y atender las necesidades de las personas mayores (Sterett, 1997, p. 350-351). También se podría incluir la visión de Alemania sobre los deberes estatales de proteger la vida, que resultan en servicios de asesoramiento y salud (incluidas las interrupciones del embarazo) para las mujeres embarazadas, como una especie de derecho social (Siegel, 2012). Véase en términos generales Scheppele, 2004.

⁹³ Véase por ejemplo, Constitución de la República de Chad art. 47 (1996); Constitución Política de Columbia [C.P.] art. 79; Constitución de Finlandia, § 20 (2000). Véase en términos generales May & Daly, 2009.

⁹⁴ Véase por ejemplo, Constitución de la República de Gambia, § 215(1) (1996); Constitución de la Cuarta República de Ghana, § 36(9) (1992).

⁹⁵ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, arts. 3 y 4, 3 de septiembre de 1981, 1249 U.N.T.S. 13.; véase también arts. 10, 11, 13; además Kessler-Harris, 2003.

⁹⁶ Téngase en consideración la nota titulada *The Case for Compulsory Voting in the United States* y publicada en 121 Harv. L. Rev. 591, 592 (2007).

⁹⁷ Roach v. Electoral Commissioner [2007] HCA 43 (Austl.).

⁹⁸ Tanto las constituciones estatales como la federal garantizan el derecho a juicios con jurado. En contraste, el art. 125 de la Constitución Española permite a los ciudadanos “participar en la administración de justicia a través de la institución del jurado”. Véase Jimeno-Bulnes, 2011. Las

Judith Resnik

también podría concebirse como una práctica de interacciones recíprocas, construidas a través de ejemplos como los gobiernos que colocan carteles anunciando que las nuevas construcciones o determinados servicios representan “dinero de los impuestos” puestos a trabajar.

El ejemplo más común (y complejo) es el militar; la Constitución alemana de 1949 obligaba a sus ciudadanos a realizar el servicio nacional,⁹⁹ y muchos países tienen homólogos legales, aunque a veces dirigidos a un subconjunto (como el requisito estadounidense de que los hombres, aunque no las mujeres, se inscriban en el servicio militar obligatorio). El servicio a la patria es recíproco, en el sentido de que el Estado proporciona a quienes lo prestan educación, salud y formación. Por ende, el servicio nacional puede ser una oportunidad interclasista e interétnica para formar asociaciones entre ciudadanos y con el Estado.

Las redes de comunicación subvencionadas por el Estado ofrecen un tipo diferente de oportunidad que, en lugar de los periodos concentrados de servicio nacional o de jurado, permiten a una amplia gama de individuos tener un contacto regular pero breve -a menudo en público- con funcionarios del gobierno que les ayudan a realizar negocios privados y públicos. La versión del siglo XVIII fue el correo, un conducto inicial para la globalización que se convirtió en objeto de tratados internacionales pioneros en la década de 1870: la “Unión Postal Universal”. La versión actual es un organismo especializado de las Naciones Unidas que coordina los servicios en todo el mundo.¹⁰⁰ Más de cuarenta constituciones tratan los temas de correo y comunicaciones, ya sea para asignar autoridad en las federaciones entre los gobiernos estatales y nacionales o para proteger la confidencialidad de los intercambios.¹⁰¹ Sin embargo, al igual que el derecho contra la privatización, los servicios postales rara vez son objeto de decisiones constitucionales o incluso de teoría política.¹⁰²

Sin embargo, los fundadores de muchos países consideraron que las redes de comunicación eran fundamentales. Un ejemplo es la Constitución de Estados Unidos, que

propuestas de “días de deliberación”, en los que los ciudadanos se reúnen para discutir políticas, son otro ejemplo de construcción institucional. Véase Ackerman & Fishkin, 2004.

⁹⁹ *Grundgesetz Fur Die Bundesrepublik Deutschland [Grundgesetz] [Gg] [Ley Fundamental]*, 23 de Mayo de 1949, Art. 12(a)(2). Aunque esta disposición permanece en la Constitución, quedó sin efecto debido a la Ley de Enmienda del Servicio Militar (2011), que eliminó el servicio militar obligatorio.

¹⁰⁰ Véase el Tratado sobre la Formación de una Unión Postal General, 9 de octubre de 1874, 19 Stat. 577, enmendado por la Unión Postal Universal, 21 de marzo de 1885, 25 Stat. 1339; <https://www.upu.int>.

Freeman (1947) describió a la Unión Postal Universal como “el primer organismo internacional cuyo secretariado permanente tenía más que el poder de recopilar información. Se le asignaron funciones ejecutivas en la liquidación de cuentas y se le encargó ofrecer opiniones sobre disputas entre los miembros”.

¹⁰¹ Véase la base de datos *Oceana Constitutions of the Countries of the World Database*, <https://www.oceanalaw.com/> (términos de búsqueda “post office” y “postal”) (última visita el 31 de julio de 2012).

¹⁰² En 2009, el Tribunal Supremo de Brasil respondió a una acción declaratoria que buscaba declarar la invalidez de una ley promulgada antes de la Constitución de 1988, que otorgaba un monopolio estatal sobre ciertas formas de correo. Una mayoría, al discutir el rol del correo como un servicio público y no solo como una actividad económica, ratificó la ley, destacando el juez Barbosa que un servicio postal subsidiado desempeña un papel en la producción de la identidad nacional. Véase S.T.F., ADPF 46/DF, Relator: Min. Eros Grau, 8.5.2009, <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>. La opinión, emitida en agosto de 2009, fue publicada el 26 de febrero de 2010.

Judith Resnik

facultaba al Congreso nacional a “establecer oficinas de correos y caminos postales”.¹⁰³ Mediante la Ley de Correos de 1792, y muchas leyes posteriores, el Congreso amplió el sistema que Benjamín Franklin había dirigido antes de la Constitución. La función de construcción nacional era evidente; James Madison elogió al correo como vehículo para la circulación de periódicos no censurados y subvencionados que (esperaba) promovieran la “opinión pública” (Madison, 1791). Siglos después, el Congreso codificó ese propósito al reconocer también los vínculos con el comercio. La Ley de Política Postal de 1958 explicaba que su subvención tenía por objeto “unir más estrechamente al pueblo estadounidense, promover el bienestar general y el progreso de la economía nacional”.¹⁰⁴ La Ley de Reorganización Postal de 1970 exigía la prestación de “servicios postales que unan a la Nación a través de la correspondencia personal, educativa, literaria y comercial de la gente”, prestados a través de “servicios postales a todas las comunidades”.¹⁰⁵

Durante unos doscientos años, el gobierno federal financió edificios de oficinas de correos que sirvieron como lugares de reunión en aldeas de todo el país, creó oportunidades de empleo para los jefes de correos (y, con el tiempo, mujeres administradoras de correos) y el personal administrativo, inventó los servicios de reparto a domicilio y subvencionó el intercambio de información mediante tarifas especiales para determinadas formas de publicación. Después de la Guerra de Secesión, el gobierno federal financió importantes proyectos de construcción en las afueras de Washington DC. Estas combinaciones de “Oficina de Correos de Estados Unidos y Palacio de Justicia” generaron una “presencia federal” en ciudades de todo el país (Craig, 1984). Como “la mayor y más antigua empresa pública de la nación”,¹⁰⁶ el correo se mantuvo gracias a la legislación que le otorgaba el monopolio del correo gubernamental y, en las últimas décadas, le obligaba expresamente a prestar un “servicio universal en todo el país”.¹⁰⁷ Casi todas las personas “en todos los rincones del país” pueden enviar “a un costo razonable y con un esfuerzo razonable” cartas y documentos que se entregarán “en un plazo razonable y con casi total seguridad” (Campbell, 2008, p. 21). En 2008, más de 200.000 millones de envíos circulaban anualmente por el sistema postal federal (Accenture, 2008).¹⁰⁸

La obligación del servicio postal universal es una aspiración y una responsabilidad. Además, el Sistema Postal de Estados Unidos funcionaba con límites en cuanto al tipo de servicios auxiliares que puede prestar, y tiene obligaciones onerosas con los miembros actuales y pasados de su plantel. Los retos económicos actuales ponen en tela de juicio la longevidad del Sistema Postal de Estados Unidos (al momento de escribir este artículo, se acercaba la falta de pago de las pensiones adeudadas por parte de las oficinas postales). Así pues, la participación del gobierno como conducto de intercambios no censurados y subvencionados es cada vez menor. En 2009, existían 13.000 oficinas de correos menos que

¹⁰³ Constitución de los Estados Unidos, art. 1, § 8, cl. 7.

¹⁰⁴ Ley de Política Postal de 1958, Pub. L. No. 85-426, § 102, 72 Stat. 134, 134.

¹⁰⁵ Ley de Reorganización Postal, Pub. L. No. 91-375, § 101(a), 84 Stat. 719, 719 (1970); véase también Ley de Mejora Postal y Rendición de Cuentas, Pub. L. No. 109-435, 120 Stat. 3198 (2006).

¹⁰⁶ *United States Postal Serv. v. Flamingo Indus. (USA), Ltd.*, 540 U.S. 736, 739 (2004).

¹⁰⁷ *United States Postal Serv. v. Flamingo Indus.*, p. 741.

¹⁰⁸ Los objetivos gubernamentales de servicio universal son comunes; muchos países y la Unión Europea tienen mandatos similares para garantizar intercambios asequibles.

Judith Resnik

en 1951, y se están produciendo aún más recortes.¹⁰⁹ Incluso cuando la Corte Suprema consideró que el Servicio Postal era inseparable de Estados Unidos a efectos de las leyes antimonopolio,¹¹⁰ algunos analistas lo describieron como un “espiral mortal”, que explicaban que estaba causado por una mezcla de tecnología y proveedores privados (Stevens, 2002).

El colapso de los servicios postales estatales socava el impacto distributivo y comunitario que proporciona el sector público. Quienes abogan por recortar las subvenciones nacionales a Correos no acompañan esas propuestas con peticiones de apoyo gubernamental para que Internet sea accesible a todas las personas. Además, aunque las protestas de las comunidades rurales y los sindicatos de empleados de correos frenaron algunos recortes, la imagen del gobierno a través de sus oficinas de correos se está desvaneciendo. Estados Unidos reubicó las “oficinas de correos” abriendo puestos de venta de estampillas dentro de shoppings y otros comercios (Kosar, 2012). Y en la medida en que el encuentro es virtual, los usuarios ahora buscan en Google “USPS.com”, en lugar de “USPS.gov”.

La conectividad es definitoria de la globalización, y los pilares del sector privado — Facebook, Google y Fed-Ex, entre otros— se han hecho famosos por proporcionar redes que generan identidades y beneficios para esas instituciones. Muchas personas no necesitan al Estado para comunicarse entre sí. Aunque algunas personas necesitan la subvención. Y el Estado necesita que la gente recurra a él —.gov— como fuente y como recurso que, en virtud de constituciones que insisten en la igualdad y la dignidad, es un prestador universal redistributivo de algunos servicios.

El servicio postal es una combinación de consorcio de empresas públicas y privadas que, al igual que los servicios de justicia civil y penal, obligan a establecer interacciones que pueden redundar en beneficio para el Estado y los individuos. Los beneficiarios no son una generación ni se centran en un único grupo identificable. Además, en siglos anteriores, la aplicación de garantías constitucionales para un servicio postal sin barreras creó nuevas instituciones: las oficinas de correos en cada aldea se situaban junto a la policía, los tribunales y las cárceles como la personificación de los servicios diarios prestados por el Estado en los que diversas personas compartían espacio, prácticas y obligaciones. Y muchas de esas transacciones se llevaban a cabo (según las órdenes de Bentham) en lugares abiertos al público.

Estas instituciones requieren recursos estatales, pero no son independientes de la forma (capitalista, socialista y comunista) que adopte el sistema económico de un país. Todas ofrecen oportunidades para que el Estado trabaje con su ciudadanía. Si no están completamente tercerizadas, todas permiten que el Estado sea comprendido, visto, experimentado, comprometido, criticado y reformado. Estas instituciones son producto de la imaginación constitucional, que dio forma a iconos de soberanía cuando cayeron las

¹⁰⁹ Ver el informe *Restoring the Financial Stability of the U.S. Postal Service: What Needs to Be Done?: Hearing Before the Subcomm. Fed. Workforce, Postal Service, and the District of Columbia, 111th Cong.* (25 de Marzo, 2009), <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-111hrg50649/htm> (testimonio de Dale Goff, Presidente de la Asociación Nacional de empleados de correo de Estados Unidos).

¹¹⁰ Caso *Flamingo Industries, Ltd.*, 540 U.S., pág. 746.

Judith Resnik

monarquías. Las identidades públicas de la policía, los tribunales, las cárceles y los servicios postales más amables están tambaleándose.

Las vulnerabilidades del sistema de correos públicos, como el paso a la policía privada, el carácter público cada vez menor de los tribunales y las cárceles con fines de lucro, socavan una narrativa progresista que va de la estatización a la constitucionalización y que instala criterios duraderos de legitimidad gubernamental e insiste en la responsabilidad y un trato igualitario que es insistentemente redistributivo. Al celebrar un decenio de I-CON, las preguntas constitucionales que vendrán son: qué instituciones (antiguas y nuevas) marcarán, en las próximas décadas, las utilidades, los compromisos y la generatividad de los estados democráticos.

Referencias

- Accenture (2008). *Postal Universal Service Obligation (Uso) International Comparison: International Postal Liberalization—Comparative Study Of Us And Key Countries* 13. Accenture.
- Ackerman, B. & Fishkin, J. (2004). *Deliberation Day*. Yale University Press.
- Alexander, M. (2010). *The New Jim Crow: Mass Incarceration In The Age Of Colorblindness*. New Press.
- Alexander, J. (2005). “Globalization” as Collective Representation: The New Dream of a Cosmopolitan Civil Sphere. *Int. J. Pol. Culture Soc’y*, 19.
- Anderson, B. (1983), *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. Verso.
- Assmann, J. (2002). *The Mind In Ancient Egypt*. Metropolitan Books.
- Baer, S. (2009). Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism. *U. Toronto L.J.*, 59.
- Bamberg, J. (2000). *British Petroleum And Global Oil 1950–1975: The Challenge Of Nationalism*. Cambridge University Press.
- Bamberg, J. (1994). *The History Of The British Petroleum Company, Volume 2: The Angloiranian Years, 1928–1954*. Cambridge University Press.
- Barak-Erez, D. (2011). The Private Prison Controversy and the Privatization Continuum. *Law & Ethics Hum. Rts. Rev.*, 5.
- Barak-Erez, D. (2010). Three Questions of Privatization. En *Comparative Administrative Law* (S. R. Ackerman & P. Lindseth eds.). Elgar Publishing.
- Barak-Erez, D. & Gross, A. eds. (2007). *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*. Bloomsbury Academic.
- Barnhart, R. (1995). *The Barnhart concise Dictionary of Etymology: the Origins of American English Words*. H. W. Wilson Co.
- Beattie, J.M. (2001). *Policing and Punishment in London 1660–1750*. Oxford University Press.
- Bel, G. (2006). The Coining of “Privatization” and Germany’s National Socialist Party. *J. Econ. Persp.*, 20.
- Benhabib, S. (2012). Reseña de Michel Rosenfeld’s *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community* (2010). *Cardozo L. Rev.*, 33.
- Benhabib, S. (2011). *Dignity in Adversity: Human Rights in Troubled Times*. John Wiley and Sons.

Judith Resnik

- Bentham, J. (2001). *Writings on the Poor Laws*. Oxford University Press.
- Bentham, J. (1843a). Panopticon or the Inspection- house. En *The Works of Jeremy Bentham* (John Bowring ed.). Tait.
- Bentham, J. (1843b). Constitutional Code. En *The Works of Jeremy Bentham* (John Bowring ed.). Tait.
- Bentham, J. (1843c). Rationale of Judicial Evidence. En *The Works of Jeremy Bentham* (John Bowring ed.). Tait.
- Blumstein, J. (2006). Opinión sobre caso *HCJ 2605/05 Academic Center of Law and Business v. Minister of Finance* (Israel, 23 de agosto de 2006).
- Blumstein, J., Cohen, M. & Seth, S. (2008) Do Government Agencies Respond to Market Pressures? Evidence from Private Prisons. *Va. J. Soc. Policy & L.*, 15.
- de Búrca, G. & de Witte, B. (2005). *Social Rights In Europe*. Oxford Academic.
- Campbell, J. (2008). Universal Service Obligation: History and Development of Laws Relating to the Provision of Universal Postal Services. En *Postal Regulatory Commission, Report on Universal Postal Service and the Postal Monopoly*. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=4515822>.
- Caruso, D. (2006). Private Law and State-Making in the Age of Globalization. *N.Y.U. J. Int'l L. & POL*, 39.
- Cass, D. (2005). *The Constitutionalization Of The World Trade Organization*. Oxford Academic.
- Cassese, S. (2010). *When Legal Orders Collide: the Role of Courts*. Global Law Press.
- Cohen, J. (2004). Whose Sovereignty? Empire Versus International Law. *Ethics & Int'l Affairs*, 18(3).
- Consejo de Europa (2010). *European Judicial Systems—Edition 2010 (Data 2008): Efficiency And Quality Of Justice*. Council of Europe Publishing Editions.
- Cossman, B. & Fudge, J. (2002). *Privatization, Law, And The Challenge To Feminism*. Toronto University Press.
- Craig, L. (1984). *A Federal Presence: Architecture, Politics, And Symbols In U.S. Government Building*. MIT.
- Dilulio, J. (2003). Government by Proxy: A Faithful Overview. *Harv. L. Rev.*, 116.
- Dickinson, L. (2010). *Outsourcing War And Peace: Preserving Public Values In A World Of Privatized Foreign Affairs*. Yale University Press.
- Dolovich, S. (2005). State Punishment and Private Prisons, *Duke L.J*, 55.
- Donahue, J. (1989). *The Privatization Decision: Public Ends, Private Means*. The Basic Books.
- Donnelly, C. (2007). *Delegation Of Governmental Power To Private Parties: A Comparative Perspective*. Oxford Academic.
- Dorsen, N & Rosenfeld, M. (2003). Note to Readers. *Int'l J. Const. L.(I.CON)*, 1.
- Drucker, P. (1969). *The Age Of Discontinuity: Guidelines To Our Changing Society*. Harper & Row.
- Ferrier, R. (1982). *The History Of The British Petroleum Company, Volume 1: The Developing Years, 1901–1932*. Cambridge University Press.
- Foucault, M. (1977). *Discipline And Punish: The Birth Of The Prison*. Pantheon Books.
- Fraade, S. (2012). Violence and Ancient Public Spheres: A Response. *Yale J.L. & Human*, 24.

Judith Resnik

- Frakenberg, G. (2010). Constitutional Transfer: The Ikea Theory Revisited. *Int'l J. Const. L (I.CON)*, 8.
- Fredman, S. (2008). *Human Rights Transformed: Positive Rights And Positive Duties*. Oxford Academic.
- Freeman, H. (1947). International Administrative Law: A Functional Approach to Peace. *Yale L.J.* 57.
- Freeman, J. & Minow, M. eds. (2009). *Government By Contract: Outsourcing And American Democracy*. Harvard University Press.
- Galanter, M. (2004). The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, 1(3).
- Galanter, M. (1974). Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law & Society Rev.*, 9.
- Garth, B. (1993). From Civil Litigation to Private Justice: Legal Practice at War With the Profession and its Values. *Brook. L. Rev.*, 59.
- Genn, H. (2012). What is Civil Justice For? Reform, ADR and Access to Justice. *Yale J. L. & Hum*, 24.
- Genn, H. (1999). *Paths To Justice: What People Do And Think About Going To Law*. Hart Publishing.
- Guéhenno, J. M. (2000). *The End Of The Nation State*. University of Minnesota Press.
- Habermas, J. (1996). *Between Facts And Norms: Contributions To A Discourse Theory Of Law And Democracy*. MIT Press.
- Habermas, J. (1991). *The Structural Transformation Of The Public Sphere: An Inquiry Into A Category Of Bourgeois Society*. MIT Press.
- Hadfield, G. (2011). The Dynamic Quality of Law: The Role of Judicial Incentives and Legal Human Capital in the Adaption of Law. *J. Econ. Behavior & Org.*, 79.
- Hadfield, G. (2010). Higher Demand, Lower Supply? A Comparative Assessment of the Legal Resource Landscape for Ordinary Americans. *Ordham Urban L.J.*, 37.
- Hamann, A. & Ruiz Fabri, H. (2008). Transnational Networks and Constitutionalism. *Int'l J. Const. L (I.CON)*, 6.
- Harding, R. (2012). State Monopoly of "Permitted Violation of Human Rights": The Decision of the Supreme Court of Israel Prohibiting the Private Operation and Management of Prisons. *Punishment & Society*, 14.
- Harel, A. (2011). Outsourcing Violence? *Law & Ethics Of Hum. Rights*, 5.
- Hazard, G. & Scott, P. (1988). The Public Nature of Private Adjudication. *Yale L. & Policy Rev.*, 6.
- Hensler, D. (2003). Our Courts, Ourselves: How The Alternative Dispute Resolution Movement Is Re-Shaping Our Legal System. *Penn St. L. Rev.*, 108.
- Hershberger, G. (1979). The Development of the Federal Prison System. *Fed. Probation*, 43.
- Hindle, S. (2002). *State and Social Change in Early Modern England 1560–1640*. Palgrave.
- Hobsbawm, E. & Ranger, T. eds. (1983). *The Invention Of Tradition*. Cambridge University Press.
- Hodges, C., Tulibacka, M. & Cogenaver, S. eds. (2010). *The Costs And Funding Of Civil Litigation: A Comparative Perspective*. Hart Publishing.

Judith Resnik

- Ip, E. (2010). Globalization and the Future of the Law of the Sovereign State. *Int'l J. Const. I. (I.CON)*, 8.
- Jackson, V. (2010). *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford University Press.
- Jimeno-Bulnes, M. (2011). Jury Selection and Jury Trial in Spain: Between Theory and Practice. *Chi. Kent. L. Rev.*, 86.
- Jodry, J. F. & Zulberty, M. (2000). Prisons in Europe: France. En *Prison Architecture: Policy, Design, And Experience* (L. Fairweather & S. McConville eds.). Taylor and Francis.
- Joerges, C. & Singh Ghaleigh, N. eds. (2003). *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism Over Europe and Its Legal Traditions*. Hart Publishing.
- Johnston, A. & Powles, E. (2004). The Kings of the World and Their Dukes' Dilemma: Globalisation, Jurisdiction and the Rule of Law. En *Globalisation and Jurisdiction* (P. Slot & M. Bulterman eds). Kluwer Law International.
- Jowell, J. (2006). Opinión del caso *Academic Center of Law and Business v. Minister of Finance*. HCJ 2605/05.
- Kanwar, V. & Singh, P. (2010). The Globalization of Legal Knowledge. *Jindal Global L. Rev.*, 2.
- Kaplan, B. et al (1984). Ordinary Proceedings in First Instance. *International Encyclopedia of Comparative Law*, 16.
- Karnoouh, C. (2002). On the Genealogy of Globalization. *Telos*, 124.
- Keay, J. (1991). *The Honorable Company: a History of The English East India Company*. Harper Collins.
- Kessler, J. (2000). Prisons in the USA: Cost, Quality and community in Correctional Design. En *Prison Architecture: Policy, Design, And Experience* (L. Fairweather & S. McConville eds.). Taylor and Francis.
- Kessler-Harris, A. (2003). In Pursuit of Economic Citizenship, *Soc. Pol.*, 10.
- Kirchhoff, S. 2010). *Economic Impacts Of Prison Growth*. Congress Research Service.
- Klabbers, J., Peters, A. & Ulfstein, G. (2009). *The Constitutionalization Of International Law*. Oxford Academic.
- Kosar, K. (2012). *The U.S. Postal Service: Common Questions About Post Office Closures*. Congressional Research Service.
- Lacey, N. (2008). *The Prisoners' Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*. Cambridge University Press.
- Langbein, J. (1976). The Historical Origins of the Sanction of Imprisonment for Serious Crime. *J. Legal Studies*, 5.
- Lindahl, H. (2011). The Boundaries of Legal Orders in a Postnational Setting: Conceptual, Normative, and Institutional Issues. En *The Law of the Future and the Future of Law* (S. Muller, S. Zouridis, M. Frishman & L. Kistemaker eds.). Torkel Opsahl Academic EPublisher
- Lounsbury, C. (2005). *The Courthouses Of Early Virginia: An Architectural History*. University of Virginia Press.
- Macneil, I. (1992). *American Arbitration Law: Reformation, Nationalization, Internationalization*. Oxford Academic.

Judith Resnik

- Madison, J. (1983). Public Opinion, National Gazette, 19 de Diciembre de 1791. En *Papers Of James Madison* (R. Rutland & T. Mason eds). University of Virginia Press.
- Maduro, M. (2012). Three Claims of Constitutional Pluralism. En *Constitutional Pluralism. The European Union and Beyond* (M. Avbelj & J. Komárek eds.). Hart Publishing.
- Manning, J. G. (2012). The Representation of Justice in Ancient Egypt. *Yale J.L. & Human*, 24.
- Marshall, T. H. (1949). *Citizenship and Social Class*, in *Class Citizenship And Social Development*. University Press.
- May, J. & Daly, E. (2009). Vindicating Fundamental Environmental Rights Worldwide, *Or. Rev. International L.*, 11.
- McConville, S. (2000). The Architectural Realization of Penal Ideas. En *Prison Architecture: Policy, Design, And Experience* (L. Fairweather & S. McConville eds.). Taylor and Francis.
- Medina, B. (2010). Constitutional Limits to Privatization: The Israeli Supreme Court Decision to Invalidate Prison Privatization. *Int'l J. Const. L. (I.CON)*, 8.
- Menkel-Meadow, C. (2000). Mothers And Fathers Of Invention: The Intellectual Founders Of ADR. *Ohio St. J. On Disp. Resol.* 16.
- Michelman, F. (2008). Socioeconomic Rights in Constitutional Law: Explaining America Away. *International J. Const. L. (I.CON)*, 6.
- Morris, N. (2000). Prisons in the USA: Supermax—the Bad and the Mad. En *Prison Architecture: Policy, Design, And Experience* (L. Fairweather & S. McConville eds.). Taylor and Francis.
- Mostaghel, D. (2007). Dubai Ports World Under Exon-Florio: A Threat to National Security or a Tempest in a Seaport?, *Alb. L. Rev.*, 70.
- Nadelman, E. (1993). *Cops Across Borders*. Penn State University Press.
- Nagaraj, S. (2007). Comentario a Marriage of Family Law and Private Judging in California. *Yale L.J.*, 116.
- National Center for State Courts (2011). *Examining The Work Of State Courts: An Analysis Of 2009 State Court Caseloads* 3. Disponible en https://www.courtstatistics.org/_data/assets/pdf_file/0024/29805/2009-EWSC.pdf
- Nevola, F. (2000). Per Ornato Della Città: Siena's Strada Romana and Fifteenth-Century Urban Renewal. *Art Bull*, 82.
- Nicholas, D. (1997). *The Growth Of The Medieval City: From Late Antiquity To The Early Fourteenth Century*. Longman.
- Norman, D. ed. (1995). *Siena, Florence, y Padua: Art, Society and Religion, 1280–1400*. Yale University Press.
- Palmer, S. (1988). *Police and Protest in England and Ireland 1780–1850*. Cambridge University Press.
- Parrillo, N. (2013). *Against the Profit Motive: The Salary Revolution in American Government, 1780–1940*. Yale University Press.
- Patra, A. C. (1962). *The Administration Of Justice Under The East-India Company In Bengal, Bihar And Orissa*. Asia Publishing House.

