

Bogotá D.C., septiembre de 2021

Señor

Juan Diego Gómez Jiménez

Presidente

Senado de la República

Señora

Jennifer Kristin Arias Falla

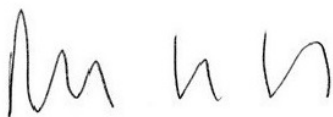
Presidenta

Cámara de Representantes

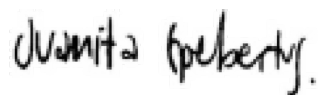
Referencia: Informe de rechazo de las objeciones presidenciales al proyecto de ley 093 de 2019S y 498 de 2020C, "Por medio del cual se adoptan acciones afirmativas para mujeres cabeza de familia en materias de política criminal y penitenciaria, se modifica y adiciona el Código Penal, la Ley 750 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones".

En cumplimiento a la designación hecha por la Mesa Directiva del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, como miembros de la Comisión Accidental integrada para evaluar las objeciones presentadas por el señor Presidente Iván Duque Márquez al proyecto de la referencia, nos permitimos rendir informe sobre las mismas.

Cordialmente,



Rodrigo Lara Restrepo
Senador



Juanita Goebertus Estrada
Representante a la Cámara

INFORME SOBRE LAS OBJECIONES PRESIDENCIALES AL PROYECTO DE LEY 093 de 2019S y 498 de 2020C, “Por medio del cual se adoptan acciones afirmativas para mujeres cabeza de familia en materias de política criminal y penitenciaria, se modifica y adiciona el Código Penal, la Ley 750 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones”.

Por medio del oficio recibido el 10 de agosto de 2021, el señor Presidente del Senado de la República, Juan Diego Gómez Jiménez, designó al suscrito senador como miembro de la Comisión Accidental para el estudio de las objeciones presidenciales al Proyecto de Ley 093 de 2019S y 498 de 2020C, “Por medio del cual se adoptan acciones afirmativas para mujeres cabeza de familia en materias de política criminal y penitenciaria, se modifica y adiciona el Código Penal, la Ley 750 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones”.

De la misma manera, por medio del oficio recibido el 24 de agosto de 2021, la señora Presidenta de la Cámara de Representantes, Jennifer Kristin Arias Falla designó a la suscrita representante como miembro de la comisión.

En virtud de la designación hecha, a continuación presentamos el siguiente informe:

I. CONSIDERACIONES PROCEDIMENTALES

En primer lugar, hay que precisar la oportunidad de la presentación de las objeciones por parte del Presidente de la República. Conforme al artículo 166 de la Constitución, el Presidente cuenta con 6 días hábiles para objetar proyectos de ley de un máximo de 20 artículos. De acuerdo con la Corte Constitucional, dicho término empieza a contar a partir del día hábil siguiente a la recepción del proyecto para sanción presidencial. Para el asunto que nos convoca, esto sucedió el 6 de julio de 2021, por tanto, el plazo para objetar era hasta el 14 de julio de 2021. El señor Presidente radicó el documento ante el Congreso de la República el pasado 11 de julio como consta en la Gaceta 784 del 15 de julio del 2021.

II. CONSIDERACIONES DE FONDO SOBRE LAS OBJECIONES PLANTEADAS

El informe de objeciones remitido al Congreso de la República consta de dos partes, que se pueden resumir de la siguiente manera.

En primer lugar, el informe hace referencia a la alegada inconstitucionalidad parcial frente a algunos de los artículos del proyecto de ley, al extender el servicio de utilidad pública como pena sustitutiva a los delitos de los artículos 340, 240, 241, 376 y 277 del Código Penal, y demás delitos con pena inferior a 8 años. Este argumento está basado, por un lado, en la violación al artículo 2 de la Constitución Política en relación con el fin del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados constitucionalmente, así como asegurar la convivencia pacífica y un orden justo. Por otro lado, el argumento se basa en el riesgo que corren los compromisos internacionales para combatir el crimen organizado y el narcotráfico de acuerdo a los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano.

En segundo lugar, el informe se refiere a una omisión legislativa relativa al limitar el servicio de utilidad pública como pena sustitutiva exclusivamente a las mujeres o madres cabeza de familia.

A continuación, se procederá a responder a estas objeciones en dos acápites, en los que se sostendrá la constitucionalidad del proyecto de ley objetado, de conformidad con el trámite que se le dio en el Congreso de la República.

1. Objeción por inconstitucionalidad parcial frente a los artículos 2, 4 y 7 del proyecto de ley

1.1. Violación al artículo 2 de la Constitución Política

El Gobierno nacional sostiene que los artículos 2, 4 y 7 del proyecto de Ley de la referencia contravienen el artículo 2 de la Constitución Política *“que establece que los fines del Estado son servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios y deberes consagrados en la Constitución, así como los de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo; y que le impone a las autoridades de la República el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares”*.

Manifiesta el Gobierno Nacional que comparte el concepto emitido por el Consejo Nacional de Política Criminal según el cual la iniciativa *“está acorde con la nueva tendencia de alternatividad penal, adoptando una medida diferente para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad —como lo es el servicio de utilidad pública— y procurando también dar aplicación a los principios de mínima intervención y subsidiariedad del derecho penal.”*

Asimismo, el Gobierno reconoce *“que la medida sustitutiva de la pena privativa de la libertad de la que trata el proyecto de ley, coadyuva al propósito de contribuir a la resocialización como fin de la pena, propendiendo por la inclusión del sujeto*

sancionado en el espectro de la convivencia social, en aras de contribuir con su rehabilitación y reintegración a la comunidad". El gobierno reconoce, igualmente, que el proyecto de Ley contribuye a superar el hacinamiento en los centros penitenciarios.

A pesar de ello, considera que "[e]xtender **el beneficio** del servicio de utilidad pública como pena sustitutiva de prisión a delitos graves y de alto impacto social como ocurre en el caso del concierto, hurto y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, destinación ilícita de muebles e inmuebles con fines de narcotráfico y demás conductas punibles cuya pena impuesta sea superior a 6 años e igual o inferior a 8 años, va en contravía de la obligación del Estado de investigar, juzgar y **sancionar severamente**- con pena privativa de la libertad- ese tipo de conductas y del derecho de las víctimas de tales delitos a la verdad, justicia y a la reparación (énfasis agregado)".

Sea lo primero aclarar que este proyecto de Ley actualiza los presupuestos de intervención mínima del Estado, es decir, que se penarán las conductas que sean consideradas como las más lesivas de los bienes jurídicos tutelados. La iniciativa responde a los supuestos planteados por el principio de subsidiaridad, lo que significa que el Estado acudirá al derecho penal y sus penas solamente cuando no exista otra vía o conducto más efectivo para repeler una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado. Asimismo, la norma responde de manera concreta y efectiva a los fines de la pena, a saber: la resocialización, rehabilitación y reintegración del penado.

En ese orden de ideas, el Proyecto de Ley número 093 de 2019 Senado, 498 de 2020 Cámara concreta lo siguiente: primero, el cumplimiento de la normatividad internacional y nacional de protección de DDHH; segundo, protege al Estado de posibles demandas por afectación de DDHH de las personas privadas de la libertad; y tercero, permite descongestión de la administración de justicia, pues se reducirán el número de tutelas que propende la protección de los DDHH de las personas privadas de la libertad.

Con el ánimo de aclarar esta materia, a continuación, se hará referencia a la jurisprudencia constitucional sobre una política criminal efectiva y la alternatividad penal como una medida no solo válida constitucionalmente, sino también fácticamente y con probada efectividad para hacer frente a los desafíos del sistema penal y carcelario. Posteriormente, se expondrán las principales cifras por las cuales la medida de alternatividad penal debe concentrarse en los delitos mencionados cometidos por madres cabeza de familia, con base en dos estudios empíricos que fueron parte fundamental de la exposición de motivos de este proyecto de ley. Por último, se hará una referencia específica a los reparos que esta sección del informe de objeciones presidenciales presenta, para concluir su improcedencia.

1.1.1. La alternatividad penal como una medida válida constitucionalmente para hacer frente a los desafíos del sistema penal y carcelario

La Corte Constitucional ha señalado en vasta jurisprudencia los fundamentos mínimos que debería tener una política criminal en Colombia, que cumpla con los fines del Estado en relación con la protección de los compromisos internacionales al tiempo que resguarda los derechos humanos.

La sentencia T-762 de 2015 unificó dichos criterios y estableció que una política criminal debe, entre otros: i) tener una fundamentación empírica que guíe cualquier intervención legislativa, administrativa o judicial en materia penal; ii) la coherencia entre las fases de la política criminal y las distintas medidas que se tomen; iii) privilegiar el uso del derecho penal como última medida del Estado para hacer frente a los conflictos entre las personas; iv) la racionalidad del uso de la prisión y el incentivo de medidas distintas a la misma; v) el fin primordial de la política criminal de buscar la resocialización de los condenados, y, vi) el deber de la política criminal de proteger los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad.