Judith Resnik

- Pech, J. P. (2000). Aix-En-Provence-Le Palais Monclar: onstruire un palais dans une prison. En *La Nouvelle Architecture Judiciaire: Des Palais De Justice Modernes Pour Une Nouvelle Image De La Justice*. La documentation française.
- Perry, R. ed. (1959). *Sources of Our Liberties*. American Bar Foundation.
- Peters, E. (1995). Prison Before The Prison: The Ancient And Medieval Worlds. En *The Oxford History Of The Prison: The Practice Of Punishment In Western Society* (N. Morris & D. Rothman eds.). Oxford Academic.
- Pfander, J. (2003). Government Accountability in Europe: A Comparative Perspective. *Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 35.
- Pincus, S. & Robinson, J. (2016). Wars and State-Making Reconsidered: The Rise of the Interventionist State. *Annales. Histoire, Sciences Sociales-English Edition*, 71 (1).
- Post, R. y Siegel, R. (2007). Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harv. Civ. Rights-Civ. Liberties L. Rev.*, 42.
- Pugh, R. (1968). *Imprisonment In Medieval England*. Cambridge University Press.
- Resnik, J. (2012). Building the Federal Judiciary (Literally and Legally): The Monuments of Chief Justices Taft, Warren, and Rehnquist. *Ind. L.J.* 87.
- Resnik, J. (2011a). Bring Back Bentham: "Open Courts", "Terror Trials", and Public Sphere(s). *Law & Ethics Hum. Rts*, 5.
- Resnik, J. (2011b). Fairness in Numbers: A Comment on AT&T v. Concepcion, Wal-Mart v. Dukes, and Turner v. Rogers. *Harv. L. Rev.*, 125.
- Resnik, J. (2010). Detention, the War on Terror, and the Federal Courts: An Essay in Honor of Henry Monaghan. *Colum. L. Rev.*, 110.
- Resnik, J. (2006). Law's Migration: American Exceptionalism, Dialogues, and Federalism's Multiple Ports of Entry. *Yale L.J.* ,1564.
- Resnik, J. (1995). Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication. *Ohio St. J. On Disp. Resol.*, 10.
- Resnik, J. (1982). Managerial Judges. *Harv. L. Rev.*, 96.
- Resnik, J., Civin, J. & Frueh, J. (2008). Ratifying Kyoto at the Local Level: Sovereigntism, Federalism, and Translocal Organizations of Governmental Actors TOGAs. *Ariz. L. Rev.*, 709.
- Resnik, J. & Curtis, D. (2011). *Representing Justice: Invention, Controversy And Rights In City-States And Democratic Courtrooms*. Yale University Press.
- Resodihardjo, S. (2009). *Crisis and Change in The British and Dutch Prison Services: Understanding Crisis Reform Processes*. Taylor and Francis.
- Rittberger, B., Schimmelfennig, F. (2007). *The Constitutionalization Of The European Union*. Taylor & Francis.
- Roberts, S. (2009). "Listing Concentrates the Mind": The English Civil Court as an Arena for Structured Negotiation. *Oxford J. L. Stud.*, 29.
- Rosen, F. (1983). *Jeremy Bentham And Representative Democracy: A Study Of The Constitutional Code*. Clarendon Press.
- Rosenfeld, M. (2011). The Challenges of Constitutional Ordering in a Multilevel Legally Pluralistic and Ideologically Divided Globalized Polity. En *The Law of the Future and the Future of Law* (S. Muller, S. Zouridis, M. Frishman & L. Kistemaker eds.). Torkel Opsahl Academic EPublisher

Judith Resnik

- Sandel, M. (2012). *What Money Can't Buy: The Moral Limits Of Markets*. Farrar, Straus and Giroux.
- Sassen, S. (2006). *Territory, Authority, Rights: from Medieval to Global Assemblages*. Princeton University Press.
- Scheppele, K. (2007). The Post- 9/11 Globalization of Public Law and the International State of Emergency. En *The Migration of Anti-Constitutional Ideas* (S. Choudhry ed.). Cambridge University Press.
- Scheppele, K. (2004). A Realpolitik Defense of Social Rights. *Tex. L. Rev.*, 82.
- Scott, J. (1998). *Seeing Like A State: How Certain Schemes To Improve The Human Condition Have Failed*. Yale University Press.
- Shipman, S. (2011). Compulsory Mediation: The Elephant in the Room. *Jus. Quart.*, 30.
- Siegel, R. (2012). The Constitutionalization of Abortion. En *The Oxford Handbook Of Comparative Constitutional Law* (Michel Rosenfeld & Andras Sajó eds.). Oxford Academic.
- Sigler, M. (2010). Private Prisons, Public Functions, and the Meaning of Punishment. *Fla. St. U. L. Rev.*, 38.
- Sklansky, D. (2011). Private Policing and Human Rights. *Law & Ethics Hum. Rts.*, 5.
- Sklansky, D. (1999). The Private Police, *UCLA L. REV.*, 46.
- Slanski, K. (2012). The Law of Hammurabi and Its Audience. *Yale J.L. & Human*, 24.
- Spierenburg, P. (1991). *The Prison Experience: Disciplinary Institutions and Their Inmates In Modern Europe*. Rutgers University Press.
- Spierenburg, P. ed. (1984). *The Emergence Of Carceral Institutions: Prisons, Galleys And Lunatic Asylums 1550–1900*. Erasmus University of Rotterdam.
- Stark, B. (2000). Women and Globalization: The Failure and Postmodern Possibilities of International Law. *Vand. J. Transnat'l L.*, 33.
- Starr, P. (1988). The Meaning of Privatization. *Yale J. L. & Policy*, 6.
- Stephan, P. (2011). Privatizing International Law. *Virginia Law and Economics Research*, Paper No. 2011-02, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1780468> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1780468>.
- Sterett, S. (1997). Serving the State: Constitutionalism and Social Spending, 1860s–1920s. *L. & Soc. Inq.*, 22.
- Stevens, N. (2002). *Postal Service Financial Problems And Stakeholder Proposals*. Report for Congress.
- Stewart, R. & Ratton Sanchez Badin, M. (2011). The World Trade Organization: Multiple Dimensions of Global Administrative Law. *Int'l J. Const. L. (I.CON)*, 9.
- Stone Sweet, A. (2009). Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes. *Ind. J. Global L. Studies*, 16.
- Timor, U. (2006). Privatization of Prisons in Israel: Gains and Risks. *Isr. L. Rev.*, 39.
- Tittler, R. (1991). *Architecture And Power: The Town Hall And The English Urban Community, 1500–1640*. Oxford University Press.
- Trebilcock, M. & Iacubucci, vE. (2003). Privatization And Accountability. *Harv. L. Rev.*, 116.
- Tribe, L. (1977). Unraveling National League of Cities: The New Federalism and Affirmative Rights to Essential Government Services. *Harv. L. Rev.*, 90.

Judith Resnik

- Tushnet, M. (2008). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review And Social Welfare Rights In Comparative Constitutional Law*. Princeton University Press.
- Van Hulten, P. (2000). Prisons in Europe: The Netherlands. En *Prison Architecture: Policy, Design, And Experience* (L. Fairweather & S. McConville eds.). Taylor and Francis.
- Verkuil, P. (2007). *Outsourcing Sovereignty: Why Privatization Of Government Functions Threatens Democracy And What We Can Do About It*. Cambridge University Press.
- Volokh, A. (2010). Privatization, Free- Riding, and Industry- Expanding Lobbying. *International Rev. L. & Econ.*, 30.
- Volokh, A. (2008). Privatization and the Law and Economics of Political Advocacy. *Stan L. Rev.*, 60.
- Walker, N. (2008). Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders. *Int'l J. Const. L. (I.CON)*, 6.
- Walzer, M. (1985). At McPrison and Burglar King It's... Hold the Justice. *New Republic*.
- Weiler, J. (2010). Passing the Baton: A Manifesto. *Int'l J. Const. L. (I.CON)*, 8.
- West, R. (1994). *Progressive Constitutionalism: Reconstructing The Fourteenth Amendment*. Duke University Press.
- White, A. (2001). Rule of Law and the Limits of Sovereignty: The Private Prison in Jurisprudential Perspective. *Crim. L. Rev.*, 38.
- Young, K. (2012). *Constituting Economic and Social Rights*. Oxford Academic.

Judith Resnik

Mauricio Manchado

EL DERECHO A CASTIGAR. PARADOJAS, TENSIONES Y DILEMAS DE LAS PRÁCTICAS EDUCATIVAS EN PRISIÓN.

*MAURICIO MANCHADO (CONICET / Instituto de Investigaciones de la
Facultad de Ciencia Política y RRH de la
Universidad Nacional de Rosario, Argentina)
dr.mauriciomanchado@gmail.com*

Resumen: El objetivo de este artículo es reflexionar sobre cómo dialoga la noción de Derechos Humanos, en tanto enfoque transversal de ciertas prácticas pedagógicas realizadas en contextos de encierro, con la pretensión sufriente del ejercicio del castigo penal. Para ello, nos interrogamos sobre la necesidad de incluir, en el análisis, el “Derecho a castigar” como categoría política que opera en todos los actores de la trama carcelaria, a partir de establecer alteridades merecedoras de un dolor. El Derecho a Castigar, desplegado tanto entre quienes detentan el poder de ejercerlo como quiénes son objeto del mismo, se funda en la construcción de una “otredad” que fomenta las históricas binaridades del espacio carcelario. De carácter ensayístico, el artículo propone pensar, desde la experiencia de realizar y coordinar prácticas educativas universitarias en prisión, cómo el funcionamiento del sistema penal despliega el Derecho a Castigar, en tanto categoría reproductora de las relaciones asimétricas de poder de la prisión, y cuáles son entonces los desafíos para incluirlo, trascenderlo, invertirlo y desplegarlo en el ejercicio de los Derechos Humanos en prisión.

Palabras clave: educación; Derechos Humanos; castigar; paradojas, prisión.

Abstract: The aim of this article is to think about how the notion of Human Rights dialogues, as a transversal approach to certain pedagogical practices deployed in contexts of confinement, with the suffering intention of the exercise of criminal punishment. To do this, we question the need to include, in this analysis, the “Right to punish” as a political category that operates in all the actors of the prison plot, based on establishing othernesses worthy of pain. The Right to Punish, deployed both among those who hold the power to exercise it and those who are its objects, is based on the construction of an “otherness” that promotes the historical binarities of the prison space. Essayistic in nature, the article proposes to think, from the experience of carrying out and coordinating university educational practices in prison, how the functioning of the penal system deploys the Right to Punish, as a reproductive category of the asymmetrical power relations of the prison, and the challenges to include it, transcend it, invest it and deploy it in the exercise of Human Rights in prison.

Keywords: education; Human Rights; punish; paradoxes, prison.

Forma de citar: Manchado, M. (2024). El derecho a castigar. Paradojas, tensiones y dilemas de las prácticas educativas en prisión. *Prisiones. Revista electrónica del Centro de Estudios de Ejecución Penal*, 2 (6), 67-76.

Mauricio Manchado

Recibido: 10-09-2024 | Versión final: 04-12-2024 | Aprobado: 30-12-2024 | Publicado en línea: 14-02-2025



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

Mauricio Manchado

EL DERECHO A CASTIGAR. PARADOJAS, TENSIONES Y DILEMAS DE LAS PRÁCTICAS EDUCATIVAS EN PRISIÓN.

Mauricio Manchado

El título del artículo abre una serie de polémicas que generan la incomodidad necesaria que todo lector siente cuando algo o alguien lo interpela ¿Es posible hablar del Derecho -con mayúsculas- a castigar, tal como nos referimos al Derecho a la educación, el trabajo, la salud, etc.?¹ ¿Es el término en sí mismo un oxímoron o sus partes pueden coexistir, al menos, parcialmente? Por otro lado, ¿inscribir una mirada crítica sobre la convivencia de términos como castigo y educación, supone armonización, tensión o hibridación? Estos son algunos de los interrogantes que podríamos revisar sobre el final del escrito y saber si pueden o no abrir el carácter polemológico del título o simplemente quedar anulados en su propia formulación.²

Los Derechos Humanos, sus distintas dimensiones conceptuales y legales, contienen en sí mismos un carácter de “no factible”, si nos circunscribimos al referente trascendental que simbolizan bajo el enunciado de somos una “comunidad de hombres libres e iguales”. Esto nos exige, por tanto, construir esa abstracción para “poder pensar lo real. No podemos concebir la realidad posible sino mediante una concepción de lo imposible” (Lechner, 1983, p. 8). Allí emerge entonces la pregunta sobre qué orden queremos construir, y la certeza de que en dicho orden los Estados-Nación son quienes, por acción u omisión, vulneran un inventario de Derechos Humanos que, más allá de su clasificación -y en ella cierta jerarquización-, no está exento de contradicciones; particularmente, para ser desarrollados en su politicidad (Lechner, 1983).

Pero lo que nos interesa en esta reflexión es situar la discusión sobre cómo pensar, en la configuración de dicho orden, el “Derecho a castigar”, arrogado por un amplio sector social que, más allá de la nominación otorgada -conservadores, progresistas, etc.-, inscribe no sólo una exigencia al Estado -la de castigar para sentirse protegidos, para ser detentores de la seguridad civil (Castel, 2004)- sino también la necesidad de distinguir, separar, y discriminar unos de otros; la buena sociedad que merece vivir frente a la mala que tiene como destino ineluctable el encierro o la muerte. En cierto modo, es la configuración de una bio-legitimidad (Fassin, 2019) que otorga potestad o condición de humanidad a unos, y se la niega a otros. Cualquier forma de castigar que no incluya esa ecuación será desestimada por

¹ No es que aquí confundamos el lenguaje moral y jurídico del “deber ser” de todo “Derecho” con el lenguaje sociológico del “ser” que reviste a determinadas prácticas de exclusión. Reconocemos las diferencias entre ambos lenguajes, pero proponemos un juego analítico que, desde el elemento paradójico que inscribe toda pregunta, busque problematizar, provocar e incomodar. Tal como señala Deleuze, el lugar de la pregunta es realizar una inversión pedagógica y paradójica caracterizada por hacer “resonar, comunicar y ramificar” (Deleuze, 2005, p. 76)

² Las reflexiones esbozadas, de carácter ensayísticas, se inscriben en el marco de procesos de investigación, extensión y docencia realizados durante más de 15 años en las cárceles del sur de la provincia de Santa Fe, y hoy enmarcadas institucionalmente tanto en mi pertenencia como Investigador Adjunto del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas de la República Argentina (CONICET), la Dirección Socio-Educativa en Contextos de Encierro del Área de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Rosario y el Centro de Investigación de Comunicación en Contextos Socio-Educativos (CICSE) del Instituto de Investigaciones de la Facultad de Ciencia Política (UNR).

Mauricio Manchado

injusta, insuficiente o, simplemente, inaceptable en términos morales. La pregunta es cómo, quienes pertenecen a la “buena sociedad que debe ser defendida”, adquieren las garantías de que el castigo será lo suficientemente doloroso como para que quien lo reciba sea, no sólo objeto de nuestro propio temor, sino también receptor de los excesos del dolor.

De este modo, es necesario instalar una discusión sobre si la generación de daño hacia el otro/a emerge como dimensión constitutiva de un acto de justicia. Allí, entonces, desplegar “acciones afirmativas” (Segato, 2007) contra las prácticas sociales que instauran divisiones, segregaciones y, sobre todo, jerarquizaciones de las vidas de acuerdo a las variables de clase, género, etnia, etc., se vuelve una advertencia epistemológica y política. El Derecho a castigar puede ser definido como una práctica discursiva de quienes, desde una superioridad moral, económica y biológica, sostienen que la porción de libertades que le otorgan al Estado (para, paradójicamente, garantizarle más libertades), es suficiente para exigir el castigo penal -pero también social- de quienes son catalogados como “enemigos” o “extraños” (Zaffaroni, 2010). Construcción de la otredad en términos de anormalidad y/o animalidad que es histórica y política, cuyo registro en el Occidente colonizador de América Latina emerge en los axiomas que dudaban de la humanidad de los “salvajes”, casi desnudos y politeístas: “-el- primer episodio de la conquista, lleva la marca de esta ambigüedad: la alteridad humana se revela y se niega a la vez” (Todorov, 2014, p. 63). Alteridades que cargarán sobre sí y desde el comienzo el mote de “violentas”, ya que esa definición permite, como señalaba Durkheim, justificar la acción del rechazo; como sociedad, no rechazamos algo porque es violento sino que es violento porque lo rechazamos colectivamente, sostendrá el sociológico francés, y tal rechazo es contundente en tanto “su realidad no es física sino simbólica: depende del sistema de clasificaciones morales vigentes en un tiempo y lugar dados” (Tonkonoff, 2017, p. 21). Ante ello, y a partir de esos acontecimientos hasta la actualidad, debemos exigirnos el ejercicio de desnaturalizarlas o al menos quitarles su halo de neutralidad.

“Limitar las libertades de todos para poder individualizar con eficacia a los enemigos”, hace más “estrecha la posibilidad de defensa de los ciudadanos ante esos mismos organismos, pues por definición estamos neutralizando –o por lo menos debilitando- los controles del estado de derecho” (Zaffaroni, 2010, pp. 13-14) y, complementariamente, fortaleciendo la idea de que el Derecho a castigar es, en sí mismo, un *derecho político per se*. Y es político porque es allí la arena donde se dirimen las discusiones sobre los “quiénes”, es en el campo de la política como espacio social donde se despliegan las relaciones de poder, donde la definición sobre el otro/a sólo tiene lugar, “en el seno de las luchas por los sentidos comunes llevadas adelante por las diversas prácticas sociales que producen ese contexto y son producidas por él” (Tonkonoff, 2017, p. 21). Por tanto, si el problema de la violencia se “encuentra íntimamente vinculado al problema de lo político, es porque participa de la institución de un conjunto social como comunidad de valores compartidos” (Tonkonoff, 2017, p. 21). Esos valores, atribuidos naturalmente a quienes se inscriben en las fauces normales y racionales de una sociedad fuertemente irracional, habilita la exigencia de modalidades del castigo frente a ese enemigo caracterizado por su alto grado de irracionalidad. Serie histórica que va desde los pueblos originarios hasta los jóvenes de sectores populares, pasando por las mujeres e inmigrantes, por mencionar sólo algunos/as.

Mauricio Manchado

Por tanto, el Derecho a castigar debe ser interpelado críticamente asumiendo cuánto contribuimos, cada uno de nosotros/as, en dicha construcción de sentido. Así, la Universidad Pública, por mencionar una de las instituciones desde las que analizamos esta categoría operatoria por coordinar Programas Universitarios en prisión o desplegar prácticas pedagógicas en ella, no debería situar su mirada desde una exterioridad superadora sino incorporar a la discusión a quiénes reproducen dichos esquemas de sentido o, al menos, las naturalizan, corporalizan y partidizan. Tal como señala Segato, el racismo no sólo ya no es identificable con un origen, sino que adquiere múltiples expresiones y materializaciones: de convicción; político-partidario-programático, emotivo y automático (Segato, 2007). En el Derecho a castigar, reconocemos la combinación de todas estas actitudes, desde un conjunto de valores y creencias que atribuyen “predicados negativos (o positivos) en función del color, trazos físicos o grupo étnico al que la persona pertenece”, agrupaciones políticas que tras el discurso del endurecimiento de las penas (basados en una suerte de vociferación del éxito de los fracasos reales de las reformas penales) construyen campañas y hasta programas políticos completos bajo ese argumento, pasando por la manifestación de “miedo, rencor o resentimiento con relación a personas de otra raza o grupo étnico” -a lo que podríamos sumar también, clase social-, hasta discursos “irreflexivos” o culturalmente establecidos “que no llegan a ser reconocidos o explicitados como atribución explícita de valor diferenciado” (Segato, 2007, p. 5). El Derecho a castigar se constituye a partir de estas cuatro actitudes o dimensiones del racismo, las combina y las eleva al *status* de indiscutibles. De allí, a la habilitación social de los “linchamientos” o los, ahora nombrados, “arrestos civiles”, donde se vuelve aceptable la detención del acusado de un delito, golpearlo y ser apresado -en el “mejor” de los casos- por las agencias penales del Estado, no hay un paso, sino que son el mismo. Entonces, el Derecho a castigar se expresa en un conjunto de discursos y prácticas sociales donde la “otredad” no adquiere, ni siquiera, rasgos de “biolegitimidad” (Fassin, 2019); por ello el merecimiento de muerte no sólo está justificado, sino que se vuelve justo; dando así la sensación de que una sociedad se vuelve más equitativa si logramos castigar tal como es merecido. Esa pretensión de justicia -y su materialización en las prácticas más diversas, desde la exclusión a la tortura, o la muerte efectiva-, son posibles en tanto que los sujetos calificados como “otredad”, se inscriben en un “bando”, y allí la relación de excepción. El que ha sido puesto en bando “no queda sencillamente fuera de la ley ni es indiferente a ésta, sino que es abandonado por ella, es decir queda expuesto y en peligro en el umbral en el que vida y derecho, exterior e interior se confunden” (Agamben, 2002, p. 41).

El Derecho a castigar es entonces, un modo más de construir, para ciertos actores/as sociales, sociedades más justas, y negar dicho aspecto nos impide desplegar prácticas pedagógicas que lo interpelen. Y es que dicho Derecho a castigar no es exclusividad de quienes pertenecen a clases, etnias o géneros que se consideran naturalmente superiores al señalado enemigo o anormal, sino que es también interiorizado y corporizado por quien es objeto y sujeto del castigo.

Así, en la tarea cotidiana de la Universidad, y particularmente del trabajo realizado en contextos de encierro,³ resulta indispensable pensar herramientas pedagógicas que

³ Nos referimos a nuestra participación en el equipo de la Dirección Socio-Educativa en Contextos de Encierro de la Universidad Nacional de Rosario (Área Derechos Humanos, UNR) y el Programa Educación en Cárcel (Secretaría de Extensión, Facultad de Ciencia Política y RRH, UNR), que desde

Mauricio Manchado

interpelen críticamente los sentidos sociales afincados, tanto en aquellos sectores sociales que se consideran portadores legítimos del Derecho a castigar -por la identificación de un enemigo siempre externo-, como también en quiénes son objeto del Derecho a castigar y, al mismo tiempo, abonan a su justificación y reproducción. Por ello, antes del despliegue de contenidos vinculados a los Derechos Humanos -qué son, cómo ejercerlos, cuáles son las formas de discutir su vulneración-, resulta fundamental trabajar sobre una “crítica racional de nuestra propia racionalidad”, como sostenía Foucault, o sobre una suerte de “introspección sociológica” (Eribon, 2017) que permita reconstruir trayectorias vitales, sus recorridos y vínculos con el conjunto de dispositivos ligados al ejercicio de los Derechos Humanos (escuela, hospital, centros de salud, etc.), y comprender así una trama discursiva para desentrañarla y hacerla implosionar a partir de la construcción de saberes específicos, situados.

Implosionar los sentidos sociales supone también revolucionar las clasificaciones pre existentes (Grimson, 2014), esas que binarizan, nos ponen de un lado y otro de la frontera, enunciativa pero también material; esa que esencializa las identidades (Hall, 2003), sin reconocer que el movimiento -y en él sus contradicciones- son motor esencial para pensarnos en comunidad. Revolucionar es hacer estallar, dislocar, remover lo que nos define o nos constituye sin cuestionamientos; es desplegar una caja de herramientas para la batalla discursiva (Foucault, 2006) que, a fin de cuentas, tiene efectos prácticos en los sujetos sobre los que opera. Dichas consecuencias pueden ser unas más o menos graves de acuerdo a la institución que se transite, o en donde se despliegue la disputa; las de encierro son, contundentemente, de las más peligrosas. Allí, la muerte está, siempre, en el centro de las apuestas. Implosionar entonces es rediscutir las clasificaciones producidas en y por las condiciones del encierro, las formas de nombrar, de construir verdades; “desetiquetar para situarnos en un escenario plural de definiciones, de transitar los umbrales con menos inseguridades e incertezas, de habitar las ambivalencias que implican bordear las fronteras institucionales de la prisión, pero también las vitales, que discurren entre los compromisos políticos y los abandonos subjetivos” (Chiponi y Manchado, 2023, p. 49).

De ese modo, la herramienta pedagógica puede estar centrada en poner en escena una instancia dialógica, donde los Derechos Humanos emerjan no como un contenido sino una perspectiva, un ejercicio, la de asumir incluso una necesaria distancia con nuestras prácticas y discursos; observarlos, desarmarlos y volverlos a armar. A fin de cuentas, se trata de hacer implosionar los sentidos sociales corporizados, naturalizados y jerarquizados. Se trata, entonces, de “revolucionar las clasificaciones” para abonar a una justicia cultural (Grimson, s/f) que habilite situarnos en planos de igualdades. De este modo, la Universidad Pública, como institución que viene aumentando significativamente el número de intervenciones en prisiones de todo el país⁴, podría situarse como escenario predilecto para discutir los sentidos socialmente construido entre y más allá de los muros. En el despliegue

hace 10 años (2014-2024), despliega diversas líneas de acción (acceso a Carreras de grado, cursos de competencias específicas, escuela de oficios, investigación y extensión) en cinco cárceles del sur de la provincia de Santa Fe (Argentina).

⁴ Según el relevamiento realizado por la Red de Investigación en Cuestiones Penitenciarias del Cono Sur, en el año 2022, 34 de las 70 Universidad Públicas -tanto nacionales como provinciales- de Argentina, tenían algún tipo de intervención en cárceles ubicadas en el territorio nacional (Gual, Vigna, Manchado & Rotta, 2022)

Mauricio Manchado

de esa tarea, un eje central emergente es trascender la estricta oposición preso-agente penitenciario -contemplando allí también la dimensión de los acuerdos, transacciones y reciprocidades de un orden carcelario -, como también entre actores internos y externos, educación formal y no formal, beneficios y derechos. El desafío está en cómo construir dispositivos donde las “potencias y agencias” se pongan en diálogo, “reconociendo las diferencias –en términos de las desigualdades generadas por las asimétricas relaciones de poder y las distintas posiciones en el campo–, pero no introduciéndolas en una escala valorativa” (Chiponi y Manchado, 2023, p. 53).

Seguir pensando la intervención desde la Universidad pública por fuera de los discursos sociales que se ubican más allá de nuestros espacios de intervención, puede resultar, como la cinta de Moebius, un circuito del que nunca podremos escapar. Por tanto, las líneas de acción podrían estar orientadas a construir espacios de reflexión que incluyan tanto a quienes históricamente son excluidos -y allí el trabajo en las prisiones con las personas privadas de su libertad-, como también a quienes se arrojan el derecho de excluir. Y entonces aquí volvemos a desmontar el ejercicio axiomático definido con anterioridad; porque ya la delimitación física de la prisión hace dialogar, en su interior, a los distintos sujetos que reclaman el Derecho a castigar. Tal como sostiene Segato, la prisión no es más que la expresión de lo que sucede fuera de los muros pero con mayor intensidad, condensada, ya que “nada hay en el mundo carcelario, con los errores y excesos de todos sus actores, que no haga parte del mundo de aquí afuera” (Segato, 2003, s/p). De este modo, el desafío de construir líneas de acción que permitan trabajar, dialógicamente, tanto con las personas privadas de su libertad como con el resto de los actores que intervienen en la trama prisional (agentes penitenciarios, profesionales, actores externos, por mencionar sólo algunos), resulta esencial. Un abordaje integral desde la perspectiva de los Derechos Humanos pone el desafío en el diseño de dispositivos pedagógicos donde todos los actores puedan interactuar, pero, sobre todo, hacer confluir trayectorias, historias y saberes habilitantes de una implosión de los sentidos afincados; de aquellos que distinguen, seleccionan, y jerarquizan⁵. “El derecho a tener derechos” como sostenía Arendt, debe ser más que un enunciado, para constituirse en una perspectiva crítica que habilite, genere condiciones de posibilidad, especialmente, para quienes nunca han encontrado espacio para escucharse más allá de las órdenes, los gritos y las demandas permanentes de un contexto de encierro carcelario. El desafío entonces es poner en escena cómo el Derecho a castigar es co-construido socialmente y en qué medida la prisión abona a una reproducción acrítica del mismo. Trascender esas posiciones supone poner en juego la idea de que los Derechos Humanos lejos de ser un contenido específico son una práctica transversal de nuestras propias prácticas sociales, donde las paradojas, tensiones y dilemas de las prácticas educativas en prisión no son más que un cristal, operatorio, para comprender las modalidades y ejercicios del sufrimiento contemporáneo. Allí,

⁵ Un ejemplo o materialización de este ejercicio puede encontrarse en la propuesta llevada a cabo por el Centro Universitario de San Martín (CUSAM), perteneciente a la Universidad de San Martín, donde las Carreras ofrecidas intramuros pueden ser cursadas, en una misma delimitación temporo-espacial, tanto por personas privadas de su libertad como trabajadores del Servicio Penitenciario Bonaerense. El Centro Universitario San Martín (CUSAM) es un espacio educativo creado por la Universidad Nacional de San Martín en el interior de la Unidad Penal N.º 48 del Servicio Penitenciario Bonaerense (SPB), en la localidad de José León Suárez del partido de General San Martín (Provincia de Buenos Aires) en el año 2008. Para más información, ver <https://unsam.edu.ar/cusam/>

Mauricio Manchado

lo justo, el dolor y lo intolerable arman una serie discursiva donde el “derecho” a castigar no se iguala a otros Derechos civiles, políticos o sociales, pero cuyo sentido práctico opera en esos términos, cotidianamente, en el encierro y más allá de él. Descuidarlo o no intentar comprenderlo, sería, tal vez, un arrogante ejercicio de superioridad moral, política e intelectual, como la que pretendimos discutir aquí.

Referencias

- Agamben, G. (2002). *Homo sacer I. El poder soberano y la nuda vida*. Madrid: Editora Nacional
- Castel, R. (2004). *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?* Buenos Aires: Editorial Manantial.
- Chiponi, M. y Manchado, M. (2023). Implosionar, desbordar, soltar: artefactos teóricos-políticos para la intervención en cárceles” *En Chiponi, M. y Manchado, M. coord. Cuadernos sobre prácticas culturales y educativas en prisión*. Rosario: UNR Editora.
- Deleuze, G. (2005). *Lógica del sentido*. Buenos Aires: Paidós.
- Eribon, D. (2017). *La sociedad como veredicto: clases, identidades, trayectorias*. Buenos Aires: El cuenco de plata.
- Fassin, D. (2019). *Por una repolitización del mundo: las vidas descartables como desafío del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Foucault, M. (2006). *Yo Pierre Riviere, habiendo degollado a mi madre, a mi hermana y a mi hermano... Un caso de parricidio del siglo XIX presentado por Michel Foucault*. Barcelona: Tusquets Editores.
- Grimson, A. (2014). *Comunicación y configuraciones culturales*. Versión. *Estudios de Comunicación y Política*, 34, pp. 116-125.
- Grimson, A. (s/f). El desafío de la justicia cultural. *En Voces en el Fenix*. Disponible en www.vocesenelfenix.com.
- Gual, R., Vigna, A., Manchado, M., & Rotta Almeida, B. (2022). *La Universidad en prisiones de Argentina: Buceando en la heterogeneidad. Ponencia presentada en el X Congreso de Ejecución Penal CEEP*. Universidad de Buenos Aires.
- Hall, S. (2003). Introducción ¿Quién necesita “identidad”? *En Hall, S. y du Gay, P. comp. Cuestiones de identidad cultural*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Lechner, N. (1983). *Los derechos humanos como categoría política. Conferencia pronunciada en el Foro Los Derechos Humanos y las Ciencias Sociales en América Latina*, en ocasión de la XII Asamblea General del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO). Buenos Aires, noviembre de 1983.
- Segato, R. (2003). El sistema penal como pedagogía de la irresponsabilidad y el proyecto ‘Habla preso: el derecho humano a la palabra en la cárcel’. *En Serie Antropología, Brasil*, s/pp.
- Segato, R. (2007). Racismo, discriminación y acciones afirmativas: herramientas conceptuales. *En Ansión, Juan et. al. Acción afirmativa e interculturalidad. Reflexiones a partir de la experiencia*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Todorov, (2014). *La conquista de América*. El problema del otro. Buenos Aires: Siglo XXI
- Tonkonoff, S. (2017). La violencia como ‘objeto’: una aproximación teórica. *En Blanco, A.B. y Sanchez, M.S. comp. La pregunta por la violencia*. Buenos Aires: Pluriverso ediciones.

Mauricio Manchado

Zaffaroni, E. R. (2010). "La legitimación del control penal de los 'extraños'". *En Cuadernos del INADI*, 1.