El proyecto de ley en cuestión desarrolla y fortalece estos aspectos de la política criminal colombiana. Frente al primer punto, asegura la fundamentación de su decisión en los datos empíricos que señalan la excesiva penalización de sujetos de poco valor y que son completamente fungibles en la cadena del narcotráfico y en otras organizaciones criminales, lo que resulta ineficaz y poco estratégico en el logro de la lucha efectiva contra estos fenómenos. Además, la fundamentación de la política criminal basada en datos evita la definición de las sanciones penales con base en argumentos de populismo punitivo y de percepción de seguridad, en contravía de lo que implica la implementación de acciones de política criminal efectivas y estratégicas que contribuyan al desmantelamiento de las organizaciones criminales.

Frente al segundo punto, este proyecto de ley aporta a la estrategia vigente en materia de persecución penal de organizaciones criminales y del narcotráfico, desarrolladas tanto en el Direccionamiento Estratégico vigente de la Fiscalía General de la Nación, como en el Plan Nacional de Política Criminal, recientemente aprobado.

El Direccionamiento Estratégico 2020-2024 de la Fiscalía resalta la importancia del desmantelamiento de las organizaciones criminales a nivel nacional en materia de seguridad ciudadana y paz, para lo cual, entre otras estrategias, señala la necesidad de “concentrar los esfuerzos investigativos en objetivos de alto valor y en fenómenos criminales priorizados” y establece:

Objetivos de alto valor estratégico 22. *Identificación de objetivos de alto valor. Las organizaciones criminales actualmente están estructuradas a partir de redes conformadas por puntos nodales. Por ejemplo, las organizaciones dedicadas al*

narcotráfico pueden estar conformadas por nodos encargados de la producción de la sustancia, su comercialización, la seguridad de la organización y la cooptación estatal. Estos nodos son componentes fungibles de la organización. **Por esta razón, las estrategias dirigidas a capturar y judicializar a miembros individuales no son eficaces para lograr la desarticulación de las organizaciones criminales. Para contribuir con este objetivo, es necesario que identifiquemos e impactemos los objetivos de alto valor para las organizaciones criminales.**

Se ha probado que la investigación y judicialización de los eslabones débiles de las cadenas criminales no aporta nada al logro de resultados en la lucha contra el narcotráfico y el crimen organizado. Por esta razón, es necesario concentrar los esfuerzos investigativos en estrategias que aporten al desmantelamiento efectivo de las organizaciones criminales y a la identificación de máximos responsables. En el mismo sentido, el Plan Nacional de Política Criminal plantea como acciones dentro de los objetivos de la de prioridad 3, sobre disrupción del crimen organizado, el terrorismo, sus finanzas ilícitas y actores dinamizadores que generan mayores escenarios de violencia, las siguientes:

- *Aumentar la efectividad en la persecución de los eslabones más fuertes de la cadena criminal en los delitos relacionados con los recursos naturales, el medio ambiente, el contrabando, la extorsión, el tráfico de armas, estupefacientes y de migrantes.*
- *Adoptar e implementar medidas para la persecución efectiva de los eslabones más fuertes de la cadena criminal del narcotráfico, la extracción ilícita de minerales, el contrabando, y delitos relacionados.*
- **Diseñar e implementar salidas alternativas al ejercicio de la acción penal para población vulnerable obligada a participar en economías ilegales.**

Aunado a esto, en la prioridad cuatro del Plan, sobre “humanizar el sistema penitenciario, fortalecer la resocialización y disminuir la reincidencia criminal” se establecen como acciones estratégicas:

1. *Promoción de la alternatividad penal, incluyendo la disminución del uso de la privación de la libertad y de la detención preventiva.*
- *Promover el uso prioritario y razonable de las penas y medidas alternativas a la privación de la libertad dirigidas a personas de menor riesgo de reincidencia, a través de la aplicación del sistema de alternatividad existente en la legislación colombiana.*
 - *Realizar campañas de promoción y socialización, con destino a las instituciones y la ciudadanía, sobre de las ventajas de aplicar las penas y medidas alternativas a la privación de la libertad existentes, como forma una de justicia que reduce la reincidencia.*

El régimen de sanciones alternativas a la pena de prisión en el caso de los eslabones más débiles de las cadenas de organizaciones criminales y que, normalmente, se trata de población que por sus condiciones de vulnerabilidad se ha visto forzada a participar en economías ilegales o a cometer ciertos crímenes, es completamente compatible con la estrategia criminal vigente en Colombia, que además favorece el respeto y reivindicación de los derechos fundamentales de poblaciones vulnerables, sujetos de protección constitucional reforzada, como lo son las mujeres cabeza de hogar y sus familias.