Mauricio Manchado

Jessica de Jesus Mota – Marina Mozzillo de Moura

ENSAYO ACERCA DEL ENTRELAZAMIENTO DE LA VIOLENCIA ESTATAL Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA TORTURA CONTRA MUJERES PRIVADAS DE LIBERTAD EN BRASIL

*JESSICA DE JESUS MOTA (Universidade Federal do Rio Grande do Sul,
Porto Alegre, Brasil)*

advjessicajmota@gmail.com

*MARINA MOZILLO DE MOURA (Universidad Autónoma Latinoamericana,
Medellín, Colombia)*

marinamdem@hotmail.com

Resumen: El sistema punitivo brasileño es fuertemente marcado por la violencia y la tortura, aplicadas desigualmente a determinados grupos de la sociedad. A pesar de las terribles condiciones generalizadas de privación de libertad en el país, las penitenciarías de mujeres poseen ciertas características que profundizan los niveles de sufrimiento de su población. Frente a eso, el presente ensayo busca reflexionar, a partir de una revisión bibliográfica, acerca de la relación entre la violencia estatal y la violencia de género en los casos de tortura de mujeres privadas de la libertad en Brasil, desde la perspectiva de la sociología de la violencia. Para eso, primeramente, debatiremos cómo la tortura estructura el sistema punitivo nacional, desde el período colonial, marcado por la esclavización de personas negras. Luego, analizaremos específicamente los rasgos de la tortura en los centros penitenciarios de mujeres en el país, desde un enfoque de la violencia de género y sus relaciones con la violencia estatal. Dentro de los resultados se destaca el entrelazamiento de la violencia estatal y la de género cuando se trata de la tortura en las instituciones de privación de libertad femeninas.

Palabras clave: Sistema penitenciario brasileño; racismo institucional; penitenciarías femeninas.

Abstract: The Brazilian punitive system is strongly marked by violence and torture, applied unequally to certain groups in society. Despite the appalling generalized conditions of deprivation of liberty in the country, women's prisons have certain characteristics that deepen the levels of suffering of their population. In view of this, this essay seeks to reflect, from a bibliographic review, on the relationship between state violence and gender-based violence in cases of torture of women deprived of liberty in Brazil, from the perspective of the sociology of violence. To do this, first, we will discuss how torture structures the national punitive system, since the colonial period, marked by the enslavement of black people. Next, we will specifically analyze the features of torture in women's prisons in the country, from a perspective of gender violence and its relations with state violence. Among the results, the intertwining of state and gender-based violence when it comes to torture in institutions of deprivation of liberty for women stands out.

Keywords: Brazilian prison system; institutional racism; women's prisons.

Jessica de Jesus Mota – Marina Mozzillo de Moura

Forma de citar: de Jesus Mota, J. y Mozzillo de Moura, M. (2024). Ensayo acerca del entrelazamiento de la violencia estatal y la violencia de género en la tortura contra mujeres privadas de libertad en Brasil. *Prisiones. Revista electrónica del Centro de Estudios de Ejecución Penal*, 2 (6), 77-94.

Recibido: 07-10-2024 | Versión final: 21-12-2024 | Aprobado: 30-01-2025 | Publicado en línea: 14-02-2025



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

Jessica de Jesus Mota – Marina Mozzillo de Moura

ENSAYO ACERCA DEL ENTRELAZAMIENTO DE LA VIOLENCIA ESTATAL Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA TORTURA CONTRA MUJERES PRIVADAS DE LIBERTAD EN BRASIL.

**Jessica de Jesus Mota
Marina Mozzillo de Moura**

I. Introducción

En marzo de 2024, la Asesoría Popular Maria Felipa (APMF) denunció al Estado brasileño por torturas llevando el caso de Soraia Livramento a la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en la 55ª Sesión del Consejo de Derechos Humanos, en Ginebra, Suiza. Soraia es una mujer negra de bajos ingresos nacida en la ciudad de Contagem, Minas Gerais, Brasil. Fue detenida en enero del 2023, embarazada de dos meses, y enviada al Centro de Referencia para Mujeres Embarazadas Privadas de Libertad, en la misma región. Allí, fue separada de su hijo recién nacido, en contra de su voluntad y enviada a la penitenciaría Belo Horizonte 1, donde habría sufrido diversas formas de tortura, siendo privada de sus medicamentos y permaneciendo más de veinte días en régimen de aislamiento. Para la abogada de la APMF, la triste situación vivida por Soraia no es una excepción, sino un caso privilegiado para entender las diversas formas de tortura que ocurren en las prisiones para mujeres (Aguar, 2024).¹

El sistema penitenciario brasileño fue considerado por el Supremo Tribunal Federal (STF) como en un "estado de cosas inconstitucional" debido a la falta de alimentos y productos de higiene, al hacinamiento, las violaciones de derechos y la violencia perpetrada por agentes estatales. Las prácticas punitivas nacionales revelan una deshumanización total de las personas privadas de libertad y los malos tratos, a pesar de prohibidos, siguen vigentes en el sistema. En Brasil, ser encarcelado podría, en sí mismo, considerarse una forma de tortura, dadas las condiciones de las cárceles nacionales.

Si bien la tortura por parte del Estado ha ganado reconocimiento y notoriedad en la región por los casos de presos políticos en el contexto de las dictaduras militares ocurridas en el siglo XX, dicha práctica es el resultado de un Estado fundado en una violencia colonial marcadamente racista y sexista. En Brasil, a esto se suma la expansión del derecho penal y el proceso de encarcelamiento masivo que selecciona mayoritariamente a jóvenes pobres y negros (Borges, 2019). Así, como resultado tenemos la formación de un estado policial o estado penal que busca neutralizar a ciertos sujetos y termina clasificando cuerpos más o menos "torturables" en el país (Gonçalves, 2011).

En ese contexto, las personas privadas de libertad son consideradas el "otro" y esta separación entre "ellos" y "nosotros" demuestra la continuidad de un elemento central de la violencia colonial (Mbembe, 2022). Esa dicotomía se manifiesta en el sistema punitivo que tenemos hoy en día. La visión del otro como enemigo se ha extendido cada vez más a las mujeres pobres y periféricas, como se puede evidenciar en el aumento del encarcelamiento femenino desde la década de 2000. Los datos del Departamento Penitenciario Nacional de

¹ El texto de la denuncia no está disponible en los medios virtuales, de forma que en este estudio analizamos solamente noticias sobre el tema.

Jessica de Jesus Mota – Marina Mozzillo de Moura

Brasil (DEPEN, 2018) revelan que, entre el 2000 y el 2016, hubo un aumento del 656% en la tasa de encarcelamiento femenino, muy superior al aumento de las tasas de encarcelamiento masculino en el mismo período. Además, alrededor del 60% de las mujeres privadas de la libertad en Brasil son mujeres negras, lo que trae al debate las dimensiones de la violencia racial y de género que atraviesan a las instituciones penitenciarias.

A pesar de este aumento en el encarcelamiento femenino, los centros penitenciarios no están diseñados para recibir mujeres y no consideran las peculiaridades del colectivo femenino, de modo que descuidan totalmente temas como la salud íntima y la maternidad. Así, en el contexto carcelario, la violencia institucional estatal, que es siempre intensa, toma otra proporción cuando es atravesada por la cuestión de género.

En este sentido, la perspectiva de la violencia de género es fundamental para entender cómo se configura la tortura en el ámbito carcelario. En especial, si se trata de la tortura de carácter sexual. Si bien este es un fenómeno que afecta a hombres y mujeres privados de libertad, existen peculiaridades con relación a las formas de tortura que ocurren con el colectivo femenino (Moura, 2020). Durante la dictadura militar y después de la redemocratización, la tortura es recurrente y explícita el entrelazamiento entre la violencia de Estado y la violencia de género. Ésta se mezcla con otras formas de maltrato, como la privación de tratamientos de salud mental y la separación de los niños de sus madres encarceladas, que, como se ve en la situación de Soraia, puede considerarse torturas practicadas por el Estado y, por ende, violencia estatal y de género.

Frente a ello, este ensayo tiene como objetivo *reflexionar sobre cómo se relacionan la violencia de Estado y la violencia de género en los casos de tortura de mujeres privadas de libertad en Brasil, desde la perspectiva de la sociología de la violencia*. La elección de este marco teórico se justifica por los aportes de la disciplina a los estudios de la violencia en Brasil. Surgida dentro del campo de la sociología en los años 1970, tuvo una fuerte expansión en los años 1990, en los que hubo un aumento significativo de las producciones sobre el tema (Fachinetti *et al.*, 2020).² A lo largo del tiempo, la disciplina demostró su fortaleza en el intento de comprender el fenómeno de la violencia en su totalidad, estudiando sus diversas manifestaciones en la sociedad, discutiendo sus orígenes, desarrollo y dinámicas sociales e interinstitucionales, aprovechando también los aportes históricos del campo sociológico tradicional y contemporáneo. El trabajo adopta la metodología de la revisión bibliográfica simple, realizada en las principales bases de datos y buscadores de noticias, utilizando los términos “tortura” y “penitenciarias femininas”. El tema abre posibilidades para futuros trabajos empíricos realizados con noticias e informaciones oficiales.

Dicho esto, en un primer momento, se debatirá cómo la tortura traspasa el proceso de formación del sistema punitivo nacional, desde el punto de partida de la violencia colonial, reflexionando sobre la tortura como modalidad de violencia del Estado. En el segundo apartado, se expondrá el proceso de criminalización de las mujeres negras y pobres, abordando las especificidades de la tortura en los centros penitenciarios de mujeres en Brasil, desde una perspectiva de la violencia de género y sus relaciones con la violencia estatal.

² En un estudio realizado en 2020, se realizó una revisión de las producciones dentro de la sociología, examinando el linaje de la sociología de la violencia. Se destacan autores como Sérgio Adorno, que pudo percibir el desarrollo y potencialidad de la disciplina en la comprensión de fenómenos sociales complejos como la violencia (Fachinetti *et al.*, 2020).

Jessica de Jesus Mota – Marina Mozzillo de Moura

II. Violencia de Estado y tortura en el sistema punitivo brasileño.

Preliminarmente, debe entenderse que la tortura es una práctica antigua y mundial, ejercida históricamente contra grupos segregados. En la actualidad, es prohibida y criminalizada, pero aún se presenta con frecuencia, especialmente cuando se trata de sujetos históricamente deshumanizados (Fernandes, 2022). Sin embargo, este estudio no abordará los orígenes de la tortura en el contexto global, sino que busca comprender cómo esta práctica cobra fuerza y contornos específicos en la realidad brasileña, especialmente cuando se trata de la violencia perpetrada por el Estado en el caso de las cárceles.

El Estado brasileño, así como los demás países de América Latina, se ha formado por medio de la violencia colonial, un sistema oficial de genocidio de los pueblos originarios y del secuestro de africanos para el trabajo forzado realizado bajo amenaza de la aplicación de crueles castigos. De esa forma, es posible afirmar que la tortura siempre estuvo presente en nuestro territorio, aplicada a los grupos considerados subalternos.

La tortura es un crimen contra la humanidad que posee, hoy, mayoritariamente, carácter estatal. Este hecho es reconocido en el artículo primero de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de la ONU, que afirma que los dolores y sufrimientos característicos de esa violación de derechos humanos son practicados por funcionarios públicos o, por terceros con su consentimiento, instigación o aquiescencia. De esa forma, se reconoce a la tortura como un mecanismo de control social, que actúa de manera vertical, desde el Estado hacia la población. Esa práctica busca no solo atacar físicamente a la víctima, sino destruir su sentido moral por medio de la ruptura de sus límites emocionales (Arquidiocese de São Paulo, 2016).

En Brasil, existen registros de la utilización de tortura desde la colonización contra la población negra e indígena. La violencia colonial usó la tortura como un dispositivo de poder que cayó y sigue cayendo sobre ciertos cuerpos, es decir, sobre la población joven, negra y vulnerable (Fernandes, 2022). Así, la tortura puede ser y es utilizada "[...] para la disciplina, el control y el castigo de la clase trabajadora, asegurando la reproducción de los sistemas de dominación de un grupo por otro" (Fernandes, 2022, p. 284). Es claro que la colonización fue la responsable por materializar el Estado que hoy tenemos, cuya violencia operó como una fuerza que diferenciaba y "desterritorializaba" a ciertas poblaciones, al paso que practicaba el genocidio racial y la aniquilación cultural (Duarte, Queiroz & Costa, 2016). De esa forma, se considera que la colonización es un hecho histórico que condicionó la modernidad brasileña.

La sociedad brasileña, en su formación, vivió dos traumas centrales: la historia de siglos de explotación colonial muy marcada por la violencia y la crueldad inherentes al régimen esclavista. Por ello, somos herederos de esa carga de dolor y no ha sido posible construir en la sociedad un consenso de que la tortura deba ser abolida (Ginzburg, 2010). Esa falta de consenso sobre la abolición de esa práctica violatoria de derechos humanos es lo que ha permitido, entre otras cosas, su cruel repetición tras el paso de los siglos.

En ese sentido, cabe mencionar el concepto de necropolítica de Mbembe (2018) que, al centralizar la esclavitud como hecho definitorio del destino de las sociedades colonizadas, puntúa las estructuras heredadas de la colonización a través de la violencia. Esas estructuras sirven como parámetros para limitar la soberanía del Estado, que termina por poder elegir

Jessica de Jesus Mota – Marina Mozzillo de Moura

quién debe vivir y quién debe morir, según la lógica de las biopolíticas. Así, son las condiciones de vida de las personas la razón y la justificación de su muerte.

El autor también relaciona el tema del biopoder con lo que nombra como enemistad. La construcción de la figura del enemigo se hace posible a partir de estereotipos racistas y del racismo de clase, lo que corrobora una visión por parte del "conquistador" de que el otro es el "salvaje", el enemigo al que hay que combatir (Mbembe, 2018). En la obra *Políticas de la enemistad*, Mbembe (2022) también señala que esta diferencia entre "ellos" y "nosotros" es la condición inicial para la reproducción de la violencia colonial y racial.

No es una casualidad que el Estado brasileño, fundado por la violencia colonial, en la época contemporánea, tenga el campo de la seguridad pública marcado por experimentos biopolíticos. Es decir, las urbes se convierten en un campo de guerra cuyo "enemigo" es toda una capa marginada de la población, ubicada en la periferia de los grandes centros urbanos. Con la llegada del neoliberalismo, el sistema penal se recrudece y pasa a funcionar por medio de la vigilancia de barrios vulnerables enteros, tendencia que fue implementada en Brasil y es muy visible en la ciudad de Río de Janeiro, por ejemplo (Batista, 2012).

Así, el Estado brasileño busca gestionar la violencia urbana a partir de la neutralización de ciertos cuerpos, no individualmente por medio de la disciplina, sino a través del control de toda una colectividad. La intervención federal en las favelas de Río de Janeiro en 2018, a través del Decreto n° 9288³, es un ejemplo de este proceso que transformó el espacio urbano en campos de guerra, permitiendo el uso de la fuerza por parte del Estado con la justificación de la emergencia y la priorización del orden público, que ha sido normalizado por todo el aparato de seguridad (Magalhães, 2021).

De vuelta al tema de la violencia colonizadora, cabe destacar que las cárceles en la época colonial no ocupaban un rol tan importante, ya que el control social se ejercía a través del castigo físico y la tortura legalizada. Solo en el siglo XIX, la penitenciaría brasileña adquirió los contornos de lo que conocemos hoy en día, inspirándose en el modelo institucional carcelario de los Estados Unidos de América y Europa, es decir, adoptando un nuevo patrón de encarcelamiento combinado con un diseño arquitectónico específico (Aguirre, 2009). A pesar de la adopción de ese nuevo modelo de punición, las prácticas previas de flagelación y tortura nunca dejaron de existir, y la estratificación de las estructuras sociales y raciales fue el telón de fondo de la reforma penitenciaria en el país en los siglos XIX y XX (Aguirre, 2009).

De acuerdo con Gonçalves (2011), existe una relación directa entre el castigo corporal -incluyendo las prácticas conocidas como tortura- y la sociedad esclavista brasileña, ya que, mientras en Europa a finales del siglo XVIII existían movimientos por la abolición de la tortura, en Brasil ocurrió lo contrario con la implementación del castigo corporal a las personas esclavizadas. El sistema punitivo brasileño se forma en este contexto y utiliza la tortura como instrumento de control. Adoptando el concepto de *subciudadanía* del autor Jessé Souza, Gonçalves (2011) basa su argumento en el hecho de que existe una clasificación entre los considerados "torturables" y los no "torturables" en el país. Eso ocurre porque las poblaciones negras y marginadas no alcanzan la ciudadanía plena, ni siquiera después de la Constitución de 1988, elaborada con la redemocratización. Así, es posible afirmar que ocupan un lugar de

³ Decreto de intervención federal en el Estado de Río de Janeiro con el objetivo de poner fin al grave desorden público.

Jessica de Jesus Mota – Marina Mozzillo de Moura

subciudadanía en el espacio social y que son vistos como cuerpos no deseados, lo que, en la lógica punitiva, significa permisividad para que sean torturados.

La relación entre esclavitud y tortura es excelentemente presentada por los investigadores Stanchi y Pires (2022) quienes realizaron el intenso trabajo de analizar 223 números de 14 revistas abolicionistas o republicanas que expresaban apoyo a la causa abolicionista de la esclavitud en Brasil en el siglo diecinueve con el fin de reflexionar sobre las denuncias de prácticas de tortura perpetradas contra las personas esclavizadas en aquel momento. Los resultados mostraron que, si bien los abolicionistas no llamaban tortura a la violencia contra las personas esclavizadas, evidenciaban la brutalidad de los señores de tierras. Consideraban como "maltrato" a los esclavizados en sus manifiestos la falta de acceso a alimentos, la privación del sueño e higiene y la exposición a temperaturas inadecuadas (Stanchi & Pires, 2022).

Castigar y torturar a los esclavos, de forma pública o doméstica, era una práctica común y naturalizada de control durante el período colonial brasileño e incluso republicano, ya que la abolición de la esclavitud en Brasil se dio solamente en 1888 (Camuri, 2019). Cuando aplicamos el filtro de género en el sufrimiento impuesto a las personas esclavizadas se destacan otros tipos de maltrato. La violencia sexual en contra de las mujeres esclavizadas en ese régimen era central y necesaria para la producción de mano de obra y, consecuentemente, de ganancias para el señor. Así, es posible afirmar que la violación sexual de esas mujeres negras era generalizada (Lacerda, 2010). A la violación sexual, se suman el embarazo forzado y la servidumbre sexual de esas mujeres, a lo largo de más de tres siglos.

En esta línea, Fernandes (2022) muestra cómo la tortura es el hilo conductor en la formación del sistema punitivo, atravesando el periodo que va de la esclavitud al sistema carcelario que hoy conocemos. En su artículo, fruto de su tesis doctoral, la autora aborda las similitudes entre la tortura durante la época de la esclavitud y la tortura en las cárceles actuales. De esta manera, analiza los siglos de esclavitud y compara las características de la tortura en este período con lo descrito en los informes del Mecanismo Estatal de Prevención y Combate a la Tortura de Rio de Janeiro, producidos entre 2011 y 2021, y que registra las condiciones y el trato dado a las personas privadas de libertad en aquel estado (Fernandes, 2022).

Para la construcción comparativa de la tortura a lo largo del tiempo, la autora reflexiona sobre los siguientes procesos: a) la selección y aprehensión de los sujetos esclavizados, seguida del transporte, comparada al transporte de presos en las furgonetas policiales; b) la captura inicial, el proceso de compra de los esclavos, equiparado en la actualidad al juicio de los prisioneros; y c) el encarcelamiento en sí mismo, y su sesgo económico y político. A partir de estos tres momentos, al comparar los relatos históricos de la tortura en la esclavitud y los relatos sobre la tortura en las penitenciarías de Río de Janeiro, la autora da cuenta de la existencia de elementos en común: 1) hacinamiento; 2) falta de higiene; 3) alimentación insuficiente; 4) acceso limitado a la salud; y 5) intensa violencia física, verbal y sexual (Fernandes, 2022).

Las consideraciones de la autora sobre las similitudes de la tortura como mecanismo de control social en la época esclavista y en la época contemporánea revelan que, a partir del discurso del "otro", esclavizado o delincuente, los mecanismos de castigo y control siguen actuando sobre los mismos cuerpos, es decir, las personas negras y pobres. La tortura se

Jessica de Jesus Mota – Marina Mozzillo de Moura

presenta como un hilo conductor que atraviesa el proceso de formación del Estado Democrático de Derecho y su aparato jurídico, de manera que se puede concluir que el poder punitivo del Estado tuvo en la esclavitud su primer laboratorio de la tortura que construye el sistema legal y penal que hoy tenemos (Stanchi & Pires, 2022).

Los argumentos aportados por Fernandes (2022) sobre la tortura a través del tiempo se hacen evidentes si observamos los datos de la situación carcelaria a partir de la década de 2000, especialmente después de la nueva ley de drogas de 2006, que provocó un aumento de las reprimendas penales y, en consecuencia, un mayor número de encarcelamientos. Este proceso de encierro masivo ha estado afectando, sobre todo, a la población joven y negra (Borges, 2019). El Estado asume su carácter punitivo, siendo el cuerpo negro, el cuerpo objetivo para operar una biopolítica de castigo y muerte que tiene como finalidad contener a la población negra (Flauzina, 2006).

La cárcel se ha convertido en una forma de control social que tiene como núcleo más amargo a la tortura, cuya principal escuela fue nuestro propio pasado. Con el paso del tiempo, las formas de castigo y encarcelamiento en sí han cambiado, trayendo nuevos modelos de maltrato que van más allá de la violencia física, pero manteniendo otros que han existido desde el período colonial, como las precarias condiciones de alimentación e higiene. Estas, a primera vista, pueden confundirse hoy con consecuencias de la falta de recursos del Estado o con la falta de preparación de sus funcionarios, cuando son, en realidad, imposición de sufrimiento por parte de la institución.

Es válido destacar que, estas últimas, son modalidades de tortura muchas veces cometidas de manera difusa e institucional, de modo que es inclusive difícil determinar quiénes fueron los individuos responsables por aplicarla (Pastoral Carceraria, 2016).

Así, el actual sistema penitenciario está marcado por una serie de precariedades, hacinamientos y violencias y está conformado en su mayoría por personas negras, mestizas y con poco acceso a la educación formal. Tiene en sus denuncias de tortura una complejidad que va más allá de la violencia física, incluyendo violencia psicológica, amenazas e intimidación. En el informe "Tortura en tiempos de encarcelamiento masivo", en que la Pastoral Carcelaria⁴ analizó su base de datos con denuncias recopiladas desde el 2014, se observó que la tortura en el ámbito carcelario se ha vuelto más compleja con el tiempo, y la violencia física no es el único medio de tortura, a pesar de que este tipo de violencia representa el 58% de los casos denunciados a la Pastoral (Pastoral Carceraria, 2018).

El informe señala que el 41% de las denuncias se referían a condiciones degradantes de encarcelamiento; el 35% a negligencia en la prestación de asistencia material; el 33% a negligencia en la prestación de atención médica y el 15% de los casos relataron el uso de armas de fuego como instrumento de imposición de sufrimiento. En el documento, se destacan las denuncias que involucran a familiares de personas privadas de libertad, que también son sometidas a dinámicas carcelarias en el momento de las visitas, por lo que el 16% del total de casos monitoreados fueron situaciones de violencia y tortura contra familiares, con especial énfasis en la práctica denominada requisa vejatoria o humillante que afecta mayoritariamente a las mujeres (Pastoral Carceraria, 2018).

⁴ *Pastoral Carceraria* es una organización brasileña de la sociedad civil que lucha por los derechos de las personas privadas de la libertad y se ha desempeñado desde la década de 1990 en la exigencia de la investigación de la tortura en las prisiones brasileñas.

Jessica de Jesus Mota – Marina Mozzillo de Moura

La requisita vejatoria o humillante consiste en un tipo de revisión corporal violatoria de los derechos humanos, comúnmente aplicada a las personas que visitan los centros penitenciarios y que entrelaza la violencia física, sexual y psicológica. Además de los tocamientos íntimos que componen la práctica, se les pide a las personas que se agachen frente a un espejo para comprobar si en sus partes íntimas pueden esconder drogas o teléfonos móviles. A pesar de que el número de objetos encontrados en esta situación sea insignificante, los centros penitenciarios brasileños siguen llevando a cabo este tipo de registros legitimados por el argumento de la seguridad. Esta práctica dirigida a los visitantes afecta especialmente a las mujeres, parejas, esposas, madres e hijas de los presos, revelándose como violencia de Estado y de género como se verá en el siguiente apartado (Coutinho et al., 2021).

Después de esas reflexiones, nos damos cuenta que, a pesar de la adición de nuevas tecnologías de control y maltrato, las víctimas siguen siendo las mismas y el núcleo de la tortura también: el objetivo de someter a ciertos grupos. A lo largo de los años, los modos de tortura se han vuelto más complejos, especialmente en el contexto del encarcelamiento masivo. Ahora combina múltiples acciones y omisiones estatales para infligir sufrimiento a las poblaciones encarceladas, lo que hace que la experiencia carcelaria en sí misma caracterice como tortura (Pastoral Carcerária, 2018).

En síntesis, se percibe que la tortura es una práctica que ha existido desde el período colonial, lo que repercute en la formación del propio sistema punitivo, mecanismo de represión de un Estado que se forma a partir de la violencia colonial basada en jerarquías de raza, clase y género. No se puede entender la violencia estatal, que se manifiesta en casos de tortura en las cárceles, sin entender la violencia colonial que forma el país. Así, la tortura es el punto de conexión de la violencia colonial con la violencia estatal que tenemos hoy, basada en la división de quienes pueden o no ser torturados. Estos cuerpos “torturables” deben ser analizados desde las dimensiones de género, raza y clase, especialmente cuando se trata de las prácticas de tortura en el sistema penitenciario de mujeres.

III. Violencia de Estado y de género: las especificidades de la tortura en el sistema penitenciario de mujeres.

Históricamente, las mujeres han sido menos encarceladas que los hombres, porque sobre ellas se ejercían otros mecanismos de dominio, es decir, el control informal de la iglesia y la familia. Este control informal institucionalizado se ha vuelto insuficiente con el tiempo, debido a las transformaciones políticas y sociales que han contribuido al incremento del castigo de las mujeres en la esfera pública, como su inserción en el mercado de trabajo y su adquisición de poder de compra (Baratta, 1999). Actualmente, en Brasil, tenemos 28.770 mujeres privadas de la libertad, un contingente muy inferior que el masculino, pero bastante significativo. De estas, aproximadamente la mitad está presa por crímenes relacionados al pequeño tráfico de sustancias ilícitas (Senappen, 2024).

Inicialmente, las mujeres que no cumplían con las normas o con el comportamiento moral esperado eran enviadas a hospitales psiquiátricos o conventos. Sin embargo, el hecho de que el encarcelamiento y el control se diera en otras instituciones no deja de demostrar una biopolítica aplicada por el Estado de exclusión de las indeseables (Camuri, 2019). Había todo un contexto de patologización de las conductas femeninas, ya que se creía que, a

Jessica de Jesus Mota – Marina Mozzillo de Moura

diferencia de los hombres, las mujeres eran irrecuperables. Esta idea explica el hecho de que los medicamentos se distribuyan mucho más ampliamente en las cárceles de mujeres hasta el día de hoy (Davis, 2018).

Además, al igual que en el encarcelamiento masculino, el encuadre de la criminalización de las mujeres siempre ha sido racializado, es decir, aunque las mujeres negras también hayan sido enviadas a instituciones psiquiátricas, fueron trasladadas a centros penitenciarios mucho antes que las mujeres blancas (Davis, 2018; Borges, 2019). Evidentemente, en la época colonial, las mujeres negras estaban sujetas a regímenes de castigo diferentes, conectados a la esclavitud, a los cuales no eran sometidas las mujeres blancas.

Davis (2018), al analizar las formas de castigo contra las mujeres esclavizadas en Estados Unidos, relata que el castigo de azote para mujeres embarazadas era aplicado con las víctimas acostadas boca abajo en el suelo, con sus vientres en un agujero para proteger al feto, que era mano de obra producida para el señor. Además, la violencia sexual y los castigos de esta naturaleza eran comunes para las mujeres negras esclavizadas, de forma que la tortura sexual configuraba un instrumento de control (Davis, 2018). La realidad de la esclavitud en Brasil no fue diferente, lo que repercute en la actualidad, en que el racismo y el sexismo construyen y estructuran la sociedad brasileña que margina a grupos de personas, sobre la base de jerarquías raciales, sociales y de género (Borges, 2019).

Dentro del grupo de las personas esclavizadas, a las mujeres les era impuesta una sobrecarga de sufrimiento: la servidumbre sexual. Aunque esta no configurara necesariamente un castigo, puede ser entendida como tal, dada la carga de sufrimiento inherente a la práctica. Así, las mujeres negras en el periodo de la esclavitud, además del trabajo forzado que les era impuesto también a los hombres, eran obligadas a servir sexualmente a los señores y a otros hombres blancos, como un objeto o un *instrumento* de reproducción o, incluso, expuestas a veces a la prostitución forzada (Lacerda, 2010).

Evidentemente, en este contexto de violencia colonial, la construcción de penitenciarías para mujeres en Brasil también se basó en la opresión de género, raza, clase y sexualidad. Aguirre (2009) describe en su estudio sobre la historia de las cárceles en América Latina que recién en la segunda mitad del siglo XIX se implementaron las cárceles de mujeres en los países latinoamericanos, ya que estas instituciones funcionaban anteriormente al margen del sistema penitenciario formal. Eran espacios gestionados por congregaciones religiosas cuyo principal objetivo era recuperar a las mujeres infractoras para reajustarlas al rol de mujer y esposa. En el caso de las mujeres racializadas, la institución penitenciaria tenía como objetivo prepararlas para trabajar como empleadas domésticas en los hogares de familias blancas, revelando las intersecciones entre género, clase y raza (Aguirre, 2009).