En suma, la política criminal colombiana, expresada en los documentos oficiales y la jurisprudencia mencionados, asume un tratamiento alternativo y más benéfico para los eslabones débiles de las cadenas del narcotráfico, pues éstos en general (i) son irrelevantes respecto de la represión de las estructuras de crimen organizado, y (ii) consisten en comportamientos que en sí mismos no producen impactos apreciables. Argumento que se refuerza cuando dichos comportamientos son realizados por personas de grupos vulnerables y de protección constitucional reforzada.

Frente al tercer y cuarto punto, relacionados con el uso del derecho penal como última medida; el uso racional de la pena de prisión; y el incentivo de sanciones alternativas, el Ministerio de Justicia y del Derecho, a través del Viceministerio de Política Criminal, en un análisis de política criminal realizado sobre la proporcionalidad de las penas en Colombia, encontró que en casi la totalidad de los delitos (94.3%) implican para su responsable la pena de prisión. Así, "siendo múltiples los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal y múltiples las formas de lesión o puesta en peligro de dichos bienes, el principio de proporcionalidad supone la determinación de un amplio espectro de respuestas a las conductas punibles. Esto quiere decir que la pena de prisión, dada su gravedad y la cantidad de derechos que afecta, no puede ser la única ni la principal respuesta a los comportamientos delictivos".¹

Teniendo en cuenta esto, las iniciativas legislativas de política criminal también deben responder al principio de proporcionalidad de la pena: gravedad del bien jurídico tutelado y la pena por sí misma. El proyecto de ley atiende también este principio al encontrar un equilibrio entre la sanción a imponer por la gravedad de la lesión al bien jurídico protegido, la resocialización y el cumplimiento de la pena en condiciones de dignidad por fuera de los centros de reclusión que tienen distintas fallas estructurales que impiden que la pena privativa de la libertad se desarrolle en condiciones dignas. De esta manera, también se legitima el poder sancionatorio del Estado al prever sanciones

¹ Cita Triana, Ricardo Antonio y González Amado, Iván. (2017). La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana. (pp 239 y ss). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

justas y humanas para mujeres privadas de la libertad cuyas condiciones económicas y sociales han sido determinantes para la comisión de este tipo de delitos².

En el mismo sentido, los subrogados penales o mecanismos sustitutos de la pena, como medidas que permiten reemplazar una pena restrictiva por otra más favorable, tienen como fundamento la humanización del derecho penal y la motivación para la resocialización del delincuente, lo que permite que la sanción penal cumpla con los criterios constitucionales de necesidad, utilidad y proporcionalidad. En otras palabras, si los mismos fines de una sanción pueden lograrse a través de otras figuras, debe optarse por la más favorable para garantizar la dignidad del condenado, dado que la opción más restrictiva no cumpliría con los criterios de necesidad y utilidad.³

Frente al quinto punto, relativo al fin primordial de la política criminal de buscar la resocialización de los condenados, la Corte Constitucional también ha resaltado la importancia de contar con elementos que promuevan la resocialización como un derecho que debe tener consecuencias concretas. Así, aunque el encarcelamiento tiene probabilidades de reforzar la criminalidad en algunas personas y crea un efecto estigmatizante que dificulta la reinserción, muchos países occidentales tienden a privilegiar esta medida. Así lo probó el estudio realizado por el profesor Santiago Tobón de la universidad EAFIT, recientemente publicado en MIT Press, en el que se encontró que las precarias condiciones carcelarias favorecen la creación del capital criminal de las personas privadas de la libertad, lo que produce un efecto abiertamente contrario a la resocialización, entendida como uno de los fines esenciales de la pena.

En el mismo sentido, en un estudio sobre la proporcionalidad de las penas en Colombia, Ricardo Triana e Iván González Amado señalaron que una pena de prisión, ejecutada en las condiciones en las que puede cumplirse hoy en Colombia, no es más que la garantía de que las conductas delictivas se reproduzcan y de que las personas ligadas con la delincuencia sean las mismas o procedentes de los mismos estratos o sectores sociales. De esta forma, la sanción penal de prisión aplicada a la población de mujeres cabeza de hogar no protege en realidad a la población, porque subsistirán las organizaciones que reemplazan fácilmente a las mujeres condenadas.

A raíz del estado de cosas inconstitucional que ha declarado la Corte en la sentencia T-153 de 1998 y posteriormente en la T-388 de 2013, el Tribunal se ha pronunciado a favor de la utilización de medios alternativos a la cárcel, estableciendo que "*la privación de*

² Ver artículo 3 del Código Penal y sentencia T-762 de 2015 de la Corte Constitucional: "Además de la consolidación de ideas alternativas a la prisión, también se hace necesario revisar el actual sistema de penas, de acuerdo con el principio de proporcionalidad y con los bienes jurídicos que pretenden protegerse. Lo anterior, para contribuir a superar la incoherencia del sistema de penas legalmente establecido."

³ Ministerio de Justicia y del Derecho. (2014). Subrogados penales, mecanismos sustitutos de pena y vigilancia electrónica en el sistema penal colombiano. (p. 5). Bogotá: CYE Consult.

la libertad debe ser la sanción más severa, reservada a los casos más graves, procurándose mecanismos alternativos que faciliten la resocialización” (T-267 de 2015).

De acuerdo con las objeciones presidenciales, el establecimiento de la medida para los mencionados delitos *“contradice las obligaciones estatales de promover la prosperidad general, proteger la efectividad de los derechos a la vida, a la salud, a los bienes y de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”*, que están consagrados en el artículo 2 de la Constitución.

Sin embargo, la medida del proyecto de ley, de hecho, fortalece los anteriores deberes del Estado. Así, desde la Constitución Política en sus artículos 1, 2, 5, 11, 12, 13, 28 y 29 se consagran diferentes principios y derechos con relación a las penas, la libertad, el debido proceso y la igualdad.

Pero, además, los compromisos en materia de derechos humanos, que hacen parte de la Constitución por el bloque de constitucionalidad, también contemplan la importancia y validez de las medidas alternativas a las penas privativas de la libertad (punto sexto de los señalados por la Corte Constitucional para la política criminal). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contempla la reinserción social como un fin esencial de las penas; y la Convención Interamericana de Derechos Humanos establece en su artículo 13 como obligación de los Estados partes la garantía de las personas privadas de la libertad a programas especiales como los mecanismos de rehabilitación para su reinserción en la sociedad y la promoción de medidas alternativas respecto a la privación de la libertad, de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno.

Adicionalmente, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), contemplan unos principios orientadores para promover medidas alternativas a la prisión, con el fin de fomentar una mayor participación de la comunidad en la reinserción del delincuente. Así, establece que las autoridades competentes deben adoptar una serie de medidas sustitutivas a la reclusión, entre las cuales se encuentra la liberación con fines laborales o educativos (Regla 9).

Por otra parte, se ha establecido que el costo económico para un Estado de mantener una persona privada de la libertad, asciende a aproximadamente a \$12.732.392 de pesos al año⁴. Según estudios de Dejusticia, WOLA y Open Society Foundations⁵, el costo de mantenimiento de mujeres privadas de la libertad por delitos relacionados con

⁴ Departamento Nacional de Planeación. Anexo técnico a la presentación de la Política de resocialización y segundas oportunidades (2017).

⁵ Dejusticia, WOLA, Open Society Foundations. “Mujeres, Políticas de Drogas y Encarcelamiento. Una Guía para la Reforma de Políticas en Colombia”. 2016. Para consulta en https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_834.pdf.

drogas era, a 2014, de \$399.829 millones de pesos anual⁶, esto sin contar con la pérdida económica que implica la ausencia de la capacidad productiva de las mujeres una vez privadas de la libertad, el impacto económico futuro que tiene la probabilidad de que los hijos deserten del colegio, consuman drogas y los costos posteriores de la resocialización.

Tomando en consideración esto, la adopción de una medida alternativa a la privación de la libertad en Colombia a fin de minimizar la vulnerabilidad y marginalidad de sujetos de especial protección son compatibles con los deberes constitucionales y los compromisos internacionales en términos de derechos humanos, y al reducir los costos de manutención de un interno, puede conllevar a una mejor eficiencia del gasto público en programas de inclusión social y resocialización, beneficiando en últimas a toda la sociedad.

Además, a pesar de demostrarse un incremento en la población femenina en establecimientos de reclusión por delitos de drogas, no ha habido una inversión proporcional para evitar el hacinamiento. El informe establece que: *"Si sólo se aplicaran alternativas a la prisión para las mujeres que cometieron delitos de drogas, sin incurrir en otra clase de delitos, ni habérseles demostrado la comisión de un acto violento o su pertenencia a una organización criminal, el hacinamiento carcelario en estos centros de reclusión desaparecería, y se liberaría un 18% de la capacidad actual"* (con cifras del 2016).