Otro factor importante en el contexto del castigo a las mujeres es que, históricamente, las desviaciones femeninas siempre han tenido una dimensión sexual. Eso se relaciona con el hecho de que las mujeres sufran una serie de violencias sexuales en los centros penitenciarios, como la requisita humillante. Davis (2018) demuestra cómo el género no solo es un elemento a tener en cuenta a la hora de hablar de encarcelamiento, sino que también es un factor que estructura el sistema penitenciario. El poder punitivo opera de tal manera que reproduce diferentes aspectos de la violencia, ejerciendo un control diferenciado sobre

Jessica de Jesus Mota – Marina Mozzillo de Moura

estas mujeres, es decir, un control que alterna entre la vigilancia y el castigo (Boiteux & Chernicharo, 2017).

Vale la pena señalar que la opresión de género, junto a la opresión de raza y clase, interactúan y se relacionan entre sí, con el fin de naturalizar comportamientos. Al mismo tiempo que el género es constitutivo de las relaciones sociales, la violencia constituye el orden falocrático, predominantemente masculino. Su formación está entrelazada con el tema de la violencia misma. Así:

El género constituye una verdadera gramática sexual, normalizadora del comportamiento masculino y femenino. Concretamente, en la vida cotidiana, son los hombres, en este orden social androcéntrico, los que fijan los límites de la acción de las mujeres y determinan las reglas del juego con su disputa. Incluso las relaciones mujer-mujer son normalizadas por la falocracia. Y la violencia es una parte integral de la estandarización, ya que constituye un componente importante del control social (Saffioti & Almeida, 1995, p. 30).

En las discusiones acerca de la violencia de género, el tema de la violencia doméstica se hace visible en el debate público, lo cual es muy importante y necesario. Sin embargo, poco se discute la violencia de género que ocurre en el ámbito carcelario (Borges, 2019). La punición estatal direccionada a las mujeres, por ser cargada de toda la moralidad, sexismo y opresión existentes en la sociedad, hace de las prisiones un lugar que tiene en su esencia la victimización femenina, o sea, un lugar de violencia de género por excelencia (Pimentel, 2016). Así, las mujeres constituyen un grupo más vulnerable en el contexto de violación de derechos humanos. Por esa misma razón, en el caso de víctimas mujeres, los tocamientos en su cuerpo podrán ser traumatizantes y considerados como tortura (ONU, 2001).

Para Gago (2020), la violencia contra las mujeres va más allá del ámbito doméstico, ya que la violencia machista que se materializa en su cuerpo está intrínsecamente ligada a otras violencias políticas, económicas, laborales e institucionales. La autora afirma que, así como ocurrió en la colonización de los países latinoamericanos, en que conquistar y explotar era el objetivo, también cuando se trata de los cuerpos femeninos como objeto de dominación, esos figuran como lugar de conquista y explotación, como si fueran una extensión de este territorio latinoamericano. En resumen, los cuerpos femeninos son explotados como territorios, es decir, "cuerpos-territorios".

En este sentido, cabe destacar cómo el sistema de justicia penal tiene diferentes posturas a la hora de castigar y controlar a hombres y mujeres. Lo mismo ocurre con el fenómeno de la tortura, con especial énfasis en los casos de tortura sexual. Para entender las formas de tortura a las que están siendo sometidas las mujeres encarceladas, es necesario reforzar cuánto la cárcel ya es una tortura en sí misma, especialmente para las mujeres, ya que no fue diseñada para recibir las. Además de todos los problemas inherentes a la prisión, las mujeres aún enfrentan la triste realidad de la pobreza menstrual, la falta de acceso a la atención de salud ginecológica y el aislamiento, dado que reciben muchas menos visitas que los presos masculinos.

Las prisiones femeninas constituyen un mecanismo sofisticado de control del cuerpo de las mujeres y tienen ciertos rasgos específicos, como el intento de reafirmar a todo instante el modelo patriarcal dentro del modelo correccional. Así, en esos espacios, el Estado insiste en replicar en esos cuerpos su ideal de cura y de control (Pimentel, 2016).

Jessica de Jesus Mota – Marina Mozzillo de Moura

En las instituciones penitenciarias femeninas es común que exista una hipermedicalización, que se suma al aislamiento social, en el intento por controlar a estos cuerpos (Almeida & Castro, 2019). Si, por un lado, los medicamentos psiquiátricos se administran de forma naturalizada, el acceso a la salud para estas mujeres es escaso, especialmente cuando se trata de salud reproductiva, como exámenes ginecológicos y atención prenatal (Simas et al., 2015). El hecho de que, a pesar de la prohibición legal existente en Brasil, aun se registren casos de mujeres que dan a luz esposadas es simbólico del tema acá analizado. En los casos en que les es permitido a las mujeres mantener a sus bebés en la institución, el momento de la separación de las madres de sus hijos genera un gran sufrimiento psicológico. Eso ocurre, más allá de las razones obvias, porque mientras los niños están allí, experimentan una situación de hipermaternidad, estando acompañadas de ellos las 24 horas, que pronto se rompe con la retirada de los niños, lo que consiste en una experiencia de hipomaternidad (Braga & Angotti, 2015).

El informe de la Pastoral Carcelaria sobre la tortura advierte sobre la cuestión de género, ya que señala que, aunque las mujeres representan el 5,8% de todos los presos, son nombradas como víctimas en el 21% de los casos de tortura y otras violaciones de derechos denunciados a la Pastoral, lo que muestra una representación de género desproporcionada en los casos de tortura. También hay que tener en cuenta que puede haber una cifra oculta, que se sumaría a los niveles ya sobrerrepresentados. Esa posibilidad se debe al hecho de que las mujeres presas reciben menos visitas de familiares que los hombres presos y son los familiares los que dan lugar a denuncias ante la Pastoral (Pastoral Carceraria, 2018).

No es posible pensar la tortura de mujeres encarceladas sin discutir la tortura sexual. Aunque también se ha aplicado y se sigue aplicando a los hombres en las prisiones, sus métodos son específicos para cada género. Mientras que para los hombres la intención de la práctica es herir su honor y destruir su masculinidad, para las mujeres las prácticas son de dominación, cosificación y buscan infligir sufrimiento utilizando su maternidad para afectarlas (Moura, 2020). La tortura sexual es una forma de violencia de naturaleza sexual que busca causar sufrimiento físico y mental severo que puede ocurrir de manera directa o de forma institucional. Son ejemplos de tortura sexual comúnmente encontrados en las cárceles brasileñas la privación de materiales de higiene, la falta de privacidad para utilizar el baño, los desnudos forzados, las requisas humillantes e, incluso, acciones más directas, como las violaciones sexuales (Moura, 2020).

En el contexto del estado de excepción de la dictadura militar, la tortura sexual era común y utilizada como estrategia de combate al “enemigo” político. Moura (2020), al analizar el perfil de la tortura contra las mujeres perpetrada por el Estado de 1964 a 1985 y compararlo con la tortura en las cárceles de mujeres a partir de la década de 2000, da cuenta de que, a pesar del fin del régimen de excepción, la tortura sexual persiste con prácticas muy similares en los ambientes carcelarios del país. Según la ONU (2001), este tipo de tortura puede incluir la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada y el embarazo forzado, prácticas que demuestran, justamente, el entrelazamiento entre la violencia de Estado y de género.

Recientemente, ocurrieron algunos casos de tortura en cárceles de mujeres que merecen destacarse. En julio de 2019, durante una intervención federal, las mujeres detenidas en el Centro de Reeducción Femenina del estado de Pará fueron sometidas a condiciones inhumanas. Las detenidas fueron obligadas a sentarse desnudas en cuclillas

Jessica de Jesus Mota – Marina Mozzillo de Moura

sobre un suelo mojado o sobre hormigueros durante cuatro horas. Además, se denunciaron casos de hacinamiento, falta de higiene, comida en mal estado y falta de medicamentos (Agência Câmara dos Deputados, 2019). En el mismo año, se presentaron quejas graves sobre las prisiones del estado de Ceará. Informes del Mecanismo Nacional de Prevención y Combate a la Tortura (MNPCT) y de la Defensoría Pública de Ceará revelaron prácticas sistemáticas de tortura en varias instituciones (Sisnando, 2023).

Uno de los casos más recientes salió a la luz en marzo de 2024, en el estado de Minas Gerais, donde la reclusa Soraia Livramento denunció haber sido golpeada por los guardias de la prisión, haber recibido gas pimienta en los ojos y haber sido llevada a aislamiento en dos ocasiones (Maturano, 2024; Aguiar, 2024). Este caso fue el elegido para ser profundizado en este trabajo no solo por el destaque que tuvo, sino también por su carácter ejemplificativo del entrelazamiento de la violencia de Estado y la violencia de género en la privación de libertad de mujeres.

Soraia es una mujer negra y pobre, que inclusive ha habitado las calles, diagnosticada con esquizofrenia y con historial de abuso de drogas. Sus características indican una sobrecarga de vulnerabilidad, como hemos podido analizar durante este estudio. Después de haber sido separada de su hijo, por el intenso sufrimiento mental que padeció durante la privación de libertad, intentó suicidarse. El informe del caso presentado a la ONU, también destacó las graves violaciones a los derechos humanos vivenciadas cotidianamente en las cárceles de mujeres del estado. Además, un informe del Consejo de Defensa de los Derechos Humanos del Estado de Minas Gerais (CONEDH) reveló condiciones insalubres y abusos en varias prisiones, lo que demuestra que Soraia no es la única en haber sido sometida a violaciones de esa naturaleza. Las reclusas denunciaron hacinamiento, falta de higiene, comida en mal estado, falta de atención médica adecuada y abusos físicos por parte de los guardias (Arantes, 2023).

En el caso analizado, podemos observar como raza, género y clase se unen en la selección de las víctimas del Estado. Se suman a esos factores la condición de padecimiento de trastorno mental y la condición de embarazo, dos elementos que incrementan los niveles de vulnerabilidad del ser humano. Así, el Estado atraviesa con su representación más violenta, la tortura, la vida de una mujer que ya era marcada por extremas dificultades. Como ha sido mencionado antes, las mujeres negras han sufrido dinámicas de violencia y tortura específicas de género desde la época colonial, hecho que se sigue repitiendo.

La violencia estatal y de género se entrelazan cuando se trata de la tortura en las cárceles de mujeres, visto que sus características sexuales son instrumentalizadas para el maltrato, como la menstruación y la maternidad. Así, como ha sido expuesto a lo largo del estudio, en Brasil determinados cuerpos son más sometidos a la tortura que otros por el Estado penal, y las mujeres, especialmente mujeres negras, son aún más vulnerables en el contexto carcelario.

IV. Consideraciones Finales.

El objetivo general de este ensayo fue reflexionar sobre cómo se relacionan la violencia estatal y la violencia de género en los casos de tortura de mujeres presas en Brasil, desde la perspectiva de la sociología de la violencia.

Jessica de Jesus Mota – Marina Mozzillo de Moura

Para ello, en la primera sección, utilizando autores que hablan de la violencia colonial en la formación del Estado (Mbembe, 2018 y 2022; Magalhães, 2020), discutimos cómo la tortura es una práctica que existe desde el período colonial, que reverbera en la formación del propio sistema punitivo, mecanismo de represión de un Estado que se forma a partir de la violencia colonial basada en jerarquías de raza, clase y género. De esa forma, la práctica de la tortura se caracteriza como el hilo conductor que une la violencia colonial (ejercida especialmente contra la población negra e indígena) con la violencia estatal que tenemos hoy (Stanchi & Pires, 2022 y Fernandes, 2022). Además, existen cuerpos que, a partir de las jerarquías sociales que componen el Estado brasileño, están más predispuestos a ser torturados que otros (Gonçalves, 2011).

Estos cuerpos “torturables” necesitan ser vistos desde las dimensiones de género, raza y clase, especialmente cuando se trata de prácticas de tortura en el sistema penitenciario femenino, lo que fue explicado en la segunda sección de este ensayo. En esa sección, se señaló que desde el periodo colonial, las mujeres negras han sufrido dinámicas de violencia y tortura específicas de género (Davis, 2018; Aguirre, 2009). Lo mismo ocurre con las mujeres privadas de libertad, cuyas prácticas de tortura se han complejizado con el paso del tiempo, siendo la propia situación de ser mujer en prisión torturante en sí misma.

Así, considerando que la tortura es violencia perpetrada por el Estado, y por lo tanto es violencia estatal, este estudio partió de la comprensión de que el Estado brasileño está fundado en la violencia colonial que jerarquiza a los sujetos con base en criterios de raza, clase y género. Así, esa violencia, basada en la colonialidad -que ya está compuesta por la cuestión de género- se entrelaza con la violencia de género contra las mujeres pobres y negras, hasta el punto de que la tortura contra estas mujeres tiene sus propias peculiaridades, como la medicalización, el aislamiento, la tortura sexual y la imposición de sufrimiento basado en amenazas a su maternidad.

Después del análisis aquí realizado, concluimos que la violencia del Estado y la violencia de género se han ido entrelazando en el territorio brasileño desde la conquista y victimizando, mayoritariamente, a mujeres negras. A lo largo de los años, a pesar de la abolición de la esclavitud y, actualmente en democracia, son los mismos cuerpos los que siguen privados de la libertad y continúan siendo vistos como merecedores del castigo y de supuestos intentos correccionales, agravados por el carácter sexual de muchos modos de tortura aplicados a mujeres.

Referencias

- Agência Câmara dos Deputados (2019). *Violações de direitos humanos em presídios femininos são denunciadas na Câmara*. 16 de diciembre de 2019. <https://www.camara.leg.br/noticias/626777-violoaes-de-direitos-humanos-em-presidios-femininos-sao-denunciados-na-camara/>.
- Aguiar, L. (2024). *Brasil é denunciado na ONU por caso de tortura em prisão feminina de Minas Gerais*. Agência Pública. 11 de marzo de 2024. Disponible en: <https://apublica.org/2024/03/brasil-e-denunciado-na-onu-por-caso-de-tortura-em-prisao-feminina-de-minas-gerais/>. Consultado el 30 de julio de 2024.
- Aguirre, C. (2009). Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940. En C.N. et al ed. *História das prisões no Brasil*. (Vol. 1, pp. 35-77). Rocco.

Jessica de Jesus Mota – Marina Mozzillo de Moura

- Almeida, S. M. & Castro, P. A. D. (2019). Etnografía de mujeres privadas de libertad: A medicalização e isolamento como formas de controle dos corpos. *Revista Artes de Educar - "Gênero, sexualidades e educação em sistemas de privação de liberdade."*, 5 (1), 103-117. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/riae/article/view/38349/29622>.
- Arantes, P. (2023). *Detentas denunciam abusos e maus tratos em penitenciárias mineiras. Estado de Minas Gerais*. 4 de julio de 2023. Disponible en: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2023/07/04/interna_gerais,151662/detentas-denunciam-abusus-e-maus-tratos-em-penitenciarias-mineiras.shtml. Consultado el 30 de julio de 2024.
- Arquidiocese de São Paulo. (2016). *Brasil nunca mais digit@l*. <http://bnmdigital.mpf.mp.br/pt-br/>.
- Baratta, A. (1999). O paradigma do gênero: Da questão criminal à questão humana. En C. H. D. Campos ed. *Criminologia e Feminismo* (pp. 19-80). Sulina.
- Batista, V. M. (2012) *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Revan.
- Boiteux, L., & Chernicharo, L. (2017). *Encarceramento feminino, seletividade penal e tráfico de drogas em uma perspectiva feminista crítica*. NEIP São Paulo. pp. 1- 6.
- Borges, J. (2019) *Encarceramento em massa*. Polén.
- Braga, A. G. & Angotti, B. (2015) Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro. *Ensaio Sur* 22, 12 (22), pp. 229-239.
- Camuri, A. C. (2019). *Governabilidade e tortura*. Editora Prismas.
- Coutinho, C. C; Mota, J. J. & Horowitz, J. (2021). *A revista vexatória na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul à luz da perspectiva de gênero*. IV Encontro Virtual do CONPEDI, pp. 60-80.
- Davis, A. (2018). *Estarão as prisões obsoletas?* Difel.
- Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). (2018). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN mulheres*. Ministério da Justiça e Segurança Pública.
- Duarte EP, Queiroz MV & Costa, P. A. (2016) A hipótese colonial, um diálogo com Michel Foucault: A modernidade e o atlântico negro no centro do debate sobre racismo e sistema penal. *Universitas JUS*, 27(2), pp. 1–31.
- Fachinetto, R. F., Madeira, L. M., Aquino, J. P. de, & Geliski, L. (2020). As linhagens de descendência acadêmica dos pesquisadores “pioneiros” nos estudos sobre violência crime e justiça criminal no Brasil (1970- 2018). *Bib: revista brasileira de informação bibliográfica em ciências sociais*. 91, pp. 1-39.
- Fernandes, I. D. S. (2022) Da escravidão à prisão pelo fio condutor da tortura no Brasil. *Revista Katál*, 25(2). pp. 283-290.
- Flauzina, A. L. P. (2006). *Corpo Negro Caído no Chão: O sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. [Tesis de Maestría, Universidade de Brasília]
- Gago, V. (2020). *A potência feminista ou o desejo de transformar tudo*. Elefante.
- Ginzburg, J. (2010). Escritas da Tortura. En E. Teles, & V. Safatle ed. *O que resta da ditadura? – a exceção brasileira*. Boitempo.
- Gonçalves, V. C. (2011). *A tortura como violência instituída e instrumento para simulação do réu confesso*. [Tesis de doctorado, Universidade Federal do Paraná].

Jessica de Jesus Mota – Marina Mozzillo de Moura

- Lacerda, M. (2010) *Colonização dos corpos: Ensaio sobre o público e o privado. Patriarcalismo, patrimonialismo, personalismo e violência contra as mulheres na formação do Brasil*. 2010. [Tesis de maestría, Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro] <https://www.maxwell.vrac.pucRio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=16570@1>
- Magalhães, A. (2021). A guerra como modo de governo em favelas do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 36(106), pp. 1-20.
- Maturana, J. (2024). *Advogada denuncia Brasil na ONU por caso de tortura em penitenciária a feminina de Minas Gerais*. *Marie Claire*. 11 de marzo de 2024. Disponible em: <https://revistamarieclaire.globo.com/violencia-de-genero/noticia/2024/03/advogada-denuncia-brasil-na-onu-por-caso-de-tortura-em-penitenciaria-feminina-de-minas-gerais.ghtml>. Consultado el 30 de julio de 2024.
- Mbembe, A. (2018). *Necropolítica: Biopoder, soberanía, estado de excepción, política de muerte*. N-1 ediciones.
- Mbembe, A. (2022) A farmácia de Fanon. En A. Mbembe ed. *Políticas da inimizade*. (pp. 111-142). UBU Editora.
- Moura, M. M. (2020) A tortura sexual nos ambientes carcerários brasileiros durante a Ditadura Militar (1964-1985) e após os anos 2000: uma perspectiva de gênero. *Anais: jurisdição constitucional e reformas penais em tempos de pandemia*, pp. 1-12.
- Organização das Nações Unidas. (2001). *Protocolo de Istambul. Manual para a Investigação e Documentação Eficazes da Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes*. Publicações das Nações Unidas. https://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_protocolo_istambul.pdf.
- Pastoral Carcerária. (2016). *Tortura em Tempos de Encarceramento em Massa*. ASAAC. https://carceraria.org.br/wpcontent/uploads/2016/10/Relat%C3%B3rio_Tortura_em_Tempos_de_Encarceramento_em_Massa-1.pdf.
- Pastoral Carcerária. (2018). *Parte 1- Relatório Analítico. In Pastoral Carcerária Nacional. Tortura em tempos de encarceramento em massa*, pp. 16-32.
- Pimentel, E. (2016) As marcas do patriarcado nas prisões femininas brasileiras. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Dossiê Punição e Controle Social: degradações carcerárias em América Latina e Europa*. 2(2). <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/revistadireito/article/view/11434>.
- Saffioti, H. I. B. & Almeida, S. S. D. (1995). *Violência de gênero, poder e impotência*. Reiventar Ltda.
- Secretaria Nacional de Políticas Penais - Senappen. (2024) *Sistema Nacional de Informações Penais. 16º ciclo Sisdepen. Janeiro a junho de 2024*. <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1-semester-de-2024.pdf>
- Simas, L. Ventura, M.; Baptista M. R. & Larouze B. (2015). A jurisprudência brasileira acerca da maternidade na prisão. *Rev. direito GV*, 11(2), pp. 1-14.
- Sisnando, J. (2023). *33 denúncias de tortura em presídios do Ceará são apurados pelo Judiciário*. *O Povo*, 3 de julho de 2023. <https://www.opovo.com.br/noticias/ceara/2023/07/03/33-denuncias-de-tortura-em->

Jessica de Jesus Mota – Marina Mozzillo de Moura

presidios-do-ceara-sao-apuradas-pelo-judiciario.html. Acessado em 30 de julho de 2024.

Stanchi, M. & Pires, T. R. D. O. (2022). Memórias Abolicionistas sobre a Tortura no Brasil.

Revista Direito Público, 19, pp. 200-252.

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6147/2589>.

Jessica de Jesus Mota – Marina Mozzillo de Moura

Jaime Andrés Sosa Ojeda – Verónica Carrillo Martínez

JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA: UNA MIRADA A LA JUSTICIA PROPIA EN EL RESGUARDO INDÍGENA KANKUAMO.

*JAIME ANDRÉS SOSA OJEDA (Universidad de Antioquia,
Medellín, Colombia)*
jaime.sosa@udea.edu.co

*VERÓNICA CARRILLO MARTÍNEZ (Universidad Popular del Cesar,
Valledupar, Colombia)*
veronicacarrilloabogada@gmail.com

Resumen: La jurisdicción especial indígena está regulada tanto en la parte dogmática como en la orgánica de la Constitución Política de 1991. Su creación responde al reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas para aplicar un sistema normativo propio, basado en sus costumbres ancestrales. En consecuencia, cada comunidad indígena tiene el derecho constitucional de elegir sus autoridades, establecer sanciones y definir sus procedimientos jurisdiccionales. Los Kankuamos, una de las comunidades indígenas de Colombia, administran justicia conforme a la ley de origen. No obstante, el registro documental de este proceso es limitado debido a su tradición oral y a la naturaleza hermética de su cultura, usos y costumbres.

Las faltas cometidas por los miembros de la comunidad Kankuama son percibidas como una afectación a la Madre Naturaleza, lo que compromete la armonía y el equilibrio fundamental de la comunidad. En este sentido, la privación de libertad no es la única sanción que se impone como respuesta a una conducta reprochable. El pago de tributos, los pagamentos y las ofrendas a la Madre Naturaleza también son mecanismos utilizados para restablecer el orden y la armonía en el resguardo. Para desarrollar este artículo, se adoptó una metodología cualitativa con un enfoque etnográfico, que permite describir y analizar la visión cultural de los Kankuamos

Palabras clave: jurisdicción especial indígena; pluralismo jurídico; resguardo indígena; Kankuamo; justicia propia.

Abstract: The special indigenous jurisdiction is regulated in both the dogmatic and organic parts of the 1991 Political Constitution. Its creation responds to the recognition of the autonomy of indigenous peoples to apply their own normative system, based on their ancestral customs. Consequently, each indigenous community has the constitutional right to elect its authorities, establish sanctions and define its jurisdictional procedures. The Kankuamos, one of Colombia's indigenous communities, administer justice according to the law of origin. However, the documentary record of this process is limited due to their oral tradition and the hermetic nature of their culture, uses and customs.

Misdemeanors committed by members of the Kankuama community are perceived as an affectation of Mother Nature, which compromises the harmony and fundamental balance of the community. In this sense, imprisonment is not the only sanction imposed in response to reproachable conduct. The payment of tributes, payments and offerings to Mother Nature are also mechanisms used to reestablish order and harmony in the resguardo. In order to develop

Jaime Andrés Sosa Ojeda – Verónica Carrillo Martínez

this article, a qualitative methodology with an ethnographic approach was adopted, which allows describing and analyzing the cultural vision of the Kankuamos

Keywords: special indigenous jurisdiction; legal pluralism; indigenous reservation; Kankuamo; own justice.

Forma de citar: Sosa Ojeda, J. M. y Carrillo Martínez, V. (2024), Jurisdicción especial indígena en Colombia: una mirada a la justicia propia en el resguardo indígena Kankuamo. *Prisiones. Revista electrónica del Centro de Estudios de Ejecución Penal*, 2 (6), 95-112.

Recibido: 16-10-2024 | Versión final: 08-02-2025 | Aprobado: 09-02-2025 | Publicado en línea: 14-02-2025



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

Jaime Andrés Sosa Ojeda – Verónica Carrillo Martínez

JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA: UNA MIRADA A LA JUSTICIA PROPIA EN EL RESGUARDO INDÍGENA KANKUAMO.

Jaime Andrés Sosa Ojeda
Verónica Carrillo Martínez

I. Introducción

Las sociedades latinoamericanas contemporáneas están conformadas por una diversidad de cosmovisiones y pensamientos que convergen en un mismo territorio. Esta variedad de tradiciones étnicas es el resultado de la combinación de un pasado ancestral africano con las costumbres europeas. La llegada de los españoles y los africanos, y su posterior mestizaje con los pueblos nativos, dieron lugar al surgimiento de la diversidad étnica (Fajardo, 2020, p. 4). Por ejemplo, Colombia es un país pluricultural, “donde cohabitan más de 100 poblaciones indígenas, negras o afrocolombianas, raizales, palenqueras y comunidades Rom, reconocidas como pueblos gitanos” (Ministerio de Educación de Colombia, s.f.).

Dado el pluralismo social existente, las constituciones democráticas han buscado integrar a todos estos grupos y comunidades en la esfera política. Estas constituciones abiertas¹ se caracterizan por ser “una propuesta de soluciones a las coexistencias posibles” (Zagrebelsky, 1995, p. 14), en las que el proyecto político de un Estado se construye de abajo hacia arriba, ya que participan sujetos que representan a la sociedad en su conjunto. La Constitución Política de 1991 superó el proceso de “colombianización” o, en otros términos, la creación de un sujeto único colombiano que se inició con la promulgación de la Constitución de 1886 (Ramírez, 2007, p. 131).

En la Constitución Política de 1991 se permitió el reconocimiento del “otro”, a través de un acuerdo fundamental que culminó en un consenso entre los diferentes actores sociales. En el caso de las comunidades indígenas, su participación fue garantizada mediante la inclusión de dos constituyentes: Lorenzo Muelas y Francisco Rojas Birry, quienes abogaron por la apertura de espacios políticos para dichas comunidades (Londoño, 2017, p. 2). Su influencia, además, permitió la creación de la jurisdicción especial indígena, regulada en el artículo 246, que reconoce la autonomía de los pueblos indígenas para aplicar un sistema de derecho propio basados en sus usos y costumbres y procedimientos tradicionales.²

Ahora bien, cada comunidad indígena aplica su jurisdicción especial de acuerdo con su cultura ancestral específica. Por esta razón, no se puede afirmar que esta visión de la justicia es única e indivisible, ya que dependerá del pueblo en particular que la aplique. Una de las comunidades indígenas que habitan el territorio colombiano es la Kankuama, ubicada en el departamento del Cesar. Son conocidos como “los guardianes de la Sierra Nevada de

¹ Para Zagrebelsky (1995), las constituciones son abiertas cuando permiten, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competencia para asumir la dirección política, siendo ambas condiciones esenciales para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática (p. 14).

² Ver Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. (20 de abril de 2015). Sentencia T-208. [MP. Gloria Stella Ortiz Delgado].

Jaime Andrés Sosa Ojeda – Verónica Carrillo Martínez

Santa Marta” (ONIC, s.f., p. 2) y poseen un sistema de valores y creencias que les permite ejercer un control social efectivo entre sus miembros.

Si bien dentro del territorio ancestral existe la privación de libertad por la comisión de ciertos hechos reprochables, esta medida se reserva exclusivamente para faltas de gravedad intermedia³. No es la única sanción que persiste en su tradición, puesto que sus mandatos también regulan el pago de tributos, los pagamentos y las ofrendas a la Madre Naturaleza como formas de resarcir el daño ocasionado. En este contexto, las autoridades tradicionales son las encargadas de prescribir la sanción y asegurar su cumplimiento. De esta manera, el presente artículo pretende responder a la siguiente pregunta: ¿cómo se aplica la jurisdicción especial indígena en el Resguardo Indígena Kankuamo de Colombia, a partir de sus usos, costumbres y cultura?

La investigación se sustenta en un enfoque cualitativo de tipo etnográfico, de acuerdo con la perspectiva del texto. Según Martínez (1998), la etnografía es esencialmente una investigación idiográfica: “trata de comprender la complejidad estructural de una entidad concreta, de una situación específica, de un grupo o ambiente particular” (p. 14). Este artículo se centra en conocer cómo la comunidad indígena Kankuama ejerce la jurisdicción indígena dentro de su territorio, diferenciándose del proceso de persecución penal establecido por el aparato estatal. Además, busca exponer cómo se desdibujan nociones epistemológicas de prisión y castigo, máxime que no son comprendidas de la misma manera por los pueblos ancestrales.

El enfoque etnográfico resultó valioso para el presente escrito, ya que fue el resultado de un proceso de investigación desarrollado dentro del Resguardo Indígena Kankuamo.⁴ A través de la experiencia de campo y la interacción con la comunidad fue posible acceder a conocimientos sobre su justicia propia que no se encuentran documentados en libros académicos. En consecuencia, se logró una comprensión más profunda de su cosmovisión, basada en las comunicaciones personales sostenidas con diversas autoridades ancestrales.

Entre octubre y diciembre de 2024, la experiencia y la observación fueron vías clave para acceder a información sobre la organización de la comunidad, sus procesos y su percepción de la justicia. Algunas fuentes directas compartieron información de manera confidencial, por lo que no es posible citarlas expresamente, ya que este conocimiento se preserva exclusivamente en la tradición oral. En este contexto, la conexión vivencial con sus costumbres fue fundamental para comprender la aplicación de la jurisdicción especial indígena en esta comunidad.

Para lograr este objetivo, el texto se encuentra dividido de la siguiente manera: en el primer apartado, se identifica el concepto de diversidad étnica y como su reconocimiento implicó una transformación constitucional que culminó en la creación de la jurisdicción especial indígena y el fuero indígena. Seguidamente, el segundo apartado se concentra en la aplicación de la justicia propia en el Resguardo Indígena Kankuamo, partiendo de una

³ La gravedad de la conducta está determinada por el desequilibrio que genera en el territorio, la Madre Naturaleza y la comunidad. Algunos ejemplos típicos de faltas de gravedad intermedia incluyen hurto, lesiones personales, violencia intrafamiliar, injurias y calumnias, entre otros. En contraste, delitos de gravedad mayor como el homicidio son remitidos a la jurisdicción ordinaria, ya que se comprende que este tipo de conductas causan un daño irremediable al tejido social de la comunidad.