Al respecto, no sobra recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido en distintos casos a los deberes del Estado frente a las personas privadas de la libertad, señalando también que las circunstancias propias del encierro impiden satisfacer por cuenta propia muchas necesidades básicas para el desarrollo de una vida digna⁷.

En este sentido, la experiencia permite concluir que el costo beneficio de las alternativas a la prisión para mujeres es considerablemente mayor, pues permite a las mujeres infractoras, a sus hijos, las víctimas y la sociedad reducir los perjuicios que tiene el encarcelamiento y contribuye a retribuir eficientemente a la resocialización y a la seguridad ciudadana.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de c de 2000. Serie C No. 69; Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141; Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150; entre otros.

1.1.2. Las mujeres madres cabeza de familia en el sistema carcelario colombiano

El proyecto de ley de la referencia tiene origen en dos estudios sobre la situación de las mujeres privadas de la libertad en general y de aquellas condenadas por delitos relacionados con el tráfico y fabricación de estupefacientes, en particular. El primero de ellos, es una investigación realizada por la Universidad Javeriana, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE, México), denominado “*Mujeres y prisión en Colombia: desafíos para la política criminal desde un enfoque de género*”. El segundo, elaborado por el Centro de Estudios Dejusticia, Wola y Open Society Foundations, se denomina “*Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento. Una guía para la reforma de políticas en Colombia*”.

De acuerdo con el primero, de las 187.477 personas privadas de la libertad a enero de 2019, 110.571 son hombres, es decir, el 93.1% de la población carcelaria y, 8.198 son mujeres, equivalente al 6.9% de la población carcelaria. La mayor parte de este grupo de mujeres tiene características como las que siguen⁸:

- Están en edad productiva y reproductiva: el 20.5% de las mujeres en prisión está entre el rango de edades de 25 a 29 años, el 19.4% entre los 30 y los 34 y, el 16.81% tiene entre 35 y 39 años.
- A enero de 2019, hay un total de 13 mujeres lactantes y 74 madres gestantes privadas de la libertad.
- El 66,9% pertenecen a estratos socioeconómicos bajos,
- 72,8% tenían ingresos inferiores a dos salarios mínimos mensuales vigentes, antes de la privación de la libertad,
- El 74,9% son madres cabeza de familia.
- Afirman haber sido víctimas de violencia de género: de las 536 mujeres entrevistadas, el 22.4% manifestó haber sido víctima de violencia sexual, el 42.5% de violencia psicológica y el 47.8% víctima de violencia física.
- 56.6% tienen un bajo nivel de escolaridad.
- El 82.5% de las mujeres privadas de la libertad entrevistadas, no tiene antecedentes penales y generalmente son condenadas por delitos que no implican el uso de la violencia.
- La pena de prisión impuesta para el 43% de las mujeres entrevistadas es de 0 a 5 años y cumplen un promedio de 2 años reclusas en centros penitenciarios. Por

⁸ Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), México Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Colombia y la Pontificia Universidad Javeriana. “Mujeres y prisión en Colombia: desafíos para la política criminal desde un enfoque de género”. 2018. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/informe-carceles-y-mujeres-en-colombia>

su parte, estadísticas del INPEC confirman que el 35.9% de la población carcelaria son mujeres condenadas con una pena privativa de la libertad de 0 a 5 años; y otro 34% con una pena de 6 a 10 años.

Ahora bien, según las últimas cifras del Informe Estadístico del INPEC a diciembre del 2020, al culminar el año se registraron 96.285 personas privadas de la libertad intramuros: 92,9% (89.445) hombres y 7,1% (6.840) mujeres. Este número corresponde, a su vez, a 160.338 hechos criminales, teniendo en cuenta que un interno o una interna pueden estar incurso en más de una conducta punible. Ahora bien, el INPEC reporta que, de manera general, *“los cinco delitos más frecuentes corresponden a: homicidio 16,2% (25.921), hurto 13,6% (21.798), concierto para delinquir 13,1% (21.011), tráfico, fabricación o porte de estupefacientes 11,8% (18.952) y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones 10,7% (17.184). Estos delitos representan el 65,4% del total de conductas delincuenciales por las cuales se encuentran los internos en condición de sindicados o condenados en los ERON”*.

Una vez se pone la lupa en las cifras diferenciadas sobre las mujeres, es posible notar que el 7,2% de los registros delictivos (11.532) se coliga a mujeres, siendo las infracciones más sobresalientes en este grupo el tráfico de estupefacientes (3.025 registros), concierto para delinquir (2.502 registros), hurto (1.194 registros) y homicidio (1.057 registros).