⁴ Incluso, la autora Verónica Carrillo Martínez es indígena y hace parte de la comunidad “Los Hátricos”, la cual pertenece al Resguardo Indígena Kankuamo.

Jaime Andrés Sosa Ojeda – Verónica Carrillo Martínez

contextualización del territorio y sus creencias, así como de la manera en que se construye la justicia dentro de la comunidad, las autoridades implicadas en la imposición de sanciones y el proceso sancionatorio que tiene lugar en los centros de armonización.⁵ Finalmente, se presentan algunas conclusiones.

II. Diversidad étnica como justificación de la jurisdicción especial indígena en Colombia

Las sociedades pluralistas actuales están conformadas por diversos grupos con intereses, cosmovisiones, ideologías y proyectos distintos (Bordieu, 2001). En estas sociedades dinámicas y cambiantes, se le asigna a la Constitución “no la tarea de establecer directamente un proyecto de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de esta” (Zagrebelky, 1995, p. 13). La naturaleza de las constituciones democráticas es permitir que todas las personas coexistan dentro de un mismo espacio territorial. Por ende, el derecho público debe aceptar la multiplicidad de formas de vida y producir normas conforme a los intereses de la población.

Colombia no es una sociedad global definida por valores colectivos estáticos, sino que, por el contrario, en su esencia confluyen diferentes culturas con principios específicos (Gutiérrez, 2011, p. 87). En el entorno social del Estado convergen contextos y sistemas sociales autónomos que, al integrarse, generan el concepto de Nación colombiana.⁶ Por lo tanto, no se puede partir de la idea de un hombre común o *sui generis*, debido al alto grado de relativismo que cohabita en el territorio nacional. La diversidad étnica o cultural se constituye como un elemento de facto que permite comprender estas realidades fluctuantes.

De acuerdo con Rouland (2000), la diversidad étnica “es la aceptación de la alteridad ligada al asentimiento de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental”. Esta aceptación jurídica se encuentra materializada en la Constitución Política de 1991, no solo en su parte dogmática, sino también en su composición orgánica. El constituyente primario estableció, a partir de una lectura integral de la Constitución, la obligación del Estado de proteger la diversidad (Ramírez, 2007, p. 140). Los artículos 1°, 7°, 8°, 9°, 10°, 13°, 19°, 63°, 68°, 70°, 72°, 96°, 171°, 246°, 286°, 329° y 357° reflejan este mandato de protección reforzada.⁷

Entre estas comunidades diversas se encuentran los pueblos indígenas, quienes pretenden mantener sus prácticas ancestrales a lo largo del tiempo, a pesar de ser minorías desde una perspectiva demográfica. Según el Departamento Administrativo Nacional de

⁵ En materia de privación de libertad, el centro de armonización y reflexión en la jurisdicción indígena cumple una función similar a la de una prisión en el sistema penitenciario y carcelario de Colombia. Para profundizar sobre este tema, véase Posada (2021).

⁶ En este artículo se asume el concepto de nación como una construcción histórico-política-cultural. Son aquellos valores que permiten imaginar que se hace parte de una comunidad delimitada. En la actualidad, se supera la concepción tradicional de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino (1998) en *Diccionario de Política*. Allí se advierte que la nación es “la ideología del estado burocrático centralizado”.

⁷ La Constitución Política de 1991 está compuesta por 13 títulos, 380 artículos y 67 artículos transitorios. De su integridad, 17 artículos regulan expresamente el reconocimiento de la diversidad y las salvaguardas que debe materializar el Estado en distintos ámbitos. Para los efectos del presente texto, el artículo 246 resulta preponderante, toda vez que establece la función jurisdiccional de las autoridades indígenas en sus respectivos territorios.

Jaime Andrés Sosa Ojeda – Verónica Carrillo Martínez

Estadística [DANE], en el 2018 el 4,4% de la población total de Colombia estaba conformada por personas indígenas, lo que representaba a 1.905.617 individuos pertenecientes a 115 pueblos (DANE, 2018, p. 8). Estos grupos han tenido que emprender luchas para lograr su reconocimiento, político, legal y constitucional, ya que desde la teoría del pluralismo jurídico clásico,⁸ eran concebidos como sujetos del derecho de los pueblos colonizados (Gutiérrez, 2011, p. 87).

En los contextos coloniales, el derecho hegemónico tenía la facultad de “aceptar la vigencia de los ‘usos y costumbres’ de los pueblos autóctonos, sometiendo su validez al respeto de los principios básicos del derecho oficial” (Engle-Merry et al., 2007). Por esta razón, la entrada en vigor de las constituciones contemporáneas se erigió como un escudo para la transformación histórica de estas colectividades. No obstante, esto no implica que las comunidades indígenas se hayan organizado y estructurado desde finales del siglo XX, sino que esta fecha marca un hito jurídico que garantiza su autodeterminación política, social y jurisdiccional.

Los derechos, el territorio, la organización social y política, las instituciones de control social y territorial y en general los sistemas judiciales de los indígenas, existen desde tiempos inmemorables heredados de los dioses y de la ley de origen de cada pueblo (Arbeláez de Tobón, 2004, p. 6).

Uno de los antecedentes⁹ más relevantes en el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas es el Convenio No. 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo [OIT]. En una investigación realizada por esta institución transnacional, se observó que los pueblos indígenas enfrentaban una situación de desigualdad en los Estados donde residían, lo que resultaba en discriminación étnica¹⁰. En este contexto, el espíritu de esta norma se centra en dos principios fundamentales: (i) el derecho de los pueblos indígenas a fortalecer sus formas de vida e instituciones propias y, (ii) el derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan (OIT, 2014, p. 8).

Del segundo principio, emerge el respeto por los métodos que tradicionalmente utilizan las comunidades para la represión de los delitos cometidos por sus miembros (jurisdicción especial indígena).¹¹ Este antecedente no sólo tuvo incidencia en la Constitución

⁸ De acuerdo con Gutiérrez (2011), la noción clásica de la teoría jurídica refiere al poder que tenía el centralismo de reconocer o no los derechos de los pueblos colonizados con base en la cláusula de repugnancia (p. 87). Esto quiere decir que las comunidades indígenas estaban limitadas jurídicamente por normas de “mejor nivel” que desfiguraban las prácticas ancestrales de un pueblo.

⁹ Si bien es cierto que para ese momento ya estaba en vigencia la Ley 89 de 1890, que reconocía la existencia de los cabildos y resguardos indígenas, también lo es que el espíritu de dicha norma era discriminatorio. Esta ley determinaba “la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”. En este contexto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-135 de 2017, con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, declaró la inexecutable del título normativo. La Corte argumentó que el legislador contravenía el principio de la dignidad humana al emplear expresiones lingüísticas peyorativas, tales como “salvaje”.

¹⁰ Ver convenio OIT N° 169 de 1989, *sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, art. 2.

¹¹ El artículo 8 del Convenio No. 169 de la OIT es de las primeras normas que implícitamente convienen en regular la jurisdicción especial indígena. Dicho artículo reza en los siguientes términos: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario (...)”.

Jaime Andrés Sosa Ojeda – Verónica Carrillo Martínez

Política de Colombia, sino que se fue expandiendo por todo Latinoamérica, máxime el multiculturalismo que pulula en esta región del mundo.

El reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural es uno de los cambios fundamentales que la mayor parte de los estados latinoamericanos ha experimentado en las últimas décadas. Una de sus manifestaciones jurídicas principales ha sido la incorporación de referencias explícitas a los indígenas en las constituciones latinoamericanas y en los ordenamientos jurídicos nacionales (Peña-Guzmán, 2007, p. 202).

II.1. Jurisdicción especial indígena y fuero indígena

Uno de los logros más trascendentales que introdujo la Constitución Política 1991 fue la creación de la jurisdicción especial indígena, regulada en el artículo 246 de la misma.¹² Este artículo reconoce la autonomía de las comunidades, permitiéndoles implantar sus normas, gestionar sus conflictos y contar con autoridades propias que las apliquen (Cardona, 2023, p.10). Según la Corte Suprema de Justicia de Colombia, “una de las causas del proceso constitucional de 1991 consistió en que la Constitución de 1886 era excluyente de diversas colectividades y fuerzas sociales, desposeídas de cauces institucionales para expresarse e incidir en las decisiones del Estado”.¹³

Un efecto necesario, entre otros, fue la participación política de los pueblos indígenas en este nuevo pacto fundacional, que derivó en su reconocimiento institucional. La inclusión de los derechos de los indígenas en la Constitución es de relevancia, ya que integra un reconocimiento tanto formal como material de su cultura. En cuanto a la configuración formal, la nueva Constitución otorgó validez al derecho indígena dentro del ordenamiento jurídico colombiano (Peña-Guzmán, 2007, p. 206). En su aspecto material, se concedió competencia jurisdiccional a sus autoridades, reafirmando su discrecionalidad para resolver conflictos comunitarios a través de sus tradiciones.

La jurisdicción especial indígena, si bien fue reconocida en la Constitución Política de 1991, ha sido desarrollada y precisada a lo largo de los años mediante la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Este cuerpo colegiado, además, ha establecido ciertos límites que deben respetarse para garantizar que las normas y procedimientos de los pueblos indígenas no vulneren derechos fundamentales ni contradigan principios básicos de la

¹² El artículo 246 de la Constitución Política de 1991 dispone expresamente que “las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”. Esta norma constitucional ha sido interpretada en providencias de control de constitucionalidad y revisión eventual de tutelas, tales como: Sentencia T-349 de 1996, T-030 de 2000, T-728 de 2002, T-552 de 2003, T-811 de 2004, C-1238 de 2004, T-617, 2010, C-463 de 2014, T-208 de 2015, entre otras. En la sentencia T-520 de 2010, la Corte Constitucional analizó la aplicación de la jurisdicción especial indígena. En este caso, el Consejo de Justicia Indígena del Resguardo Embera Chamí condenó a dos de sus integrantes a 30 años de reclusión en una prisión del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) por el homicidio de una persona, sin cumplir los principios procesales establecidos en la Constitución Política de 1991. En su decisión, la Corte ordenó garantizar el debido proceso de los indígenas y dispuso que su “castigo” se cumpliera dentro de la comunidad, con el fin de evitar un proceso de “aculturación”.

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (08 de noviembre de 2011). Sentencia SP 34461. [MP. Javier Zapata Ortiz].

Jaime Andrés Sosa Ojeda – Verónica Carrillo Martínez

Constitución.¹⁴ En otras palabras, la ejecución jurisdiccional de estas comunidades debe ser congruente con los postulados filosóficos que dispuso el constituyente originario,¹⁵ así como un núcleo pétreo de los derechos humanos.

La anterior lectura de los límites constitucionales amplió el panorama que existía al respecto de la jurisdicción especial indígena. Si bien es importante reconocer la autonomía de los pueblos ancestrales, también es necesario asegurar el respeto de los derechos fundamentales que se consagraron en la Constitución Política de 1991. Así, se busca una armonía entre los principios del constituyente y las visiones de las personas indígenas.¹⁶ Mientras las restricciones no conduzcan al dominio de un grupo sobre otro o a la opresión de un grupo sobre sus miembros, conviene indicar que los límites son adecuados (Kymlicka, 1996, p. 122).

A partir de esta concepción integral del artículo 246 superior, la Corte Constitucional argumentó que los resguardos, sus autoridades, y los miembros de los pueblos indígenas deben ser reconocidos como: (i) sujetos de derechos y agentes de acción política, superando la visión paternalista de la otredad, en la que se reducía al ser humano que era diferente a la mayoría social;¹⁷ y (ii) que su autonomía recibe protección constitucional en lo que respecta a la administración de sus costumbres. De acuerdo con De Sousa Santos y García Villegas (2001), estos dos reconocimientos se constituyen en un camino adecuado para la transmisión de los valores culturales dentro de la colectividad indígena.

La Corte Constitucional reconoce dos aspectos esenciales de la jurisdicción especial indígena: uno colectivo, que abarca a toda la comunidad y se encarga de salvaguardar la diversidad étnica y cultural; y otro individual, conocido como fuero especial indígena, del cual son titulares todas las personas que se autoidentifican como indígenas.¹⁸ Desde el 2003, la Corte ha distinguido estas dos instituciones jurídicas, reconociendo su relación de complementariedad, aunque con alcances y significados distintos.¹⁹

La jurisdicción especial indígena comporta cinco elementos que deben manifestarse para su adecuado ejercicio en la realidad. Sin la expresión de estos principios, las autoridades tradicionales perderían la competencia para intervenir en un caso particular. Por lo tanto, es fundamental que el proceso interno de las comunidades incluya: (i) un elemento humano, (ii) un componente orgánico, (iii) una estructura normativa, (iv) un ámbito geográfico y (v) un

¹⁴ Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. (10 de agosto de 2011). Sentencia T-601. [MP. Jorge Iván Palacio Palacio].

¹⁵ Dentro de esos límites se encuentra el derecho al debido proceso y defensa, derecho a la vida, la prohibición de tortura y esclavitud, el principio de legalidad en materia penal, entre otros. Algunos críticos jurídicos como Londoño (2009), consideran que estos pesos y contra frenos son amplios e indeterminados, además que nacen del exterior de la cultura indígena; por lo que sería una imposición a su cosmovisión. Sin embargo, no es la intención de este artículo disertar sobre esta cuestión.

¹⁶ Ver Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. (24 de marzo de 2021). Sentencia T-072. [MP. José Fernando Reyes Cuartas].

¹⁷ Según Mutua (1996), las personas indígenas fueron históricamente relegadas a una condición de menores de edad bajo la tutela de comunidades religiosas. Esta visión se fundamentaba en una segregación social sustentada en criterios que surgieron de la ficción de “normalidad”, donde quienes se percibían como diferentes del resto de la población eran considerados inferiores y, por lo tanto, merecedores de un trato desigual.

¹⁸ Ver Corte Constitucional, Sentencia T-921 de 2013.

¹⁹ Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. (10 de julio de 2003). Sentencia T-552. [MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil].

Jaime Andrés Sosa Ojeda – Verónica Carrillo Martínez

factor de congruencia.²⁰ Cualquier territorio ancestral de Colombia que pretenda ejercer justicia propia debe cumplir con la ratificación sustancial y formal de estos principios.

En primer lugar, el elemento humano se refiere a la existencia de un grupo étnicamente diferenciado con una identidad cultural bien definida.²¹ El componente orgánico, por su parte, alude a la presencia de autoridades tradicionales que ejercen funciones de control social en sus comunidades. Muchos colectivos indígenas cuentan con una estructura organizacional de carácter político, social y jurídico, por lo que este principio define quiénes cumplen funciones jurisdiccionales (Uribe, 2015). En cuanto a la estructura normativa, cada comunidad debe regirse “por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental”.²²

Seguidamente, el ámbito geográfico establece que la jurisdicción se ejerce, en principio, dentro del territorio de la comunidad, aunque puede extenderse bajo ciertos supuestos²³ (Iglesias, 2023, p. 430). El artículo 329 de la Constitución Política de 1991 estipula que los territorios indígenas son delimitados por el gobierno, con participación de las comunidades. Por último, el factor de congruencia indica que el orden jurídico tradicional de estas culturas no puede contradecir las disposiciones de la Constitución y la ley.²⁴ De esta manera, la aplicación de la jurisdicción especial está condicionada por el cumplimiento de estos principios.²⁵

Ahora bien, el fuero indígena se concibe como un derecho subjetivo destinado a proteger la conciencia étnica del individuo, garantizando la vigencia de un derecho penal

²⁰ Ver Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. (9 de mayo de 2011). Sentencia T-364. [MP. Nelson Pinilla Pinilla].

²¹ Este elemento es preponderante en sociedades multiculturales. Cada comunidad indígena en el territorio colombiano tiene una cosmovisión propia que la diferencia de las demás. Por ejemplo, el resguardo indígena Kankuamo presenta una perspectiva distinta en comparación con la comunidad Kogui. En este sentido, el ejercicio de la jurisdicción especial no puede sustentarse en un enfoque universal, sino que, por el contrario, debe respetar y considerar las particularidades de cada resguardo.

²² Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. (9 de mayo de 2011). Sentencia T-364. [MP. Nelson Pinilla Pinilla].

²³ En la Sentencia T-496 de 1996, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional precisó que “no es cierto que la actividad de las jurisdicciones indígenas esté condicionada a que hayan ocurrido los hechos dentro de su ámbito territorial”. En este contexto, es necesario ponderar el aspecto geográfico junto con el elemento humano, considerando factores como “el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura dominante, la afectación del individuo frente a la sanción”. Por lo tanto, cuando se presente un conflicto de competencias, el juez deberá motivar su decisión no solo en la localización territorial de los hechos, sino también en el aspecto subjetivo de la conducta. Sin embargo, autores como Stephens (2015), proponen la superación del paradigma “integracionista”, toda vez que generarían una mayor discriminación negativa a los miembros que han sido apartados de su comunidad por razones ajenas a su voluntad.

²⁴ Estos criterios, establecidos por la Corte Constitucional, han sido ratificados en múltiples decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Entre estas se destacan las sentencias SP34461 del 8 de noviembre de 2011, SP39444 del 13 de febrero de 2013, SP42287 del 12 de marzo de 2014.

²⁵ Según Iglesias (2023), la exigencia de estos principios es compleja, ya que, aunque parecen criterios inmutables, en la práctica resulta difícil aplicarlos (p. 430). En cuanto al elemento humano y el componente orgánico, la autora señala que su interpretación está llena de matices, lo que implica cierta flexibilidad en su comprensión. En contraste, los otros principios se presentan más como límites a la implementación de la jurisdicción especial indígena, lo que les otorga un carácter más rígido en su aplicación.

Jaime Andrés Sosa Ojeda – Verónica Carrillo Martínez

culpabilista.²⁶ Además, actúa como una garantía institucional de la diversidad cultural, permitiendo el ejercicio de la jurisdicción indígena.²⁷ Este fuero está compuesto por cuatro elementos que deben ser verificados en cada caso concreto: (i) el elemento personal, (ii) el elemento territorial, (iii) el elemento institucional u orgánico y, por último, (iv) el elemento objetivo.²⁸

El elemento personal establece que el acusado de un hecho punible o socialmente perjudicial debe pertenecer a una comunidad indígena. A partir de esto, se distinguen dos escenarios: el primero es que la conducta esté sancionada exclusivamente por el ordenamiento jurídico nacional, en cuyo caso los jueces ordinarios serán, en principio, los competentes para conocer el caso. El segundo escenario ocurre cuando la conducta es sancionada tanto por la jurisdicción indígena como por la ordinaria. En este caso, se debe tener en cuenta tanto la conciencia étnica del acusado como el grado de aislamiento de la comunidad a la que pertenece.

Según Stephens (2015), el elemento personal del fuero indígena requiere un proceso de contextualización más profundo, especialmente en el caso de indígenas que se trasladan a la ciudad. La marginación y la discriminación que experimentan en estos contextos los lleva a rechazar conscientemente su autoidentificación étnica. En este sentido, se hace necesario un proceso de “peritaje cultural” para abordar este fenómeno (Iglesias, 2023, p. 431). Como señala Stephens, “algunas evidencias sugieren que este estigma puede hacer que los pueblos indígenas empiecen a considerar que ellos mismos y sus diferencias físicas son un problema” (2015, p. 59).

El elemento territorial del fuero indígena señala que cada comunidad tiene la capacidad de aplicar sus usos y costumbres dentro de su propio territorio, el cual se interpreta bajo dos criterios principales: uno geográfico y otro cultural (Cardona, 2023, p. 12). El criterio geográfico se refiere al espacio físico donde se desarrolla la vida social de la comunidad, mientras que el criterio cultural aborda la interpretación simbólica y espiritual que la comunidad otorga al territorio que habita. Este aspecto cultural tiene un carácter expansivo, ya que permite que hechos ocurridos fuera del territorio, pero que afecten a la comunidad, puedan ser remitidos a sus autoridades para su resolución.²⁹

²⁶ En el derecho penal culpabilista, la exigencia de culpabilidad limita el poder punitivo, pues sólo puede sancionarse a quien haya actuado culpablemente (Corte Constitucional, Sentencia C-370, 2002).

²⁷ Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. (10 de julio de 2003). Sentencia T-552. [MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil].

²⁸ Aunque los elementos del fuero indígena pueden parecer similares a los de la jurisdicción especial indígena, su alcance y contenido son diferentes. La Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SP15508 de 2015, aclaró que “no basta con verificar los elementos de la jurisdicción especial, sino también aquellos que componen el fuero”. Esto es importante para contar con una mayor claridad que permita determinar en cada caso si un asunto particular debe ser resuelto por las autoridades indígenas.

²⁹ Colmenares (2005) señala que los problemas que surjan fuera del ámbito geográfico de la comunidad indígena pueden ser atendidos por la jurisdicción especial indígena cuando se cumplan ciertas condiciones: “que los conflictos involucren únicamente a indígenas, no tengan carácter penal, no afecten los derechos de terceros no indígenas, y la jurisdicción indígena decida asumir el caso” (Colmenares, 2005, p. 104). Este autor resalta la proyección extraterritorial de dicha jurisdicción, subrayando que, en estos supuestos, las normas, usos y costumbres indígenas son las que deben resolver la controversia.

Jaime Andrés Sosa Ojeda – Verónica Carrillo Martínez

Seguidamente, se encuentra el componente institucional u orgánico, que se refiere a la existencia de una estructura institucional dentro de la comunidad. Esta estructura está fundamentada en su derecho propio, su ley de origen y el derecho mayor, así como en los procedimientos que son conocidos y aceptados por la comunidad. En este sentido, el componente institucional implica un concepto amplio de nocividad social y relaciones de coerción ejercidas por las autoridades comunitarias (Cardona, 2023, p. 12). Además, este elemento se basa en tres criterios de interpretación: (i) la institucionalidad como condición necesaria para garantizar el derecho al debido proceso, (ii) la preservación de sus tradiciones en la resolución de conflictos, y (iii) la protección de los derechos de las víctimas (Rueda, 2008).

Finalmente, en cuarto lugar, se halla el elemento objetivo, que se refiere a la naturaleza del bien jurídico protegido. En este sentido, es necesario evaluar en cada caso concreto si el interés en cuestión pertenece a una comunidad indígena específica o a la sociedad mayoritaria.³⁰ Así, tras haber proporcionado un contexto general sobre la jurisdicción especial indígena en el marco del ordenamiento jurídico colombiano, se procederá a describir la aplicación de la justicia propia en materia de sanciones al interior del Resguardo Indígena Kankuamo.

*III. Justicia propia en el Resguardo Indígena Kankuamo.*³¹

El resguardo indígena Kankuamo está ubicado en el departamento del Cesar y abarca una extensión de 397.945 hectáreas. Este territorio está dividido en 47 comunidades, donde los Kankuamos, junto con los Kogui, Arhuacos y Wiwa, se encargan de proteger tanto su territorio ancestral como la Sierra Nevada de Santa Marta (Carrillo, comunicación personal, 9 de octubre de 2024). Estos pueblos comparten, además, una rica cultura, tradición, historia ancestral y una cosmovisión común del mundo.

Los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada están comprometidos con la preservación del equilibrio natural de la región y la continuidad de sus tradiciones. Según la tradición oral indígena, “los Kankuamos son los guardianes de la Sierra, mientras que los otros tres pueblos son los guardianes de la tradición” (Mayor Isaac Gutiérrez, comunicación personal, 6 de octubre de 2024). Desde su cosmovisión, la Sierra Nevada es concebida como una gran mesa, donde cada pueblo indígena es una “pata”.³² Si alguna de estas patas falta, se genera un desequilibrio. Esta visión tiene una profunda dimensión espiritual y ancestral. Los “Mamos” de las otras comunidades, quienes son las autoridades espirituales y lideran la organización social, reconocen a los Kankuamos como la pata faltante que es esencial para mantener el equilibrio de la Sierra.

³⁰ Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. (11 de enero de 2012). Sentencia T-002. [MP. Juan Carlos Henao Pérez].

³¹ La información expuesta en este apartado está sustentada en el Plan Propio del pueblo indígena Kankuamo (2014) y en conversaciones presenciales y virtuales que se tuvieron con sus autoridades (mayores, asesores y mamos).

³² De acuerdo con el Diccionario de la Real Lengua Española (2024), refiere a: pie, pierna o extremidad de una persona, animal o cosa.

Jaime Andrés Sosa Ojeda – Verónica Carrillo Martínez

Según la Organización Nacional de Indígenas de Colombia –en adelante ONIC-, los Kankuamos representan el 0,91% de la población indígena del país³³. Asimismo, cuentan con un plan propio que se fundamenta en la Ley de Origen compartida por los cuatro pueblos ancestrales de la Sierra Nevada de Santa Marta. El plan es la base principal de su existencia y se centra en la espiritualidad y la manifestación de la vida, con el fin de mantener un orden y equilibrio natural sobre todo lo que existe. El proceso de consolidación de este plan tiene como objetivo seguir el camino trazado por los ancestros en la protección física y espiritual de la Madre Naturaleza. Además, busca establecer pautas claras para el relacionamiento, la interlocución y la intervención externa con otros pueblos indígenas (Cabildo Indígena Resguardo Kankuamo, 2014, p. 5).

Así, el plan propio actúa como un instrumento fundamental para comprender la cosmovisión del pueblo Kankuamo y su gobierno interno. En su contenido, se destaca que el mandato central que orienta sus vidas es: “guardarse en el ordenamiento ancestral y conservar el estado originario y cultural” (Cabildo Indígena Resguardo Kankuamo, 2014, p. 7). En este sentido, la Madre Naturaleza ocupa un lugar central en la concepción social de esta comunidad indígena, ya que su interconexión con el entorno es considerada pilar esencial para mantener el equilibrio y la armonía dentro de su cultura.

La estructura del gobierno interno de los Kankuamos se organiza en torno a tres elementos clave: (i) los principios de organización espiritual, (ii) el orden material del territorio, y (iii) el conocimiento, la responsabilidad y el cumplimiento de normas. Para ellos, el territorio es considerado sagrado porque está vinculado directamente a la Madre Naturaleza, lo que implica que se deben respetar los espacios y sitios espirituales para preservar su cultura. Además, el gobierno propio busca que se cumplan los mandatos tradicionales del pueblo Kankuamo, los cuales están íntimamente relacionados con su territorio, ya que en él se concretan y se perpetúan.

Ahora bien, la ley de origen es el principio fundamental que establece las normas y procedimientos necesarios para el cuidado y la protección tanto del territorio como del universo. Es transmitida a los indígenas Kankuamos como un legado ancestral que adquieren desde antes de su nacimiento y los acompaña a lo largo de toda su vida, incluso más allá de la muerte. Este legado está profundamente entrelazado con la vida espiritual y cultural del pueblo Kankuamo, orientando su existencia a través de cuatro ciclos vitales fundamentales: el bautizo, la entrega del poporo,³⁴ el matrimonio y la mortuoria.³⁵ Cada uno de estos ciclos

³³ El Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia (DANE) realizó esta caracterización para el año 2005. No obstante, a la fecha no se ha realizado otro censo estadístico que permita conocer la densidad demográfica de esta población indígena.

³⁴ La entrega del poporo es un acto simbólico reservado exclusivamente para los hombres de la comunidad indígena. Durante este ritual, se les otorga un calabazo seco, que representa tanto la autoridad como el bastón de mando, simbolizando la responsabilidad que deben asumir hacia la comunidad. Su uso cotidiano es esencial, ya que el poporo no solo es un instrumento cultural, sino que también, de manera simbólica, representa a la mujer, lo que justifica que únicamente los hombres puedan portarlo dentro de la tradición indígena.

³⁵ La mortuoria es una ceremonia religiosa que se lleva a cabo cuando una persona fallece. Esta se realiza en espacios tradicionales sagrados, donde la comunidad se reúne para despedir al fallecido, siguiendo los rituales ancestrales. Durante la ceremonia, se rinde homenaje al espíritu del difunto y se busca asegurar su transición armoniosa hacia el mundo espiritual, en concordancia con las creencias y costumbres de la comunidad.

Jaime Andrés Sosa Ojeda – Verónica Carrillo Martínez

es observado y llevado a cabo bajo los mandatos de los Mamos y los mayores tradicionales (comunicación personal, 9 de octubre de 2024).

Todas estas costumbres delimitan el ejercicio de la justicia propia en el resguardo indígena Kankuamo, toda vez que las faltas se constituyen como una afectación a la Madre Naturaleza, lo que compromete la armonía y el equilibrio fundamental de la comunidad. La concepción de justicia de los indígenas kankuamos se articula como un proceso destinado a preservar el orden y el equilibrio, y está regulada en una ley de origen que trasciende de la mera reparación del daño individual (Mayor Gutiérrez, comunicación personal, 9 de octubre de 2024). Este enfoque sancionatorio de los Kankuamos busca restaurar no solo la integridad de la persona que comete la falta, sino también la del entorno que la rodea, asegurando así el restablecimiento de la armonía.

En consecuencia, quien comete una falta³⁶ debe reconocerla y aceptarla ante toda su comunidad. Posteriormente, tiene que asumir un compromiso con los miembros de su resguardo para reflexionar sobre sus acciones. De este modo, se espera que contribuya activamente a la restauración del equilibrio y la armonía. Para los Kankuamos, existen diversos tipos de sanciones, y la aplicación de una u otra dependerá de un estudio minucioso de cada caso concreto. La imposición de la sanción está a cargo de los mayores, quienes actúan como el órgano consultivo, legislativo y asesor en la aplicación de justicia, así como de los Mamos, quienes son líderes espirituales y portadores de la sabiduría ancestral. Estos últimos también desempeñan funciones de orientación tradicional.

Los Mamos y los Mayores tienen la responsabilidad de examinar cada situación y de establecer la sanción correspondiente para quien comete una falta o delito. El primer paso en este proceso consiste en hacer un llamado a la persona involucrada para ofrecerle consejo y ayudarla a reconocer que su conducta fue inadecuada. A partir de esta reflexión, se le orienta sobre la necesidad de cumplir con las orientaciones tradicionales y espirituales que posibilitarán su sanación y la reparación del daño causado (Mayor Gutiérrez, comunicación personal, 9 de octubre de 2024). Adicionalmente, deberá realizar trabajos comunitarios que no solo contribuirán a su proceso de armonización y reflexión, sino que también permitirán que la comunidad le ofrezca orientación y apoyo en su proceso de restauración.

Si bien dentro del territorio ancestral existe la privación de libertad en un establecimiento denominado “Centro de Armonización y Reflexión”, esta medida está reservada únicamente para ciertas faltas consideradas de gravedad intermedia. Por ejemplo, cuando un individuo agrede física o psicológicamente a otro miembro de su núcleo familiar, lo cual en la jurisdicción ordinaria se tipifica como delito de violencia intrafamiliar (artículo 229 del Código Penal), o cuando un sujeto hace declaraciones encaminadas a dañar el buen nombre de otra persona, lo que se tipifica como injuria (artículo 220 del Código Penal).

Durante su estancia en este Centro, la persona que comete la falta debe realizar trabajos tradicionales, como tejer mochilas, bajo la supervisión de los mayores. Esto fomenta un proceso de reflexión auténtica y contribuye a su armonización personal y comunitaria. Este enfoque podría compararse con el concepto de tratamiento penitenciario en la cultura occidental. Además de lo anterior, existen otras sanciones accesorias, como el pago de

³⁶ Según el Cabildo Gobernador Jaime Luis de la comunidad indígena Kankuamo, la noción de falta es concebida como “desarmonía” a lo colectivo.

Jaime Andrés Sosa Ojeda – Verónica Carrillo Martínez

tributos, pagamentos y ofrendas a la Madre Naturaleza, que se imponen de conformidad con las particularidades del caso concreto.

El Centro de Armonización y Reflexión se asemeja a celdas, consistiendo en pequeños cubículos que cuentan con una cama de cemento y un baño para cubrir las necesidades básicas (Carrillo, comunicación personal, 9 de octubre de 2024). Durante la estancia de los internos, se garantiza el derecho a recibir visitas de sus familiares, quienes pueden llevarles alimentos, aunque estos deben permanecer separados de quienes están en el exterior. En estos espacios, no existe la noción de hacinamiento, ya que cada cubículo está destinado exclusivamente para la reclusión de una sola persona, asegurando condiciones dignas durante el proceso de armonización.

El tiempo mínimo de permanencia en el Centro de Armonización es de un día, mientras que el máximo es de cuatro días. La culminación de la sanción se alcanza una vez que la persona ha completado su tiempo en el Centro y procede a realizar trabajo comunitario, como, por ejemplo, la adecuación de carreteras en mal estado. Este enfoque busca no sólo la reintegración social, sino también el fortalecimiento del tejido comunitario.

Sin embargo, en casos donde el daño causado o la falta cometida sean considerados de mayor gravedad, el Consejo de Mayores podría decidir extender la permanencia en el Centro de Armonización y Reflexión hasta dos semanas (Carrillo, comunicación personal, 9 de octubre de 2024). Esta decisión se tomaría en función de la gravedad del caso y de los antecedentes del infractor dentro de la jurisdicción especial indígena. Adicionalmente, cuando los casos versen sobre delitos como el homicidio, la comunidad remitirá a los presuntos responsables a la jurisdicción ordinaria, asegurando así que se apliquen las medidas adecuadas según la naturaleza del delito cometido.

En este contexto, el fuero indígena desempeña un papel crucial cuando un miembro de la comunidad indígena comete una falta que puede ser sancionada tanto por la jurisdicción ordinaria como por las autoridades tradicionales. ¿Qué sucede si, fuera del resguardo, un indígena Kankuamo lesiona a otra persona de la comunidad? La respuesta más adecuada sería que, en caso de ser aplicable, la sanción se ejecute en el Centro de Armonización y Reflexión y no en un establecimiento penitenciario, dado que el factor territorial trasciende su interpretación literal para abarcar su composición cultural. Cuando la comunidad se vea afectada, prevalecerá la jurisdicción especial indígena.

Lo anterior muestra las diversas formas de aplicación de sanciones en el territorio. Sin su implementación integral no se podría promover la rehabilitación del infractor, facilitar su proceso de reflexión y restablecer el equilibrio comunitario, además de fomentar la sanación tanto del individuo como de la comunidad en su conjunto. Por todo lo anterior, reconocer los derechos de las comunidades indígenas y su propia visión de la justicia permite desplazar el paradigma único de la administración de justicia estatal. En un país donde “cabem todos”, es necesario fortalecer los procesos comunitarios étnicos que faciliten la aplicación de la jurisdicción especial indígena.

IV. Conclusiones

El reconocimiento de las comunidades indígenas en Colombia ha atravesado una transformación histórica. Mientras que la Constitución Política de 1886 no contemplaba la integración de una cultura distinta a la mayoritaria, la Constitución de 1991 reconoció y valoró

Jaime Andrés Sosa Ojeda – Verónica Carrillo Martínez

la diversidad étnica presente en el país. La aceptación y protección de la “otredad” no fue una iniciativa promovida exclusivamente por el Estado colombiano, sino que surgió transnacionalmente en respuesta a las demandas constantes de las autoridades y líderes indígenas. No obstante, este cambio representó un giro positivo en la consolidación del pluralismo jurídico en Colombia.

El artículo 246 de la Constitución de Colombia materializa esta integración social al autorizar a los pueblos ancestrales a ejercer funciones jurisdiccionales conforme a sus propias normas y procedimientos. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido cinco elementos esenciales que delimitan el alcance y contenido de esta jurisdicción especial. Cualquier comunidad indígena en territorio ancestral que pretenda ejercer su propia justicia debe cumplir con la ratificación sustancial y formal de estos principios.

Primero, el elemento humano define la existencia de un grupo étnico diferenciado; segundo, el componente orgánico alude a la presencia de autoridades tradicionales; tercero, la estructura normativa establece que es necesario contar con un sistema jurídico sustancial y procedimental que contemple las costumbres ancestrales; cuarto, el ámbito geográfico delimita que la jurisdicción debe ejercerse dentro del territorio indígena o, subsidiariamente, que afecte directamente y culturalmente a la comunidad; quinto, el factor de congruencia indica que el orden jurídico indígena no puede sobrepasar los límites de la Constitución y la ley.

La jurisdicción especial indígena se compone, además, de una dimensión individual conocida como fuero indígena, cuyo objetivo es limitar la jurisdicción ordinaria en casos en los que ambas cosmovisiones puedan imponer sanciones. El pueblo Kankuamo es uno de los múltiples resguardos ancestrales que habitan en Colombia. Su control social se ejerce para proteger su plan propio, la ley de origen, su territorio y la Madre Naturaleza. Si lo más sagrado de su cosmovisión es la interconexión con su entorno, la imposición de sanciones funge como un correctivo que repara el tejido social que se quiebra debido a una falta cometida.

Si bien se puede privar de la libertad en un Centro de Armonización y Reflexión, esta medida está reservada para delitos más graves. El tiempo de permanencia es de uno a cuatro días; no obstante, puede ser prorrogado por hasta dos semanas si así lo considera el Consejo de Mayores. En su aspecto estructural, el Centro se asemeja a la visión tradicional de una prisión, ya que utiliza un espacio cerrado tipo celdas que permite la reflexión interior del individuo, acompañado de trabajos tradicionales, como tejer mochilas. De esta forma, la aplicación de la justicia propia por parte de la comunidad Kankuama refleja una percepción diversa de la sanción y la privación de libertad a la que se considera en las sociedades mayoritarias.

Referencias

- Arbeláez de Tobón, L. (2004). *La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el Sistema Judicial Nacional*. Consejo Superior de la Judicatura.
- Bobbio, N., Matteucci, N., Pasquino, G. (1998). *Nación. Diccionario de Política* (11ª. Ed.). Siglo Veintiuno Editores.

Jaime Andrés Sosa Ojeda – Verónica Carrillo Martínez

- Bordieu, P. (2001). La fuerza del derecho: elementos para una sociología del campo jurídico. En A. García Inda (Coord.), *Poder, derecho y clases sociales* (pp. 165-223). Editorial Desclee de Brouwer.
- Cabildo Indígena Resguardo Kankuamo. (2014). *Plan propio del pueblo indígena Kankuamo*. Territorio Ancestral – Sierra Nevada de Santa Marta.
- Cardona, V. (2023). *Justicia propia en el Territorio Ancestral Indígena de San Lorenzo* (Trabajo de grado). Universidad de Antioquia. Repositorio Institucional UdeA. <https://bibliotecadigital.udea.edu.co/handle/10495/34343>
- Colmenares, R. (2005). El derecho consuetudinario en Venezuela: Balance y perspectivas. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 41, 83-118. <https://repositorio.iidh.ed.cr/items/c891dd1d-ccfb-4653-8191-507d8215eef5>
- De Sousa-Santos, B., García-Villegas, M. (2001). *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Siglo de Hombre Editores.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE]. (2018). *Población indígena de Colombia. Resultados Censo Nacional de Población y Vivienda 2018*. Gobierno Colombia. <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-etnicos/presentacion-grupos-etnicos-2019.pdf>
- Engle-Merry, S., Griffiths, J., Tamanaha, B. (2007). *Pluralismo Jurídico*. Siglo de Hombre Editores.
- Fajardo, L. (2020). La multiculturalidad como obstáculo para hallar una identidad nacional colombiana. *El libre pensador*. <https://librepensador.uexternado.edu.co/la-multiculturalidad-como-obstaculo-para-hallar-una-identidad-nacional-colombiana/>
- Gutiérrez, M. (2011). Pluralismo jurídico y cultural en Colombia. *Estado de Derecho*, 26, 85-105. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/2880/2522>
- Iglesias, M. (2023). Algunas notas sobre el fuero indígena y la jurisdicción especial indígena. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 15(1), 422-441. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/7547>
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Paidós.
- Londoño, B. (2017). La Constitución de 1991 y los indígenas. En *La red cultural del Banco de la República en Colombia*. <https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-146/la-constitucion-de-1991-y-los-indigenas>
- Londoño, H. (2009). La jurisdicción penal y el fuero indígenas en Colombia: su vigencia material como consecuencia del conflicto político armado y de los límites impuestos por los derechos humanos. *Nuevo Foro Penal*, 5(73), 70-137. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1870>
- Martínez, M. (1998). *La investigación cualitativa etnográfica en educación: manual teórico-práctico* (3ª Ed.). Trillas.
- Ministerio de Educación de Colombia. (s.f.). *Guía del Sistema Educativo de Colombia*. <https://acortar.link/j9kLXd>
- Mutua, M. (1996). Limitation on religious rights: Problematizing religious freedom in the Africa contexto. En J. Van deer Vyter y J. White (Eds.), *Religious human rights in global perspective. Legal perspective* (pp. 411-440), Martinus Pub.

Jaime Andrés Sosa Ojeda – Verónica Carrillo Martínez

- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (2014). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Oficina Regional para América Latina y el Caribe.
- Organización Nacional Indígena de Colombia [ONIC]. (s.f.). *Kankuamo*. <https://www.onic.org.co/pueblos/1109-kankuamo>
- Peña-Guzmán, M. (2007). Los desafíos del reconocimiento del derecho indígena: estudio del caso colombiano. *Boletín de Antropología*, 21(38), 201-226. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=55703810>
- Posada, J. (2021). Sistema Penitenciario y Carcelario en Colombia. En M. Fuchs y L. González (Dirs.) *Sistemas penitenciarios y ejecución penal en América Latina. Una mirada regional y opciones de abordaje*. Tirant lo Blanch.
- Ramírez, A. (2007). La etno-constitución de 1991: criterios para determinar derechos comunitarios étnicos indígenas. *Estudios Socio-jurídicos*, 9(1), 130-153. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/333>
- Rouland, N. (2000). *L'Anthropologie juridique*. Editorial Presses Universitaires de France.
- Rueda, C. (2008). El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena dentro del sistema judicial nacional en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 10(1), 339-374. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/356>
- Stephens, C. (2015). The indigenous experience of urbanization. En C. Soderbergh (Ed.), *State of the World's Minorities and Indigenous People. Minority Rights Watch International* (pp. 54-61). Peter Grant.
- Uribe, J. (2015). Organizaciones indígenas, acción política y formas de representación evangélica en San Cristóbal de las Casas. *Polis*, 11(2), 119-150. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5646047>
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Trotta.

Resoluciones judiciales

- Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. (10 de julio de 2003). Sentencia T-552. [MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. (9 de mayo de 2011). Sentencia T-364. [MP. Nelson Pinilla Pinilla].
- Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. (10 de agosto de 2011). Sentencia T-601. [MP. Jorge Iván Palacio Palacio].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (08 de noviembre de 2011). Sentencia SP 34461. [MP. Javier Zapata Ortiz].
- Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. (11 de enero de 2012). Sentencia T-002. [MP. Juan Carlos Henao Pérez].
- Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. (20 de abril de 2015). Sentencia T-208. [MP. Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Corte Constitucional. Sala Plena. (1 de marzo de 2017). Sentencia C-135. [MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. (24 de marzo de 2021). Sentencia T-072. [MP. José Fernando Reyes Cuartas].

Jaime Andrés Sosa Ojeda – Verónica Carrillo Martínez

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (11 de noviembre de 2015). Sentencia SP 15508. [MP. Fernando Alberto Castro Caballero].

Juan Matías Bongiovanni

LA ALQUIMIA DE LOS PRESOS EN LA EDUCACIÓN. UNA MIRADA A LAS EXPERIENCIAS FORMATIVAS EN TALLERES DE EDUCACIÓN NO FORMAL DE FILOSOFÍA EN CONTEXTOS DE CARCELARIOS. DESAFÍOS Y POTENCIALIDADES.

JUAN MATÍAS BONGIOVANNI (Universidad Nacional de La Plata, Argentina)
bongiojm@hotmail.com

Resumen: El presente artículo surge del análisis de mis experiencias como docente detenido en la educación para jóvenes y adultos en el contexto de encierro punitivo en el taller "Filosofía para la Libertad", que está encuadrado en la educación no formal, y que se imparte desde hace tres años en una Unidad en la provincia de Buenos Aires. La propuesta tiene una duración de seis meses y cuenta con el respaldo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de esta provincia. Este escrito está en el marco de una investigación de una maestría en educación que estoy realizando y se focaliza en las bases teóricas que fundamentan dicho taller.

El taller es impartido por mi como docente - detenido, lo que me permite combinar la experiencia de ser compañero con la de ser educador. Está basado en el concepto de la educación como un derecho que subjetiviza y da espacio a las voces a las personas, más allá de su situación particular. El método utilizado es la autoetnografía, que es un enfoque de investigación y escritura que busca describir y analizar sistemáticamente la experiencia personal con el fin de comprender la experiencia; a través de la creación de un texto altamente personalizado en donde el investigador cuenta relatos sobre su propia experiencia vivida. (Luévano Martínez, 2016)

Palabras clave: educación no formal en contexto de encierro punitivo; educación para jóvenes y adultos; voces; cuerpos punibilizados; experiencia filosófica; autoetnografía

Abstract: This article arises from the analysis of my experiences as a university professor detained in education for young people and adults in the context of punitive confinement, in the workshop 'Philosophy for Freedom', which is framed in non-formal education, and which has been taught for three years in a penitentiary of Buenos Aires province. The length of this proposal is six months and is supported by the Ministry of Justice and Human Rights of this province. This paper is part of a research project for a master's degree in education that I am carrying out and focuses on the theoretical foundations of the workshop.

The workshop is taught by me as an university professor detained, which allows me to combine the experience of being a mate with that of being an educator. It is based on the concept of education as a right that subjectivises and gives space to people's voices, beyond their particular situation. The method used is autoethnography, which is a research and writing approach that seeks to systematically describe and analyse personal experience in order to understand the experience; through the creation of a deeply personalised text where the researcher tells stories about their own lived experience (Luévano Martínez, 2016).

Keywords: non-formal education in the context of punitive confinement; education for youth and adults; voices; punished bodies; philosophical experience; autoethnography.

Juan Matías Bongiovanni

Forma de citar: Bongiovanni, J. M., (2024). La alquimia de los presos en la educación. Una mirada a las experiencias formativas en talleres de educación no formal de filosofía en contextos carcelarios. Desafíos y potencialidades. *Prisiones. Revista electrónica del Centro de Estudios de Ejecución Penal*, 2 (6), 113-128.

Recibido: 09-09-2024 | Versión final: 06-02-2025 | Aprobado: 09-02-2025 | Publicado en línea: 14-02-2025



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

Juan Matías Bongiovanni

LA ALQUIMIA DE LOS PRESOS EN LA EDUCACIÓN. UNA MIRADA A LAS EXPERIENCIAS FORMATIVAS EN TALLERES DE EDUCACIÓN NO FORMAL DE FILOSOFÍA EN CONTEXTOS DE CARCELARIOS. DESAFÍOS Y POTENCIALIDADES.

Juan Matías Bongiovanni

I. Introducción

*“Las palabras no pueden expresar todo lo que sentimos,
pero tampoco podemos vivir sin ellas”
Kundera. La insoportable levedad del ser.*

El tema de la investigación que voy a abordar es sobre mi experiencia como docente con estudiantes-compañeros privados de la libertad, en el taller "Filosofía para la Libertad", que se enmarca en la educación no formal y que imparto desde el año 2021 en una Unidad Penal de la provincia de Buenos Aires. Hasta el momento, han participado aproximadamente cien estudiantes, con una asistencia de entre quince y veinte personas por curso. La propuesta tiene una duración de seis meses, dos horas cronológicas por semana, cuando finaliza se renueva el grupo de estudiantes que participan y cuenta con el respaldo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Asisten al taller estudiantes de dieciocho años en adelante, en su mayoría de los pabellones de "Iglesia", que corresponden a la mitad de la población del penal (seis pabellones con, aproximadamente, 75 internos en cada uno) alojados allí debido a sus causas penales, ser "primarios" o por pedido de ellos mismos. En dichos pabellones hay una fuerte impronta religiosa que se traduce en: a) culto todos los días de una hora, b) "pago" de media hora de lectura de la Biblia y, c) media hora de "oración" en silencio absoluto. No está permitido la música grupal "mundana" y cada pabellón se encuentra manejado por un grupo de siervos, que corresponden a personas que practican la religión evangélica pero no son pastores.

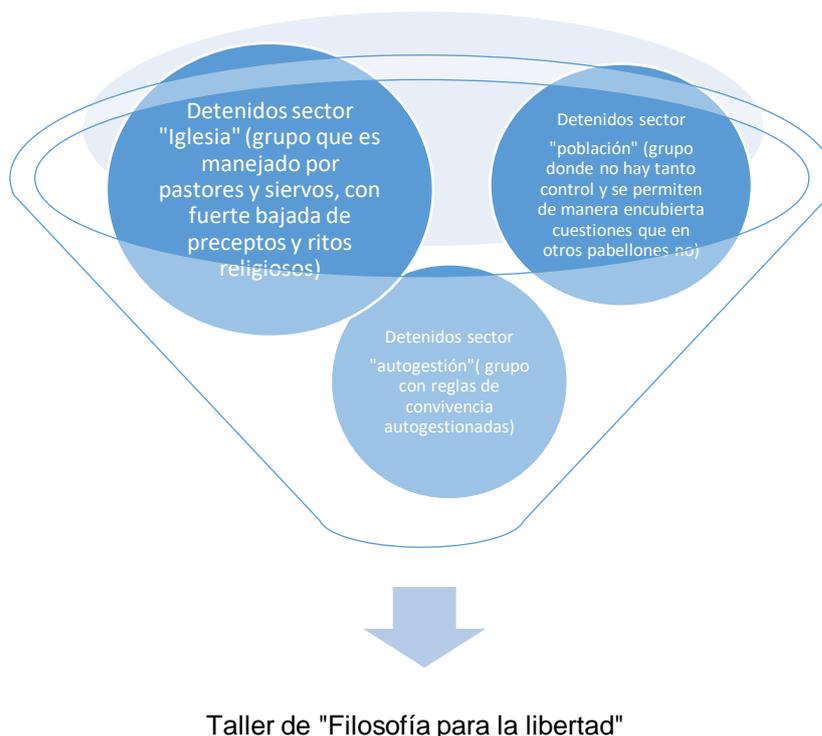
Otro grupo que asiste al taller estudiantes de los sectores de autogestión, que corresponde a tres pabellones. Se caracterizan por su "limpieza", es decir, detenidos que son los referentes y manejan las condiciones de convivencia y, por lo general, sus integrantes tienen que trabajar, estudiar y mantener buena conducta. Por último, el grupo que menos asiste al taller corresponde al sector denominado "población", que, si bien también manejan las condiciones de convivencia, pero no trabajan ni estudian. Cabe destacar que yo habito en el pabellón "literario", que también algunos compañeros participan en el taller, inaugurado en esta unidad en marzo del 2022 siendo yo uno de los fundadores. El programa "Pabellones literarios para la libertad" es una propuesta cultural que apuesta a la formación integral y alcanza a 6.849 personas privadas de libertad alojadas en 115 pabellones de 54 cárceles y alcaldías bonaerenses.

Por las condiciones de encierro (cambios constantes de pabellón, traslados de penal, libertades, etc.), no se puede realizar una estadística cerrada de la cantidad de estudiantes que asiste a cada clase, pues suele variar constantemente. La imagen N°1 representa los grupos de estudiantes que asisten al taller, que se representan por separado debido a las formas de "caminar la cárcel", es decir, por los diversos modos de estar, pensar, mirar y comportarse dentro de cada sector o con los integrantes del penal, las causas penales o la

Juan Matías Bongiovanni

misma estructura carcelaria, que se caracteriza por los escasos espacios de interacción entre ellos fuera del taller, lo que no implica que se generen vínculos por fuera o a propósito del taller.

Imagen N°1. Caracterización de grupos que asisten al Taller de Filosofía



Fuente: Elaboración propia

La propuesta del taller se basa en problematizar desde una mirada antropológica – existencial la pregunta ¿qué es la felicidad? Interrogante que actúa como eje disparador en la lectura de diversos autores, desde Sócrates a Butler, que permite reflexionar, desde la perspectiva de cada pensador/a, las implicancias y derivaciones de la pregunta disparadora. Por medio de la lectura, el análisis, técnicas, juegos y debates se busca que los estudiantes mediante sus capacidades de compromiso y discernimiento puedan realizar sus propias conclusiones y apropiaciones de los distintos temas que se trabajan, desde una filosofía práctica, que busca desplazarse del enciclopedismo y de la educación bancaria, fomentando el análisis de problemas vividos y procurando pensarlos conceptualmente (Gallo, 2015), como una herramienta de autonomía y emancipación intelectual, aún en un contexto de control y disciplinamiento.

Esta línea de trabajo educativo e investigación surge como inquietud personal frente a las luchas, conquistas y demandas de cumplimiento cabal de la educación como derecho de las personas en contexto de encierro punitivo, que desde una mirada freiriana de “quien enseña aprende al enseñar y quien aprende enseña al aprender” (Freire, 2015, p. 25), desafía

Juan Matías Bongiovanni

a nuevas maneras de (re) pensar, habitar y escuchar los cuerpos y voces de las personas privadas de la libertad, a partir de la implementación de diversas estrategias metodológicas, la (re) conceptualización de conocimientos y de la interpelación a través del pensamiento filosófico como una decisión crítica y personal.

La investigación se inserta en dos grandes campos temáticos, por un lado, el campo de educación, sus múltiples expresiones como la no formal y, por otro lado, la subjetividad de los cuerpos punibilizados. En suma, el escrito tiene como fin focalizar sobre las bases teóricas de la tesis de la maestría en educación sobre mis experiencias en taller de filosofía, en una cárcel de la provincia de Buenos Aires.

II. Enfoque metodológico.

El texto busca ser de carácter filosófico y pedagógico, a partir de una aproximación metodológica de corte autoetnográfico se va a referir en este artículo a una propuesta de análisis de las bases teóricas que fundamentan el taller de filosofía en contexto de encierro, enmarcado en una investigación para la tesis de mi maestría en educación. Aproximación que “desafía las formas canónicas de hacer investigación y de representar a los otros, a la vez que considera a la investigación como un acto político, socialmente justo y consciente” (Ellis, Adams y Bochner, 2015, p. 249).

Para hacer y escribir autoetnografía, como investigador aplico los principios de la autobiografía y de la etnografía, para esto es fundamental la capacidad de extrañarse ante las situaciones de la cotidianidad. “Los textos etnográficos hablan del mundo, de prácticas y significado existentes. No se quedan simplemente en elucubraciones mentales ensimismadas en ‘geniales’ pensadores o en embrujadores ejercicios exegéticos de autoridades filosóficas o literarias” (Restrepo, 2018, p. 107). Desde el ejercicio de autoobservación, que llevo a cabo en la redacción de los eventos seleccionados de manera selectiva, incluyendo datos que vayan surgiendo de la propia reflexividad e introspección (Luévano Martínez, 2016). Lo cual se enmarca en un ámbito más amplio que busca “impulsar la praxis de una verdadera interdisciplinariedad que respete y valore —en igualdad de condiciones— una amplia gama de posibilidades epistemológicas y metodológicas” (Blanco, 2012, p. 67). Este enfoque se focaliza especialmente en formas de producir una investigación significativa, accesible y evocativa, basada en la experiencia personal, que sensibiliza a los lectores (Ellis y Bochner, 2000). En este sentido, el presente texto es fruto de la articulación del “pulso autoetnográfico” (Calixto Rojas, 2022, p. 57), ya que es un escrito fruto de mi experiencia singular, está escrito en primera persona y por lo tanto es una escritura subjetiva que busca ser reflexiva y analítica, con los tintes propios de mi pulso narrativo. Como bien explicitan Skliar y Larrosa (2016): “escribir es una de las formas que tenemos para estar atentos al mundo y a lo que nos pasa. Escribir forma parte de una tentativa para ser parte del mundo de una forma más reflexiva, más consciente, más plena, más intensa” (p. 199). Este texto es una forma de invitación a leer(nos) y pensar la vida en la cárcel desde quien la habita desde múltiples formas.

Juan Matías Bongiovanni

III. Marco referencial.

III.1. El entramado educativo en contexto de encierro punitivo.



“Sobre las experiencias de encierro se ha dicho demasiado. Sin embargo, la distinción vuelve a ser necesaria: hay cuerpos encerrados de los que se habla desde una posición de libertad y hay cuerpos encerrados de los que se supone nada podrán pensar al respecto”
(Skliar, 2016, p. 12)

Imagen 2. Mirilla de la puerta de una celda que da a un mural con la imagen de Nelson Mandela. Pabellón literario

La educación en contextos de encierro se desarrolla en un “campo de tensiones” (Frejtman y Herrera, 2010, p. 20), es decir que “se construye en la intersección de ciertas paradojas sociales y educativas, de contradicciones que conviven en ese contexto: punir-educar, disciplinamiento-transformación, premios-derechos” (Bustelo, 2017, p. 173), lo que pone en evidencia las múltiples lógicas y realidades que coexisten en la misma unidad penal.

La cárcel es una institución cerrada (Goffman, 2019) que tiene como fin el manejo de casi todas las necesidades de los detenidos mediante una organización burocratizada, de la que se ven obligados a participar las personas privadas de la libertad, desde adultos mayores casi analfabetos hasta jóvenes deseosos de correrse de los dedos que quienes les apuntan y señalan por prejuicio o estigma social. No importa qué historia de vida los-nos trajo a este lugar, sino el reconocimiento de que quienes transitan la cárcel tienen anhelos y deseos de pensarse juntos a otros, lo que abre a nuevos caminos para “estar preso” y no “ser presos”. Esta posición existencial es una manera de:

decir una palabra, es ponerle voz, darle voz. Hacerla escuchar. Y la voz está en el cuerpo, está encarnada. Decir una palabra y hurgar por dentro de lo dicho es el único modo que disponemos para impedir que una palabra se nos imponga como lo que ‘debería ser’, se volatilice en el frenesí voraz de estos tiempos y se pierda, irremediabilmente, pues ya nadie puede o desea pronunciarlas (Skliar, 2012, p.5).

Juan Matías Bongiovanni

Ello implica poner en tensión las propias voces con la experiencia filosófica y con sus propios andamiajes y saberes, lo que está avalado por la Ley de Educación Nacional Argentina Nº 26.206. Ésta posiciona al Estado como garante de derechos y la educación y el conocimiento son reconocidos como derecho humano y social, a la vez que un bien público. En contexto de encierro punitivo comprender la educación de esta forma permite que no sea sólo para conseguir un beneficio o como una “herramienta” para el tratamiento de la persona privada de la libertad, sino que es un derecho humano y social. Ello requiere diferenciar dos lógicas diferentes: “la penitenciaria y la escolar, siendo la primera la que condiciona a la segunda” (Berenstein, 2014, p. 75), en el actual sistema penitenciario.

Como bien plantea Freire (2002), la educación es una relación, en la que se tejen saberes entre estudiantes y educadores; es una dialéctica que no puede desconocer el contexto, ya que esta debe ser transformadora de todos los que participan en ella y de las instituciones donde la educación se gesta. Además, es importante resaltar que “la educación es un derecho humano que poco tiene que ver con un tratamiento terapéutico, ni la herramienta salvadora” (Scarfó, Cuellar y Mendoza, 2016, p.103).

Hay una concepción de un poder dado a los docentes no sólo sobre conocimientos sino sobre una axiología, en las relaciones que están en constante tensión, no sólo porque se educa a jóvenes y adultos que ya tienen su andamiaje, con propios conocimientos y valores, que los regían afuera, sino con aquellos que los guían en la vida dentro del penal. Es importante comprender esto último, ya que la vida de las personas privadas de la libertad tiene su propia lógica y funciona en diferentes esferas, por ejemplo, dentro del pabellón o la celda no se prioriza lo mismo como “valor” o “saber” que en la escuela o con los integrantes del servicio penitenciario (*la gorra*). Como docentes es necesario comprender que los educandos son personas atravesadas por muchas lógicas y que hay que dar un espacio para que se genere un aprendizaje integral.