De las anteriores cifras se puede concluir que un alto número de las mujeres privadas de la libertad en Colombia, lo están por delitos relacionados con las drogas, más de 3.700 mujeres. Estudios sugieren que esa cifra se debe en mayor medida a las condiciones de especial vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres, especialmente las proveedoras y cuidadoras de su familia, que hallan en el mercado ilegal de las drogas una forma de sustento económico para sus hogares⁹.

En este sentido, las mujeres privadas de la libertad condenadas o sindicadas por delitos relacionados con el tráfico o fabricación de drogas en Colombia, se pueden caracterizar como: personas con altos índices de pobreza, madres cabeza de familia, proveedoras y cuidadoras de sus hogares, bajo nivel educativo y, en general se vinculan al mercado de las drogas sin ser parte de dinámicas violentas, son, generalmente, correos humanos, expendedoras de pequeña escala o cultivadoras de plantas u operarias de la fabricación a baja escala.

Ahora bien, paralelamente podemos tomar en consideración el estudio del CIDE, la Universidad Javeriana y la CICR, en donde, se concluyó con las 536 mujeres entrevistadas que se encuentran recluidas por delitos relacionados con drogas, el 43,4%

⁹ Dejusticia, WOLA, Open Society Foundations. “Mujeres, Políticas de Drogas y Encarcelamiento. Una Guía para la Reforma de Políticas en Colombia”. 2016. Para consulta en https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_834.pdf.

lo están por venta; 41,2% por transporte; y 15,8% por almacenamiento de estupefacientes.

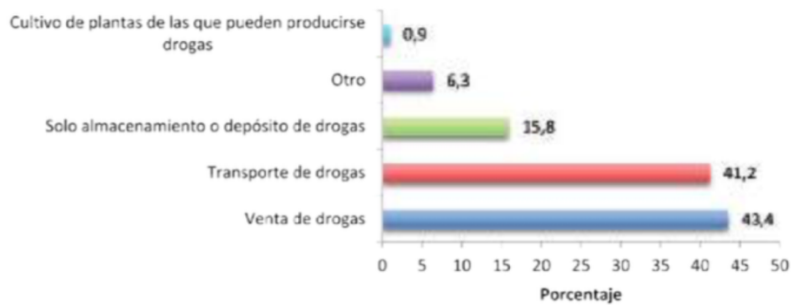


Figura 44. Delitos relacionados con tráfico de estupefacientes-Conductas específicas cometidas por las mujeres.
Fuente: Encuesta proyecto Mujeres y prisión en Colombia, 2017, n=221 mujeres condenadas por delitos relacionados con drogas.
Era pregunta de respuesta múltiple. No incluye NS/NR.

Extraído de: Mujeres y prisión en Colombia: desafíos para la política criminal desde un enfoque de género. (2018)

En el mismo sentido, reconocen que la mayoría de ellas fueron capturadas la primera vez que cometieron la conducta delictiva:

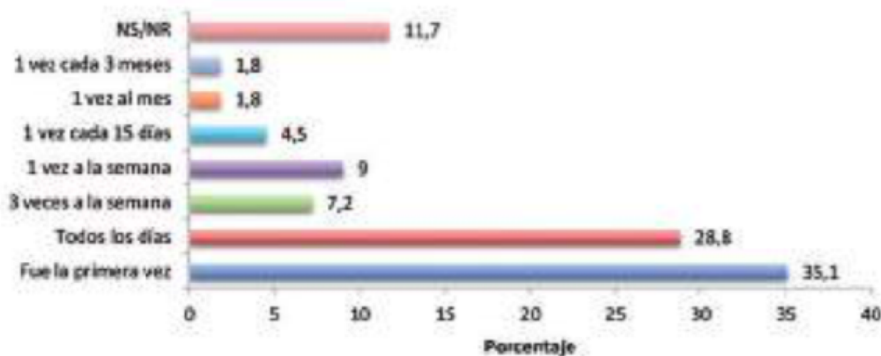


Figura 46. Frecuencia con que vendía, transportaba o almacenaba drogas durante los seis meses anteriores a la detención.

Fuente: Encuesta proyecto Mujeres y prisión en Colombia, n= 222 mujeres condenadas por delitos de drogas.

Extraído de: Mujeres y prisión en Colombia: desafíos para la política criminal desde un enfoque de género. (2018)

Esta caracterización de las mujeres privadas de la libertad confirma que la posición actual de la política criminal en Colombia de focalizar los esfuerzos de investigación y judicialización en los eslabones más determinantes del crimen organizado y el narcotráfico es consistente con establecer la alternatividad penal para las mujeres privadas de la libertad por los delitos determinados por el proyecto de ley en cuestión.