Según Areco (2021), parafraseando a Freire, la educación es un acto político, una práctica de la libertad, tanto para educandos y educadores situados no en abstracto o solo en un plano idealizado de lo que debe ser, sino en clave de derecho de educar y aprender. El problema es que “la educación básica de jóvenes y adultos está asociada a la visión de una educación compensatoria, remedial, por lo que no suele ser reconocida como una actividad necesaria y fundamental dentro de las políticas del Estado” (2021, p. 8).

Freire sostiene, “nadie libera a nadie, ni nadie se libera solo. Los hombres se liberan en comunión” (Freire, 2008, p. 33). Afirmación sostenida desde su compromiso ético – político en la concepción de la “educación como práctica de la libertad (2008, p. 35), la que pone al ser humano como problema, buscando indagar, responder y generar nuevas preguntas. El pensar auténticamente es peligroso debido a que la búsqueda de la transformación del mundo que se habita, tanto para opresores como oprimidos, es un camino de liberación humana.

El educador tiene que darse al otro, y, por tanto, “la ética es condición para que haya educación”. Implica ocuparse del otro, que se presenta en un rostro, “el acceso al rostro es de entrada ético” (Levinas, 2002, p. 79), pero también implica en contextos de encierro ocuparse de un cuerpo sufriente. Esta lógica de gratuidad no es la de la educación bancaria, sino más bien una educación situada en perspectiva de los otros que junto al educador buscan una emancipación.

Juan Matías Bongiovanni

Para salir de las educaciones bancarias, de las lógicas de las instituciones de encierro que despersonalizan y mutilan el yo; cual fin es control, castigo y disciplina, la educación como autonomía de pensamiento y construcción de herramientas significativas permite afrontar y repensar la propia vida y la libertad. De allí que se siga “necesitando el trabajo sobre nuestros límites, es decir, una labor paciente que le dé forma a la impaciencia de la libertad” (Foucault, 1996, p. 111). Es un camino que hay que animarse a transitar, es una actitud y un compromiso ético frente a la educación y la vida política, un camino de búsqueda para la emancipación.

En palabras de Foucault (1996) implicaría construir, aún en personas privadas de la libertad, una vida digna de ser admirada como una obra de arte. En esta situación de contexto de encierro, el valor de romper los silencios y el don de poner en palabras la propia vida, a través del aprendizaje se funden en variadas experiencias. Así mismo que la diferencia se encarna en todo momento en el sistema penal, la convivencia es omnipresente y hasta avasalladora para los sujetos que están inmersos en ella. Y poder reflexionar y darles peso a las voces es una manera de ir contra la violencia que omite al otro y de luchar contra lo fantasmagórico que busca anular lo diferente.

Poder encontrar en la educación un “punto de fuga” al encierro, la mutilación del yo y la despersonalización es clave. Adoptar la perspectiva de la educación como derecho para comprender que las personas privadas de la libertad son un sujeto integral y no un objeto de intervención penitenciaria. Es por ello por lo que la educación es “la posibilidad de buscar puertas de salida o líneas de fuga en relación a estratificaciones sociales opresivas” (Carballeda, 2002, p. 15). En un contexto que hay que cuidarse mucho de lo que se dice y de como otros interpretan las palabras, ya que un “mal entendido” puede significar perder un pabellón, *se pinche* (es decir una situación de violencia) o hasta te trasladen de unidad. La construcción en el tiempo de una comunidad de pensamiento, de escucha y respeto, donde el miedo a la represalia da a lugar a la confianza y poder disentir en ideas o valores, puede ser una línea de fuga a un control omnipresente.

En toda sociedad, existen ciertos discursos hegemónicos, que califican de un “nosotros” de un “otros”, de ese “otro diferente”, que en este caso está dentro del sistema penal, y la institución carcelaria realiza lo que se espera de ella: el castigo. La persona es cosificada, considerada como un objeto moldeable e incapacitado para tomar decisiones. Desde la prohibición del uso de barba en algunos pabellones o la forma de vestir, hasta el control de la sexualidad o del goce, siempre se depende de un tercero con más autoridad que habilite o no.

La educación puede llegar a ser esa grieta, ese punto de fuga que subjetive a los individuos, le den posibilidad de imaginar, crear y tener voz propia. Sigo el planteo de Larrosa: “el tiempo no nace del maestro sino del aula misma, y la única función del maestro es hacerlo surgir, darle sustancia, melodía, ritmo, hacer posible que se vea lo cubierto, con quitar las coberturas, con develar y revelar” (2019, p. 83).

III.2 Alquimia, cuerpos y educación

“El cuerpo, en tanto que humano, es una construcción simbólica cargada de un sentido posible pendiente siempre de una nueva elaboración. Por eso el cuerpo permite hacer experiencia, nos transforma en seres humanos auténticamente creadores (...)

Juan Matías Bongiovanni

podemos hablar de una creación poética del cuerpo, de un cuerpo escrito, de un cuerpo capaz de ser interpretado”. (Bárcena y Mèlich, 2000, p. 60)

Los alquimistas, dan lugar a la construcción de subjetividades, pueden o intentan autonomizarse, como dice Ricoeur (1984) “la vida es un relato en busca de un narrador”, lo real se transforma y re transforma a través de la palabra. Será cuestión de encontrar esos puntos de fuga para que los estudiantes puedan dar rienda suelta a esas vidas que desean ser relatadas. Entender y acoger al estudiante como sujeto que es capaz de aprehender la problematización filosófica, que es capaz de resistir, trastocar y (des)hacer de su cuerpo punitivo. La comprensión de que está(mos) atravesado(s) por deseos, pulsiones, fantasías y fantasmas que también nos constituyen.

Aprender a mirar podría ser la función de la educación, en general, pero en esta situación de ser docente- compañero; de estar privado de la libertad sea en la ayuda mutua a mirar(nos) con extrañamiento. Como bien expresa Scarfó: “la educación debe favorecer a reducir la situación de vulnerabilidad en la que han vivido y viven estas personas encarceladas, recuperando su dignidad, buscando darle ‘voz’, palabra, expresión” (2006, p. 28).

Esto es ante todo en una relación profundamente ética, en cuanto a una respuesta ante el encuentro con el otro, en cuanto acontecimiento. Ayudarnos a mirar(me), no es encerrar la mirada en una serie de parámetros predefinidos, sino dar la oportunidad de encontrarse con la inmensidad del otro, y de uno mismo. Es decir, tener una mirada que acoja lo calidoscópico que acontece desde un espacio filosófico construido en clave de un (nos)otros.

En la alquimia de la educación, gestar espacios de reflexión y observación puede llegar a ser el gesto posibilitador de la mirada del otro, del encuentro de miradas, y del diálogo sobre lo que se mira, sin saber ni anticipar lo que pueda resultar de ese gesto porque, es posible que dar no sea solo ofrecer un instrumento para conseguir ciertos efectos previstos y prescritos. A lo mejor, en una institución pensada para invisibilizar(nos), ser docente privado de la libertad, compañero de otras personas como yo, mi labor sea no una práctica que afirme lo correcto o incorrecto, o la de un dador de saberes, de herramientas o conocimientos, que están, sino quien habilita la posibilidad de construir espacios de rebeldía, de empoderamiento y de subjetivación.

La educación alquímica en intersección de los Derechos Humanos es la “posibilidad real de todas las personas de comprender sus derechos y responsabilidades, confrontar ideas, problematizar sus realidades, enfrentar problemas, analizar conflictos tanto de la vida personal como de lo social, para poder reconocerse y reconocer el lugar en el cual está posicionado y desde allí decir sus acciones y ser protagonista de sus decisiones” (Scarfó, Inda y Dappello, 2014, p. 429).

Es en esta “magia” que produce la mutación de un estado a otro, esa metamorfosis, donde la educación toca la materia prima, el “cuerpo tocado, tocante, frágil, vulnerable, inasible, evanescente ante la caricia o el golpe, cuerpo sin corteza, pobre piel tendida en una caverna donde flota nuestra sombra” (Nancy, 2008, p. 59). En los cuerpos, en lo que cada uno es de manera indescifrable y hasta inenunciable, pero que estamos, somos, mutamos,

Juan Matías Bongiovanni

ante la experiencia de la educación que nos acontece, que nos cincela y da espacio para escuchar voces inaudibles.

La alquimia, que es esta educación que intenta abrir espacios y tiempos para mirar desde diversas perspectivas para que se produzcan infinitas gamas de posibilidades, debe volver a mirarse una y otra vez para que de este modo no quede enquistada, sino que fluya y deje fluir. Es decir, “una mirada que permita curarla y curarnos a nosotros mismos de todas las cegueras (también mentales y morales) que acechan por todas partes” (Larrosa, 2007, p. 12).

En otras palabras, permitir una mirada calidoscópica que se sorprenda ante las múltiples formas que se van gestando. Es el reto de poder reinventar prácticas educativas y formadoras, que requieran posiciones y miras que alumbrén desde distintos lugares el todo, por ejemplo, desde una “pedagogía del detalle”. No es minucia: “es el gesto, es ese instante en que las cosas trascurrieron de una manera y no de otra [...] los nudos centrales de las biografías de las personas que terminan- y empiezan- construyéndose por un conjunto de detalles que se vuelven significativos” (Baleato Devita, en Gaete Vergara, 2018, p. 163).

Es necesario tener en cuenta la luz que ilumina cada cuerpo, el paisaje en que está inserto y cómo se fusiona mágicamente la química de los elementos que se conjugan, hasta los infiernos o las puertas de ataúdes que se abren para que se pongan de pie. Donde el pasado puede ser materia de insumo para futuros inimaginables, de existencias dadoras de vida, o de arte, o de emociones, o de llantos o de gritos deseosos. En esta alquimia la ética significa “el hacer conocimiento, el conocer el cuerpo, el auto construirnos, a través del diálogo con la materia (...) y de las conversaciones, discusiones y reflexiones” (Cusicanqui Rivera, 2013, p. 5). Es animarse a tomar la corporeidad como punto de partida, estar dispuesto a asumir, que más aun en contexto de encierro punitivo, el tiempo y el espacio son variables incommensurables. Supone remitir a la aficción, a las pasiones, a todo lo que acontece en el taller y fuera de él, para que no haya moldes preestablecidos.

La cuestión es si es posible acontecer una educación filosófica como práctica de la libertad en el seno de instituciones cerradas y punitivas, como punto de fuga a las lógicas imperantes de dichas instituciones. Y que este a la “altura” de lo que acontece, ser digno de este vector que es la propia vida que

cuando experimenta sus límites, cuando roza estados alterados, cuando es sacudida por temblores muy fuertes, por rupturas devastadoras, por identidades que desbordan toda forma [...] ser portador de una productividad existencial totalmente imprevista, pero compartible. Una producción de obra, de subjetividad de rupturas y recomposiciones de trayectoria de una existencia [...] extrayendo la vida de la mera existencia, allí donde la vida desfallece encerrada (Pál Pelbart, 2016, p. 151).

III.3 Cualquiera, quienes quieran filosofan.

“la donación educativa no es hacer del ‘otro’ un engranaje más de lo mismo, sino que, más bien, la educación consiste en una forma de integración fundamentalmente crítica que, si socializa, lo hace desplegando la infinitud irreductible del otro” (Berisso, 2015, p. 4)

Juan Matías Bongiovanni

Todos podemos filosofar. Todas las personas tenemos la capacidad para pensar, pero muchas veces nos podemos sentir limitados ante lo académico de la filosofía; pero hay que recordar de que la filosofía nació en las calles y no en las aulas de clase, de ahí la importancia de que la filosofía sea una puerta abierta a todas las personas interesadas por tensionar el pensamiento y más aún si es por el pensamiento filosófico. Ahora bien, existe una revolución filosófica que va más allá de las explicaciones abstractas y que abarca la estimulación del pensamiento crítico a través de la práctica del asombro, la duda y el cuestionamiento de las situaciones límites (Jaspers, 1953). Pero sin dejar de lado la reflexión, la creatividad, la autonomía y el diálogo.

La educación, como alquimia de intersecciones y diversidades de historias, cuerpos y voces, da lugar a las transformaciones de lo no pensado y no nombrado, de aquello que está en potencia de ser a su manera; la magia de la alquimia, de la educación para cualquiera, desde una mirada interseccional es la que puede atravesar las raíces enquistadas de modelos hegemónicos. La alquimia que busca recomenzar, educar, para no solo sobrevivir sino tener una vida propia. Es por ello que debemos intentar “orientar la educación hacia la identificación de las condiciones objetivas de la vida de los sujetos involucrados, a la reflexión sobre las causas de ellas y la posibilidad de transformación de lo existente, hacia un modelo social igualitario” (Brusilovsky, 2006, p.16).

El sujeto que es el humano, la obra de los alquimistas era una contemplación y no un trabajo manual. Su alambique, su horno, su cucúrbita, su huevo filosófico en el que se dice que se ha realizado el trabajo de fermentación y preparación de sales, era el hombre. Es en mí dónde se da la “magia de la Alquimia”, pero no en un “mí” cerrado, sino entrelazado en las diversas historias de los que compartimos este aquí y ahora, incluidos los estudiantes.

III.4 Fuga de presos, ingreso de pensamientos

*“¿Puede cada uno de los individuos ser el artista de su propia vida?,
la respuesta es “sí”, partiendo de esta base,*

*Foucault pregunta: si una lámpara o una casa pueden ser una obra de arte,
¿por qué no una vida humana?” (Bauman, 2010, p. 70)*

Desnaturalizar lo cotidiano para verlo con otros ojos, las posibilidades inconmensurables de cambio y nuevos destinos, gracias al conocimiento, no tanto de saberes estipulados, sino por la apertura a diversos procesos de aprendizajes; de poder poner nombre a los acontecimientos y dejar que la ignorancia sea la potencia para nuevos aprendizajes inesperados pero necesarios. Es decir, que no cerremos los ojos, no sin antes haber reflexionado sobre las distintas alternativas que puedan generar metamorfosis como seres humanos, donde a través de la propia experiencia de ser humanos, podamos seguir asombrándonos por todo aquello que (nos) sucede en nuestra realidad y no demos por absuelto todas las curiosidades de las que podemos ser capaces de asombrarnos, aun en un contexto de encierro punitivo.

Pensar y construir “territorios pedagógicos en el (contra él y a pesar del) encierro [...] constituirse como espacios productivos, formativos, fértiles y orientados a la acción transformadora a pesar del encierro; ser críticos, colectivos, posicionados y conjugarse explícitamente contra el encierro” (Bustelo, 2017, p.178). Esto se palpa en personas que en

Juan Matías Bongiovanni

un principio tienen miedo a equivocarse o desconfían de cuanto pueden abrirse a decir lo que realmente piensan, a encuentros de relatos con experiencias de vida, de descubrirse escribiendo las tan mentadas frases: “no sabía que era la filosofía”, “en la calle no me habría detenido a pensar”, “no sabía que podía ser un filósofo” ¿Qué comparten estas y tantas frases que se escuchan? El no como condicionante, no solo del saber, sino también del modo de estar o ser.

Dar lugar a la construcción de subjetividades, lo real se transforma y se retransforma a través de la palabra. Será cuestión de encontrar esos puntos de fuga para sus narraciones y timbres de voz para “no dificultar un proceso de mutación; contribuir, por el contrario, proporcionándoles un espacio, un tiempo, una escucha” (Guattari y Rolnik, 2013, p.372). Es decir que, se narra en diversas formas, estilos y deseos; desde un poema, una reflexión o un dibujo, que expresa en multidimensiones lo que la pregunta filosófica pone en tensión, incomoda o devela en cada sujeto.

Posicionarse como decía Nietzsche (1976) con una mirada sin manchas, ni virtuosa, ni perezosa, que no juzga, sino que acompaña, habita, da paso, sin conmiseración, ni simulada agonía. Sino hacer lugar a los cuerpos en situación de encierro, que buscan tener un lenguaje propio.

No son estos estudiantes lo creado por un imaginario social, como por ejemplo en “El Marginal” (serie de Argentina, aclamada que vende una mirada sesgada de la vida en las cárceles), que a través del miedo se los estigmatiza o invisibiliza. Es por eso importante resaltar que en la experiencia de la pregunta filosófica se juegan los procesos de subjetivación, que “son los cuerpos los que portan el nombre propio, pero albergan múltiples modos de habitar el mundo anudados singularmente, cada vez [...] Resumiríamos afirmando que la nominación de procesos de subjetivación alude a los modos en que los hombres son constituidos, a la vez que constituyen sus mundos” (Bozzolo, 2013, p. 8). Son seres en potencia, con límites y amores, somos en el encuentro, esa “piedra filosofal”.

Tal vez esta experiencia de haberlo perdido todo, de no saber, de estar quebrados y ser estigmatizados; sea una manera de poder pulir esa esencia que tienen para que lo que construyan, a través de aprendizaje mutuo, pueda trascender esos muros que hoy los aprisionan. En otras palabras: “la historia como posibilidad, la cual descarta un futuro predeterminado” (Freire, 2004, p. 75).

La educación, como alquimia de intersecciones y diversidades de historias, cuerpos y voces, da lugar a las transformaciones de lo no pensado y no nombrado, de aquello que está en potencia de ser a su manera; la magia de la alquimia, de la educación para cualquiera, desde una mirada integral que pueda atravesar las raíces enquistadas de modelos hegemónicos. La alquimia que busca recomenzar, educar, para no solo sobrevivir sino tener una vida propia. Es por ello que debemos intentar “orientar la educación hacia la identificación de las condiciones objetivas de la vida de los sujetos involucrados, a la reflexión sobre las causas de ellas y la posibilidad de transformación de lo existente, hacia un modelo social igualitario” (Brusilovsky, 2006, p.16).

En este punto como dice Skliar, “se sabe que hay miradas que ven borrosamente, que manchan y miradas asesinas, que matan. Por eso, habría que insistir en las miradas que posibilitan, que acompañan, que ayudan que donan un tiempo y un espacio al otro. Miradas, en síntesis, que por un lado permitan la existencia de otro y miradas que abran esa

Juan Matías Bongiovanni

posibilidad” (2011, p. 266). Esto se da en un proceso alquímico que sabe qué elemento implementa, pero siempre atento a lo que sorprende, lo que transmuta y da consistencia a lo nuevo o diverso; por eso animarse a aprender a mirar es correrse de fórmulas pres establecidas para que los elementos jueguen y se fundan de manera amorosa; el eros sea la fuente de vida y deseos.

IV. Reflexiones finales

“existe siempre una suerte de umbral asignificante, una especie de relación de aprehensión que es del orden del afecto, del orden de la interrogación muda” (Guattari y Rolnik, 2013, p 427)

Lo presentado en este artículo no llega a conclusiones cerradas, sino que intenta ser una investigación sobre las experiencias formativas en talleres de educación no formal de filosofía en contextos carcelarios desde algunas de estas preguntas orientadoras: ¿cuáles son los procesos “alquímicos” de la educación en mi ser docente y compañero? ¿se puede pensar de manera que busque la emancipación a través de la problematización filosófica en contexto de encierro punitivo? ¿qué sentido tiene dar talleres de filosofía para adultos detenidos?

La educación en contexto de encierro punitivo, pone en tensión los procesos de enseñanza y aprendizajes, en una “negociación de sentidos y saberes como procesos dialógicos, confrontativos y emancipatorios” (Gaete Vergara, 2018, p.160), en la que hay un reconocimiento del otro igual y diferente, que es atravesado por diversas tramas socio históricas. Tal vez, toda relación pedagógica y subjetiva puedan estar entrelazadas en el acto sincero y honesto de acallar preguntas y respuestas sobre los otros, para comenzar a percibir las preguntas que son del otro que no está acabado, ni es un ser desvalido o necesitado de salvación; pero sí en proceso de formarse y darse forma una y mil veces.

Nada es suficiente si no se inauguran de manera complementaria y sostenida espacios, tiempos, prácticas y dispositivos subjetivantes. Frejtman y Herrera se refieren al “encuentro subjetivante” como aquel que ofrece la “posibilidad de establecer relaciones pedagógicas que, sin abandonar las posiciones asimétricas, sean habilitantes para procesos de aprendizaje creativos y significativos en la vida de los sujetos, en el marco de una historia y un entramado en particular” (2010, p. 16).

Ser, estar, mirar(nos), escuchar(nos) desde lugares más respetuosos que implica un trato digno, un enseñar aprendiendo, a pensar y experimentar al pensamiento filosófico como una rebelión subjetivadora. Este es el primer punto para resaltar, el proceso de sentirme persona y docente en este contexto, resignificó y dignificó esta experiencia de estar detenido, mi mirada sobre la labor docente y el valor de la educación para y de todos. Encontrarme con compañeros que buscan salir de los pabellones, para luchar por sus beneficios judiciales, pero también se animan a problematizar(se), sosteniendo el espacio del taller por seis meses, luchando contra el desánimo y una rutina avasalladora, que muchas veces (nos) saca la ganas de todo.

Por ello es importante gestionar espacios de formación dentro de las unidades penales, que no sean solo de práctica profesional, o los de educación formal, que tienen una meta o fin “práctico”. Dar lugar a la alteridad en la experiencia dentro de talleres de filosofía

Juan Matías Bongiovanni

en la educación no formal para jóvenes y adultos donde “la experiencia como alteridad [...] nos lleve más allá de lo que ya sabemos, de lo que ya queremos, de lo que ya hacemos o de lo que ya decimos” (Skliar y Larrosa, 2016, p. 191). El ejercicio de pensar, problematizar(se) y conceptualizar es un espacio de resistencia y subjetivación, donde el cuerpo y la palabra exceden lo acabado y dicho para tensionar el pensamiento en nuevas palabras, voces y formas acogidas por miradas calidoscópicas.

Desde todo lo desarrollado y reflexionado, con la experiencia de tres años y más de cien estudiantes que han transitado la propuesta del taller de filosofía, puedo concluir por un lado que, en una situación de encierro total, el espacio de recuperar la propia voz es sumamente importante. La lucha personal por recuperar el “derecho” a dar su opinión, de reconocerse en lo que se dice y en su propio timbre de voz. Es una manera de alejar por un rato los diferentes tipos de rejas que buscan acallar, que estigmatizan a los detenidos por las diversas causas penales de cada uno y hasta, a veces, silencian por el miedo a represalias.

A su vez, el taller es un espacio de conquista, de fuga y de resistencia, que con el paso del tiempo logró pequeñas quebraduras que habilitan a la risa, al juego, una canción o un debate y la complicidad, “relajando” la mirada de control de las mismas autoridades sobre los que participamos de dicho taller. Esto que parece poco, pero es muchísimo, es una pequeña parcela que hay que cuidar siempre y en cada encuentro, ganada para sostener de manera diferente el estar presos y no ser meramente presos, hasta para el mismo personal del servicio penitenciario que da lugar a esas pequeñas “fugas” del control, por ejemplo, participando en alguna actividad o permitiendo el uso de una computadora para trabajar con videos o canciones.

La alquimia de la educación provoca procesos de humanización tanto en mi como docente – compañero, como en los estudiantes, gestiona la propia palabra y la reflexión sobre ésta, potencia la capacidad de problematizar(se) y de construir otros modos de comunicación y diálogo. Es una lucha constante por no perder la dignidad, por no ser fagocitados por un sistema totalizante y la búsqueda constante del reconocimiento mutuo de la condición humana en todas sus diversas formas.

El taller “Filosofía para la Libertad” no solo fomenta el pensamiento crítico, sino que también habilita una forma de habitar el encierro de manera distinta. Los participantes encuentran en la filosofía una herramienta para cuestionar sus realidades, reconocerse como sujetos de derecho y construir narrativas propias en un espacio que, de otro modo, busca silenciarlos. Este proceso se convierte en una suerte de “alquimia”, donde el ejercicio del pensamiento transforma tanto a los estudiantes como a mi ser docente.

En síntesis, la filosofía en contextos carcelarios se erige como un acto político y poético, capaz de transformar las heridas del encierro en procesos de aprendizaje y humanidad compartida. Este texto no busca cerrar preguntas, sino abrir nuevas posibilidades: ¿Es posible construir espacios educativos que desafíen las estructuras opresivas desde adentro? ¿Cómo podemos seguir fortaleciendo estas experiencias para garantizar que la educación sea verdaderamente liberadora? Estos interrogantes son un llamado a seguir reflexionando y actuando desde una praxis educativa filosófica.

Juan Matías Bongiovanni

Referencias

- Areco, I. (2021) *“Yo quiero seguir la escuela, si no es malo aprender...” Situaciones de aprendizaje con jóvenes y adultos en aulas de Educación Básica*. Tesis de doctorado - Programa Interuniversitario de Doctorado en Educación (PIDE). Universidad Nacional de Tres de Febrero. Universidad Nacional de Lanús. Universidad Nacional de San Martín.
- Bárcena, F. y Mélich, J.C. (2000) *La educación como acontecimiento ético*. Paidós.
- Bauman, Z. (2010). *Vida líquida*. Buenos Aires. Editorial Paidós.
- Berenstein, L. (2014) *El Vínculo Pedagógico en una Experiencia de Alfabetización de Adultos en Contexto de Encierro*. Tesis de Maestría en Ciencias Sociales. FLACSO.
- Berisso, D. (2015) *¿Qué clase de dar es el dar clase? Alteridad, donación y contextualidad*. Antropofagia.
- Blanco, M. (2012). Autoetnografía: una forma narrativa de generación de conocimientos. *Andamios. Revista de Investigación Social*, 9(19), 49-74.
- Bozzolo, R. (2013). Nuevas armas para pensar los procesos de subjetivación. *Subjetividades. Psicoanálisis de las configuraciones vinculares*, XXXVI, pp. 17- 40.
- Brusilovsky, S. (2006) *Educación Escolar de Adultos. Una identidad en construcción*. Novedades Educativas.
- Bustelo, C. (2017). *Experiencias de formación en contextos de encierro. Un abordaje pedagógico desde la perspectiva narrativa y (auto) biográfica*. Tesis de doctorado. UBA.
- Calixto Rojas, A. (2022). Pulso autoetnográfico: La urgencia de un enfoque afectivo para la antropología social. En AA.VV *Etnografías afectivas y autoetnografía “Tejiendo Nuestras Historias desde el Sur”* (pp. 57-69). Investigación y Diálogo para la Autogestión Social.
- Carballeda, A. (2002) *La Intervención en lo social: Exclusión e integración en los nuevos escenarios sociales*. Editorial Espacio.
- Cusicanqui Rivera, S. (2013) *El ojo intruso como pedagogía*. Fieldworks Magazine.
- Ellis, C. y Bochner, A. (2000). Autoethnography, personal narrative, reflexivity. En Norman K. Denzin e Yvonna S. Lincoln Eds. *Handbook of qualitative research* (pp.733-768). Sage.
- Ellis, C., Adams, T. y Bochner, A. (2015) Autoetnografía: un panorama. *Revista Astrolabio*, 14.
- Foucault, M. (1996). *Vigilar y castigar*. Editorial siglo veintiuno.
- Freire, P. (2002). *Cartas a quien pretende enseñar*. Siglo Veintiuno.
- Freire, P. (2004). *La educación como práctica de la libertad*. Siglo Veintiuno.
- Freire, P. (2008). *Pedagogía del oprimido*. Siglo Veintiuno.
- Freire, P. (2015) *Pedagogía de la autonomía. Saberes necesarios para la práctica educativa*. Siglo Veintiuno.
- Frejtman, V. y Herrera, P. (2010). *Pensar la educación en contextos de encierro. Aproximaciones a un campo de tensión*. Ministerio de Educación de la Nación.
- Gaete Vergara, M. (2018). *Pedagogías en contextos de encierro en América Latina. Experiencias, posibilidades y resistencias*. Facultad de Filosofía y Humanidades. Universidad de Chile.

Juan Matías Bongiovanni

- Gallo, S. (2015). *Metodología de la filosofía: una didáctica para la enseñanza media*. Universidad Nacional de General Sarmiento.
- Goffman, E. (2019). *Internados. Ensayos sobre la situación de los enfermos mentales*. Amorrortu.
- Guattari, F. y Rolnik, S. (2013). *Micropolítica: Cartografías del deseo*. Tinta Limón
- Jaspers, K. (1953) *La filosofía*. Fondo cultural
- Larrosa J. (2007). Las imágenes de la vida y la vida de las imágenes. *Educación y realidad*, 32(2), pp. 7-22.
- Larrosa, J. (2019). *Esperando no se sabe qué. Sobre el oficio del Profesor*. Candaya.
- Levinas, E. (2002). *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*. Ediciones Sígueme.
- Luévano Martínez, M. (2016). *Comprendiendo lo sociocultural desde la autoetnografía*. V Encuentro Latinoamericano de Metodología de las Ciencias Sociales, 16 al 18 de noviembre, Mendoza, Argentina.
- Nancy, J. L. (2008). *58 indicios sobre el cuerpo*. La Cebra.
- Nietzsche, F. (1979). *Más allá del bien y del mal*. Alianza editorial.
- Pál Pelbart, P. (2016). *Filosofía de la deserción: nihilismo, locura y comunidad*. Tinta Limón.
- Restrepo, E. (2018). *Etnografía: alcances, técnicas y éticas*. Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Ricoeur, P. (1984) *Tiempo y narrativa*. Siglo XXI.
- Scarfó, F. (2006) *Los fines de la educación básica en las cárceles en la Provincia de Buenos Aires*. Tesis para la Licenciatura en Ciencias de la Educación. Universidad Nacional de La Plata.
- Scarfó, F., Cuellar, M. y Mendoza, D. (2016) Debates: sobre el rol de la escuela y de los educadores de adultos en las cárceles. *Cedes*, 36(98), 99-107.
- Scarfó, F., Inda, M., Dappello, V. (2014). Formación en educación en contextos de privación de la libertad desde una perspectiva de Derechos Humanos. En A. M. Rodino, G. Tosi, M. Zenaide y M. B. Fernandez orgs. *Cultura e educação em direitos humanos na América Latina*. (pp. 419-434). UFBP.
- Skliar C. (2011). *Lo dicho, lo escrito, lo ignorado*. Niño y Dávila.
- Skliar, C. (2012). *La escritura: De la pronunciación a la travesía*. Asolectura.
- Skliar, C. (2016). El lenguaje de la norma y los individuos frágiles. *Childhood & Philosophy*, 12(24), pp. 371-389.
- Skliar, C. y Larrosa, C. comp. (2016). *Experiencia y alteridad en educación*. FLACSO/Homo Sapiens

Raul Cadena Palacios

EL TRABAJO EN LAS CÁRCELES DE ECUADOR: UN CONTRASTE ENTRE LAS LEYES Y LAS EXPERIENCIAS LABORALES DE LOS INTERNOS

RAUL CADENA PALACIOS (Universidad Central del Ecuador)

dr_cadena_p@hotmail.com

Resumen: El presente ensayo académico, pretende exponer la realidad del trabajo penitenciario en el Ecuador, partiendo de la incipiente realidad doctrinaria, constitucional y legal que le caracteriza; en ese propósito, analizaremos su naturaleza, elementos, características y fines, que son abordados con mayor precisión por la doctrina internacional, especialmente, la española. Una vez que contemos con estos insumos teóricos, procederemos a la discusión del trabajo penitenciario en Ecuador, en su condición central de régimen y tratamiento, conjugando para su mayor comprensión, variables como la seguridad y el punitivismo. Finalmente, presentaremos de manera empírica, algunos testimonios de personas liberadas, que permitirán fundamentar nuestro trabajo, mismos que han sido receptados de manera libre y espontánea

Palabras clave: trabajo penitenciario, Ecuador, cárceles, liberados, testimonios.

Abstract: This academic essay aims to expose the reality of prison work in Ecuador, starting from the incipient doctrinal, constitutional and legal reality that characterizes it; in that purpose, we will analyze its nature, elements, characteristics and purposes, which area addressed with greater precision by international doctrine, especially Spanish. Once we have these theoretical inputs, we will proceed to the discussion of prison work, in its central condition of regime and treatment, combining variables such as security and punitivism for greater understanding. Finally, we will empirically present some testimonies from liberated people, which will allow us to base our work, which have been received freely and spontaneously

Keywords: Prison work, Ecuador, prisons, liberated released people, testimonies.

Forma de citar: Cadena Palacios, R. (2024). El trabajo en las cárceles de Ecuador: un contraste entre las leyes y las experiencias laborales de los internos. *Prisiones. Revista electrónica del Centro de Estudios de Ejecución Penal*, 2 (6), 129-140.

Recibido: 10-09-2024 | Versión final: 15-01-2025 | Aprobado: 30-01-2025 | Publicado en línea: 14-02-2025



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

Raul Cadena Palacios

EL TRABAJO EN LAS CÁRCELES DE ECUADOR: UN CONTRASTE ENTRE LAS LEYES Y LAS EXPERIENCIAS LABORALES DE LOS INTERNOS

Raul Cadena Palacios

1. Introducción.

Nos hemos acostumbrado, y por muchas décadas, a celebrar el trabajo en el mundo libre, lo cual es loable, pero muy poco o casi nada se dice, sobre el trabajo penitenciario, es decir, sobre la fuerza de trabajo que se desarrollan en los centros carcelarios.

El trabajo penitenciario en el Ecuador es considerado como uno de los ejes de tratamiento de rehabilitación social, consistente en las actividades laborales productivas, de bienes y servicios, que realizan las personas privadas de libertad, en régimen cerrado, y cuya finalidad, es garantizar su reinserción social.

El trabajo carcelario en el Ecuador es un tema que ha generado discusiones a nivel nacional, así como también, en el plano internacional, especialmente en cuanto se refiere a las condiciones, objetivos y la forma en que se organiza.

La realidad del trabajo penitenciario en el Ecuador se enfrenta a varios desafíos, entre los que se destaca la falta de un sistema laboral que ampare a las y los reclusos, la precariedad de las condiciones laborales, el trabajo como herramienta de explotación, el trabajo como eje rehabilitador, etc.

Si bien, en las cárceles ecuatorianas existen actividades laborales que realizan los internos, aquellas resultan marginales, pues no todos los presos se encuentran ocupados realizando tareas de producción o servicios, lo cual no garantiza su posterior reinserción como entes activos de la economía nacional.

La crisis del sistema penitenciario ecuatoriano, agudizada por el abandono estatal como garante principal del ejercicio de los derechos constitucionales de las personas privadas de libertad, considerados como parte del grupo de vulnerables, ha imposibilitado justamente el cumplimiento de la finalidad resocializadora.

En las próximas líneas se realizará un ejercicio de construcción conceptual alrededor del trabajo penitenciario, que nos permita conocer su naturaleza, elementos y finalidad. Advertimos de la escasa literatura existente al respecto en el Ecuador, por lo que recurriremos a doctrina internacional, que nos brindará algunos insumos importantes para aquella construcción.

Posteriormente, analizaremos el trabajo penitenciario, como “disciplina” y como “tratamiento”, a la luz de la legislación vigente en el Ecuador, que regula el funcionamiento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social que titulariza a las personas privadas de libertad como sujetos de derechos y como parte del grupo de vulnerables, y por ende, de atención preferente o prioritaria.

Para fundamentar el análisis anterior, aportaremos algunos aspectos desde la seguridad y el fenómeno del populismo punitivo, cuya primacía radica en el expansionismo del derecho penal y el derecho penitenciario del enemigo.

Finalmente, como parte del estudio empírico, destacaremos algunos testimonios de personas excarceladas, quienes de forma libre, espontánea y voluntaria, nos han narrado su

Raul Cadena Palacios

experiencia laboral dentro de las prisiones ecuatorianas, lo cual nos permitirá contar con elementos validos de contrastación con la teoría.

II. El problema de la definición del trabajo penitenciario.

El problema de la definición del trabajo carcelario es un tema complejo que involucra aspectos jurídicos, sociales, laborales y éticos.

Es uno de los ejes fundamentales del tratamiento penitenciario en el Ecuador, forma parte de los programas que se desarrollan dentro del régimen cerrado¹ y su finalidad está orientada hacia la rehabilitación y reintegración social.

La escasa doctrina y legislación penitenciaria en el Ecuador no ofrece una definición clara y precisa sobre el contenido y alcance del trabajo penitenciario, por lo que se hace necesario recurrir a un ejercicio de doctrina comparada para entender sus elementos.

Barreiro, por ejemplo, define el trabajo penitenciario de la siguiente manera:

La actividad esencialmente laboral que realizan las personas sometidas a penas privativas de libertad, que se caracteriza principalmente por que puede ser remunerada o no, productiva u ocupacional, dentro o fuera del centro penitenciario y que forma parte de una organización con el objetivo de la futura reinserción social de los internos. (Barreiro, 2023, p.14)

De acuerdo a Oseguera, “el trabajo penitenciario denominado también ergoterapia, es una de las medidas que mayor aplicación tiene y la que más estudiosos la propugnan, como el procedimiento más eficaz para alcanzar la resocialización del condenado” (2008, p.73).

Por su parte Suárez, nos brinda la siguiente visión conceptual del trabajo penitenciario:

Desde un punto de vista conceptual, y en nuestra época, se entiende por trabajo penitenciario toda aquella actividad laboral realizada por las personas sometidas a medidas privativas de libertad, de forma remunerada y organizada en los talleres penitenciarios, con el objetivo final de lograr la inserción sociolaboral de los internos que la desarrollan. Esta actividad puede ser dirigida, bien por la propia administración, o en colaboración con empresas públicas o privadas. (Suárez, 2022, p.690)

De lo citado se desprende que el trabajo penitenciario, no deja de ser una actividad laboral que realizan los privados de libertad, dentro de un proceso de tratamiento, y reinserción social. Así lo señala De la Cuesta:

Pocos temas, como el trabajo (o la disciplina), suscitan mayor unanimidad doctrinal en cuanto a su centralidad en la vida penitenciaria. Si régimen y tratamiento penitenciarios constituyen los dos aspectos elementales del marco penitenciario, rara vez se coincide tan ampliamente como al asegurar la especial trascendencia que el desarrollo de una actividad laboral por parte de

¹ Según el art. 697 del Código Orgánico Integral Penal, se entiende por Régimen Cerrado al “...periodo de cumplimiento de la pena que se iniciará a partir del ingreso de la persona sentenciada a uno de los centros de privación de libertad”. Es en estos centros donde deben ejecutarse los planes, programas y/o actividades de tratamiento de las personas privadas de libertad en régimen cerrado, a través de los denominados “ejes”, como son los siguientes: laboral, educativo, cultural, deportivo, salud y de vinculación social y familiar (art. 178, Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social).

Raul Cadena Palacios

los internos alcanza en orden a la adecuada organización de la vida prisional (régimen penitenciario) y para la preparación del interno a la vida en libertad (tratamiento). (De la Cuesta, 1995, p. 207)

Como mencionamos al inicio, Ecuador, no cuenta con una norma constitucional ni legal específica que defina la actividad laboral penitenciaria. Sin embargo, a nivel reglamentario, podemos encontrar, ciertos elementos que guardan relación con el objeto del presente estudio.

Vale decir que de la lectura y contenido de aquellas normas reglamentarias, se conjuga indistintamente los vocablos “régimen” y “tratamiento”, sugiriendo de esta manera, que el trabajo penitenciario en el Ecuador, se desarrolla bajo una dimensión “disciplinaria” y de rehabilitación.

En este orden, el Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social, define al “tratamiento penitenciario”, de la siguiente manera:

Art.179. Tratamiento.- Es la ejecución del plan individualizado de la pena, orientado a superar las causas que influyeran en el cometimiento del delito, procurando el desarrollo de habilidades, competencias y destrezas que permitan la convivencia en el centro, la rehabilitación y reinserción social.

Asimismo, el citado Reglamento describe la forma en que el “trabajo penitenciario” debe ejecutarse a través del denominado “eje laboral”:

Art.186. Eje Laboral. Será ejecutado mediante actividades laborales, ocupacionales y productivas y de servicios con el fin de desarrollar capacidades, habilidades y destrezas de carácter artesanal, intelectual, manufacturero o producción en planes, programas y proyectos que promuevan la formación y capacitación para el trabajo, producción y comercialización de los productos, bienes y servicios elaborados por las personas privadas de la libertad, en coordinación con entidades públicas y privadas; y conforme a los lineamientos del ministerio del trabajo en el ámbito de sus competencias.

Si bien, la norma reglamentaria citada no ofrece una definición concreta sobre el trabajo penitenciario, abona algunos elementos que permiten su comprensión al menos teórica, pero que contrastan con la realidad

Las condiciones en las que los internos llevan adelante sus actividades laborales y los beneficios que realmente obtienen son mínimos, con relación a lo que se establece en la normativa jurídica; así por ejemplo, los salarios, en su mayoría, no son adecuadamente remunerados, o simplemente no se les paga; las condiciones de trabajo resultan ser inseguras, pues no disponen de formación adecuada ni de los equipos necesarios para realizar sus tareas en los talleres o en actividades de limpieza de los mismos centros carcelarios.

Aunque la normativa establece que el trabajo debe servir para la capacitación y rehabilitación (art. 203, Constitución del Ecuador) en la práctica la mayoría de las personas privadas de libertad no tienen acceso a programas formativos adecuados que les permitan adquirir habilidades y destrezas en materia laboral, ya que muchos de los trabajos que realizan son repetitivos y no siempre calificados.

Raul Cadena Palacios

Otra de las dificultades que el trabajo penitenciario encuentra en la práctica es el problema del hacinamiento y la falta de estructura adecuada, lo que impide la realización de un trabajo más organizado y eficiente. El hacinamiento carcelario que caracteriza al Ecuador, y que muchas veces lleva a la violencia interna, dificulta la generación de un entorno laboral productivo y rehabilitador.

El contraste del trabajo penitenciario en el Ecuador responde a una crisis estructural del sistema, marcada por la explotación, la falta de formación profesional, las condiciones precarias y la falta de oportunidades para una verdadera reintegración social, pese a que en el papel, se establecen principios de rehabilitación, dignidad laboral y remuneración justa. Siguiendo este proceso de problematización de la definición del trabajo penitenciario, la literatura al respecto nos invita a inmiscuirnos en el debate de su naturaleza, bajo la categoría de “derecho” y “obligación”. Desde una lectura obligada de los derechos humanos, el trabajo penitenciario, se constituye en un derecho esencial del ser humano, cuyo ejercicio está garantizado por el art. 33 de la Constitución del Ecuador, así como en los instrumentos internacionales específicos, cuyos titulares lo son también las personas privadas de libertad.

III. El trabajo penitenciario entre el régimen el tratamiento rehabilitador.

El sistema penitenciario ecuatoriano, como en muchos países, enfrenta una serie de desafíos relacionados con la administración de las penas y la rehabilitación de los internos. En este contexto, el trabajo carcelario se presenta como un factor importante tanto para la ocupación como para la rehabilitación de las personas privadas de libertad.

Si bien el art.33 de la Constitución del Ecuador considera al trabajo como “un derecho y un deber social”, el Reglamento de Rehabilitación Social, citado más arriba, implícitamente define al trabajo penitenciario como un “derecho”.

Art.187. Objetivos del eje laboral. Los objetivos del eje laboral son:

1. Garantizar el derecho de las personas privadas de libertad a participar en actividades laborales, productivas, ocupacionales y/o de servicios, a fin de generar habilidades y competencias que sean herramientas útiles para su posterior reinserción y permanencia en la sociedad como entes productivos.
(...)

Esta perspectiva legal sobre el trabajo que realizan los internos en los centros de privación de libertad, ora como “derecho” ora como “obligación”, está diseñado con el objetivo de lograr la rehabilitación y resocialización. En la realidad, los presos ecuatorianos son obligados a cumplir determinadas actividades sin ningún impacto favorable en los procesos de rehabilitación y reintegración social.

El problema se complica aún más, cuando, quien dirige la administración penitenciaria, como resulta ser en el caso ecuatoriano, son las fuerzas de seguridad, unas veces por la Policía Nacional y otras por las Fuerzas Armadas, cuyo desempeño responde a una dimensión securitista antes que humanista, represiva antes que preventiva. Bajo esta lógica, actualmente las cárceles ecuatorianas se encuentran bajo el control de las fuerzas militares, en el contexto del estado de excepción² declarado por el Presidente Noboa a inicios

² Decreto Ejecutivo No. 110 del 8 de enero de 2024 y No. 111 del 9 de enero de 2024, y en cuya exposición de motivos se aduce altos índices de violencia criminal en el país, a través de la presencia

Raul Cadena Palacios

del 2024. Fuerzas Armadas que, al amparo del art.158 de la Constitución del Ecuador, tienen la misión de defensa de la soberanía y la integridad territorial, más no de la protección y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad, y cuyo fin será la rehabilitación integral (art. 201 Constitución del Ecuador).

La dimensión securitista impide justamente la realización y goce efectivo de los derechos contemplados en la norma superior, y de los cuales las personas privadas de libertad son sus titulares (arts. 35 y 51 Constitución del Ecuador). Así, los derechos constitucionales de los que gozan, una vez más, las personas privadas de libertad, y en los que se consagran el derecho al trabajo con sus particularidades, difícilmente puede ser ejercitado bajo aquella dimensión.

Gual, refiriéndose al trabajo penitenciario en las cárceles federales argentinas, señala lo siguiente:

El trabajo carcelario, lejos de una práctica social autónoma, puede ser considerado una arista estratégica del régimen penitenciario, que junto a otras prácticas relevantes permiten comprender la constitución de un orden interno en la prisión, sumamente precario y negociado colectivamente. (Gual, 2017, p. 91)

En este sentido, el trabajo penitenciario estaría orientado hacia el control y la seguridad dentro de los centros de privación de libertad, configurándose -el trabajo penitenciario- no solo como una obligación, sino como una herramienta del régimen para el cumplimiento de las normas y la disciplina interna. El trabajo (tareas artesanales, manufactureras, etc.) que cumplen los internos, es precario y minimiza su condición de prisionero y trabajador.

Según el Manual de Seguridad Dinámica e Inteligencia Penitenciaria (UNODC, 2015), refiriéndose a los derechos humanos de las personas privadas de libertad y su relación con la seguridad, señala lo siguiente:

El trato de los reclusos de manera humana no entorpece la seguridad y el orden en los establecimientos penitenciarios. Por el contrario, resulta fundamental para garantizar que una cárcel sea segura. Las buenas prácticas en la gestión penitenciaria han demostrado que cuando se respetan los derechos humanos y la dignidad de los reclusos y cuando se los trata de manera justa es menos probable que estos provoquen disturbios y alteren el orden, además de aceptar la autoridad del personal penitenciario sin inconvenientes (UNODC, 2015, p. 4).

de organizaciones criminales y la desnaturalización de la finalidad carcelaria, entre otros. Por lo que se procede a la declaratoria de excepción en todos los centros de privación de libertad del país, declaradas además como “zonas de seguridad” por la existencia de grupos de delincuencia organizada, que mediante los denominados “autogobiernos” mantenían el control de las prisiones ecuatorianas.

<https://static.poder360.com.br/2024/01/ecuador-decreto-estado-excecao-8-jan-2024.pdf>

[https://www.comunicacion.gob.ec/wp-](https://www.comunicacion.gob.ec/wp-content/uploads/2024/01/Decreto_Ejecutivo_No._111_20240009145200_20240009145207.pdf)

[content/uploads/2024/01/Decreto Ejecutivo No. 111 20240009145200 20240009145207.pdf](https://www.comunicacion.gob.ec/wp-content/uploads/2024/01/Decreto_Ejecutivo_No._111_20240009145200_20240009145207.pdf)

Raul Cadena Palacios

Derecho y seguridad, no son antinómicas, de hecho se complementan una con la otra, son parte de una misma realidad, porque estas dos nociones constituyen cada una de ellas un elemento fundamental para el ejercicio democrático de un Estado republicano. Así, la educación, el trabajo, la salud, la seguridad, etc., convertidos en derechos, requieren justamente de la promoción, protección y garantía por parte del Estado. Si no se entiende así el ejercicio de los derechos constitucionales, el trabajo penitenciario, sería concebido, como castigo, característico de las prisiones del siglo XVIII y XIX y cuyas leyes sobre el trabajo eran más claramente punitivas (Naciones Unidas, 1995, p. 2) Aunque actualmente no hay evidencia de “trabajos forzados” en las cárceles ecuatorianas, si hay información sobre tratos crueles, inhumanos y degradantes por parte de las fuerzas militares en contra de las personas privadas de libertad³ que van desde los golpes, insultos, restricción de los servicios básicos, restricción de la alimentación, violaciones, incomunicación, entre otros tratos. Y es que, claramente, estamos asistiendo a una oleada punitivista cada vez más recurrente en nuestras sociedades, que reclaman mayor castigo y menor accesibilidad al ejercicio de los derechos o beneficios carcelarios.

Frente a la visión punitiva del trabajo penitenciario, se presenta el enfoque rehabilitador, que permita justamente desarrollar las capacidades de los internos, lograr su rehabilitación y posterior reinserción en la sociedad y en el mercado laboral. Este enfoque permite además que el trabajo penitenciario se desarrolle de manera digna, con remuneraciones justas y que contribuya al mejoramiento de la calidad de vida dentro de las prisiones.

De ahí, el desafío actual que tiene el sistema penitenciario ecuatoriano, consistente en la construcción de un modelo integral que articule el régimen con los programas de tratamiento, y en el que, el trabajo penitenciario no sea considerado como un castigo sino un verdadero y efectivo derecho.

IV. La experiencia de los liberados. Una versión empírica de su realidad.

Para efectos del presente trabajo investigativo, entrevistamos a varios liberados que cumplieron su condena en el Centro de Rehabilitación Social de Cotopaxi, ubicado en la provincia del mismo nombre; Centro de Rehabilitación Turi, ubicado en la provincia del Azuay; y la Penitenciaría del Litoral, en la provincia del Guayas, con la finalidad de obtener su testimonio, frente al trabajo penitenciario desarrollado en dichos centros de rehabilitación social conocidos como CRS.

El número de entrevistados es insuficiente y no constituye una muestra representativa que permita comprender de manera adecuada la realidad del trabajo penitenciario en el

³ CDH. Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos. 2024. <https://www.cdh.org.ec/ultimos-pronunciamientos/622-monitoreo-de-carceles-ocupadas-por-militares-21-22-enero-2023.html>

“Descripción de prácticas de tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes expuestas por personas privadas de libertad dentro de audiencia de Habeas Corpus realizada el jueves 1 de febrero de 2024. Proceso constitucional Número 09U01202400061. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J2VzY3JpdG8nLCB1dWlkOidmNmE2MDIzNy05ZWl1LTQ4YzktYTMyMi03ZDRiZDY3ZjFIODEucGRmJ30=

Raul Cadena Palacios

Ecuador. Hemos accedido a diez ex reclusos, hombres, mayores de 23 años, quienes fueron condenados a una pena privativa de libertad menor a 5 años, y quienes de manera libre y voluntaria accedieron a este ejercicio metodológico.

Cuadro N° 1. Testimonio de liberados de cárceles del Ecuador

Entrevistado	Durante su tiempo en prisión, ¿Ud. realizaba algún tipo de trabajo?	¿Qué actividad desarrollaba?	¿Gozaba de alguna remuneración en prisión mientras trabajaba?	¿Actualmente se encuentra trabajando?
“Carlos”	SI	Panadería	NO	NO
“Luis”	SI	Cocina	NO	SI
“Juan”	SI	Artesanías	NO	NO
“Manuel”	NO			SI
“José”	NO			NO
“Ismael”	SI	Carpintería	NO	SI
“John”	NO			NO
“Kevin”	SI	Carpintería	NO	SI
“Junior”	NO			NO
“Leonardo”	SI	Panadería	NO	NO

Fuente: Entrevistas propias realizadas en julio de 2024

Los diez entrevistados tuvieron que cumplir una pena privativa de libertad de tres a cinco años de duración, impuesta mediante sentencia condenatoria por los tribunales penales respectivos. Como se puede apreciar en el Cuadro N° 1, seis personas respondieron que durante su privación de libertad tenían una actividad laboral que desarrollaban dentro del recinto penitenciario. De ellos, dos manifestaron que trabajaban como ayudantes en carpintería, dos en panadería, uno en cocina, y el restante realizando artesanías.

A las dos personas liberadas que desarrollaban labores de carpintería en los centros de privación de libertad del Ecuador se les preguntó si percibían algún tipo de remuneración y contestaron que no. Estas mismas dos personas nos manifestaron que su tiempo de prisión se había extendido por tres y cuatro años respectivamente, no tenían antecedentes judiciales y antes de ser encarcelados habían trabajado en talleres de carpintería, en donde aprendieron el oficio. Actualmente se encuentran trabajando en el oficio de la carpintería, uno de ellos con su propia familia, y el otro en el taller de un amigo.

A las dos personas que se dedicaba a las actividades de panadería se les preguntó si percibían alguna remuneración por dichas tareas, a lo cual respondieron enfáticamente que no. Cumplían una pena privativa de libertad de cinco años, aseguraron que era una tarea que no les gustaba realizar, pero que lo hicieron por ocupar el tiempo y optar por los beneficios penitenciarios.

La persona que se dedicaba a la cocina refirió que tampoco percibía remuneración alguna por su actividad. Señaló que alguna vez aprendió a cocinar y que él mismo se ofreció a trabajar en la cocina del centro de privación de libertad. Su pena fue de tres años y siete meses de privación de libertad.

Raul Cadena Palacios

El liberado que se ocupaba en actividades artesanales cumplió una pena privativa de libertad de cuatro años, y cuando se le preguntó si por dichas actividades percibía alguna clase de remuneración económica señaló que no. Destacó que el trabajo que realizaba, así como sus compañeros, era demasiado controlado y no había libertad de trabajar.

De las personas que respondieron que no habían realizado ninguna actividad laboral en los centros de privación de libertad, tres excarcelados señalaron que si bien realizaron alguna actividad como ayudantes en panadería, cocina y en elaboración de artesanías, fue esporádico, con la única finalidad de cumplir con los puntos válidos para obtener un beneficio penitenciario. Otros de los que inicialmente señalaron que no habían realizado ninguna actividad laboral mientras estaban en prisión, en realidad sí estaban ocupados en áreas como peluquería, que consideraron como una actividad de “pasatiempo” y que, por tal actividad, tampoco recibieron ninguna remuneración.

Todos los entrevistados, coincidieron en señalar que las actividades que desarrollaban durante su permanencia en prisión eran justamente para ocupar el tiempo, para no mantenerse en el ocio. Señalaron también, de manera enfática, que dichas actividades no cumplen o no tienen la finalidad resocializadora, porque el contexto de violencia que se vive en las prisiones ecuatorianas no permite tal fin.

Uno de ellos manifestó que los militares, quienes están al frente de la administración penitenciaria, desde que entraron a los centros les obligaron a realizar trabajos específicos pese a que los presos no tenían el conocimiento necesario para realizar esas actividades.

Todos los entrevistados señalaron de manera enfática que los centros de privación de libertad, en los que ellos cumplieron su condena, no cuentan con las condiciones necesarias para desarrollar actividades laborales y productivas que permitan el efecto resocializador. Al contrario, manifiestan que la violencia intracarcelaria vivida durante los últimos años impide tener talleres de trabajo con herramientas adecuadas, pues cuando estalla un motín, todo estos materiales desaparecen de los centros.

Parar finalizar la entrevista, la mitad de ellos señalaron contar actualmente con una actividad o una ocupación, pero que la misma la habían aprendido antes de estar en prisión. Es decir, en la cárcel no aprendieron ningún tipo de trabajo u oficio que les permita integrarse como ente productivos de la sociedad. Los que no tienen ocupación actual señalaron haber sido víctimas de discriminación, y de exclusión social, pues pese a contar con algún tipo de conocimiento en pastelería o panadería, no lograra obtener un empleo o trabajo formal.

V. Conclusiones.

El trabajo penitenciario en el Ecuador, como parte de los ejes de tratamiento, entendiéndose como planes y programas dedicados a la rehabilitación y reinserción social, si bien constituye una garantía constitucional, exige una mayor claridad en sus dispositivos constitucionales y legales, lo que permitirá el pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas privadas de libertad. En especial, el derecho al trabajo, como materia que nos ocupa.

El problema se agudiza, debido a la escasa producción doctrinaria y académica alrededor de la cuestión penitenciaria en el Ecuador, que impide su discusión de manera reflexiva y científica. Por ello se hace menester crear espacios de discusión en los que se aborde y analice el problema del trabajo en prisión.

Raul Cadena Palacios

Resulta fundamental conocer desde la doctrina, y el ordenamiento jurídico internacional, la naturaleza del trabajo penitenciario, su definición, elementos y fines. Que puedan adecuarse a la normativa y doctrina penitenciaria nacional, y a partir de ahí, comprender la realidad penitenciaria ecuatoriana, y de forma particular, el trabajo penitenciario.

El problema del trabajo penitenciario, así como del sistema prisional ecuatoriano en general, se desarrolla de manera marginal, y en medio de una crisis profunda, que impide el pleno ejercicio de los derechos humanos de los privados de libertad, y por ende, la irrealización de la finalidad de la pena, a pesar de caracterizarse al Ecuador por un marco constitucional de derechos y justicia.

El trabajo penitenciario se ve también agravado, aún más, por corrientes como el populismo punitivo que posicionan desde su discurso securitista al derecho penal y derecho penitenciario del enemigo, que se traduce este último en la eliminación o restricción de los beneficios o derechos penitenciarios. A esto se suma el ejercicio de la administración penitenciaria por parte de las fuerzas de seguridad del Estado -policía y militares- encargados de roles totalmente distintos, según dispositivos constitucionales y legales.

Bajo esta lógica securitista, el trabajo de las personas privadas de libertad se estaría desarrollando de manera “disciplinaria” -antes que ocupacional y productivo- y “forzoso” -antes que ejercitado como un derecho- lo que es corroborado por testimonios de liberados, quienes de manera libre y voluntaria accedieron a ser entrevistados.

Sus testimonios desvelan la realidad del trabajo en las prisiones ecuatorianas como uno de los ejes en el tratamiento penitenciario, que no coadyuva al desarrollo de habilidades, competencias y destrezas que permitan justamente la convivencia dentro de los centros de privación de libertad, la rehabilitación y reinserción social.

Urge problematizar, el trabajo penitenciario como eje fundamental de reintegración social. De ahí la necesidad de seguir abriendo espacios de pensamiento y discusión alrededor de la cuestión penitenciaria, no solo en Ecuador, sino en América toda.

Referencias

- Barreiro, I. (2023). *El trabajo penitenciario*. Tesis de grado en Derecho, Universidad de Valladolid. https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/66800/TFG-D_01642.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Constitución del Ecuador (2008). <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/constitucion-republica-ecuador>
- De la Cuesta Arzamendi, J. L. (1995). El trabajo de los internos en el Derecho Penitenciario Español. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 33).
- Gual, R. (2017). La prisión y la fábrica. Notas sobre el trabajo carcelario en el sistema penitenciario federal argentino. *Revista Delito y Sociedad*, 1(43), pp. 91-120.
- Naciones Unidas. (1955). *Trabajo penitenciario*. https://www.unodc.org/documents/congress/Previous_Congresses/1st_Congress_1_955/084_ST_SOA_SD_5_Prison_Labour_S.pdf
- Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2015). *Manual de Seguridad Dinámica e Inteligencia Penitenciaria*. <https://www.unodc.org/documents/justice->

Raul Cadena Palacios

[and-prison-reform/Manual de Seguridad Dinamica e Inteligencia Penitenciaria.pdf](#)

Oseguera, M. (2008). *El trabajo obligatorio en los centros de readaptación social de México*.

Tesis para acceder al grado de Licenciatura en Derecho. Disponible en:

<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina37276.pdf>

Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social. (2020).

[https://atencionintegral.gob.ec/wp-content/uploads/2020/08/Reglamento-del-](https://atencionintegral.gob.ec/wp-content/uploads/2020/08/Reglamento-del-Sistema-de-Rehabilitacio%CC%81n-Social-SNAI-2020_compressed.pdf)

[Slstema-de-Rehabilitacio%CC%81n-Social-SNAI-2020_compressed.pdf](https://atencionintegral.gob.ec/wp-content/uploads/2020/08/Reglamento-del-Sistema-de-Rehabilitacio%CC%81n-Social-SNAI-2020_compressed.pdf)

Suarez, J. (2022). *El trabajo en el medio penitenciario*. UBE.

Raul Cadena Palacios