Esto, por tratarse de mujeres marginadas, con un alto grado de vulnerabilidad, que facilitan su instrumentalización para fines delictivos. El Estado no puede atender este asunto con la misma severidad con la que trata a quienes lideran las organizaciones criminales responsables o a quienes ejecutan actos criminales con violencia, más aún cuando las cifras muestran que el 82,5% de las mujeres caracterizadas se encuentran cumpliendo pena privativa de la libertad por la comisión de su primer delito, que además no implicó violencia.

En conclusión, como se señaló en el acápite 1.1.1, redirigir los esfuerzos punitivistas hacia opciones alternativas a la pena de prisión no solo tiene un fundamento que responde a los fines del Estado como un orden social justo, la prevalencia de la dignidad humana y la resocialización, sino que además es coherente con la evidencia que han presentado los informes que hablan especialmente de los delitos relacionados con drogas sobre los que recaen las objeciones presidenciales.

1.1.3. Conclusiones frente a la alegada vulneración al artículo 2 de la Constitución Política

Del informe de objeciones presidenciales puede concluirse que, para el Gobierno nacional, la sanción del servicio de utilidad pública es en realidad un beneficio y no una pena, tal como lo concibieron y aprobaron las dos cámaras. Adicionalmente, de acuerdo con el Gobierno, dicho beneficio va en contra de la obligación de *castigar severamente* dicho tipo de conductas.

La posibilidad de sustituir una pena por otra pena no es un **beneficio** sino la modificación de la misma de acuerdo con la libertad de configuración normativa de la que goza el legislador. Se debe recordar que hay varios tipos de pena, por ejemplo, hay una principal (privativa de la libertad en centro penitenciario y la multa) y penas sustitutivas (prisión domiciliaria y el arresto de fin de semana). Entonces, por ejemplo, ¿Cuál sería la diferencia entre el “servicio de trabajo de utilidad pública” y el arresto vigilado de fin de semana?

Las personas que reciban esta pena seguirán bajo la supervisión, vigilancia, control y custodia del INPEC, quien constatará y certificará que i.) se esté cumpliendo con esta medida sustitutiva impuesta. ii.) En caso de incumplimiento, le comunicará al juez de ejecución de penas, quien podría llegar a revocar esta medida e imponer una privativa de la libertad.

Por otro lado, la Ley no va en contravía del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar, ya que como se mencionó anteriormente, establece una pena que fue el resultado de un juicio, donde se presentaron unas pruebas que fueron debatidas y valoradas por un Juez de la República, quien necesariamente tuvo que haber emitido un fallo condenatorio.

Sin embargo, el Gobierno considera que dichas conductas deben ser castigadas “severamente”, mandato que no existe en el ordenamiento internacional ni nacional, toda vez que de ser así iría en contra de los fines de la pena que, como lo ha señalado la Corte de manera reiterada, tiene un fin esencialmente resocializador (entre muchas, la sentencia T-801 de 2004, que lo reafirmó y recordó el compromiso del artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Podría pensarse que castigar severamente determinadas conductas va acorde con el principio constitucional consagrado en el Artículo 2 de “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades”, pero en tal caso se estaría comprendiendo la pena desde un punto de vista ejemplarizante que convertiría al reo en un medio de disuasión (soslayando que es un fin en sí mismo y, por ende, negándole su dignidad humana) o bien, se estaría ante una noción retributiva de la pena que, de todas maneras, es insuficiente para el fin resocializador de la pena del que ha hablado la Corte Constitucional.

Al respecto, es importante señalar que apelar a las aparentes exigencias de la seguridad ciudadana no legitima el uso expandido de la pena de prisión, toda vez que “en estos casos el Estado debe guardar un balance adecuado entre los propósitos de asegurar a los ciudadanos una vida libre de peligros o delitos, y de garantizar a los habitantes del territorio sus derechos fundamentales y la graduación de las sanciones con criterios razonables (conformes con la Constitución), adecuados a los fines de la pena, y coherentes con las condiciones de la sociedad y los culpables de infracciones a la ley penal, pues existe una vinculación permanente entre la seguridad de las personas y los derechos humanos, máxime si se tiene en cuenta que algunos de los infractores de la ley penal están determinados por situaciones de privación de sus derechos o de limitación de sus oportunidades para acceder a las condiciones de seguridad humana de la mayoría de los habitantes.”

El Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos de la OEA (2009) destaca, por ejemplo, que “los Estados deben encontrar respuestas a los problemas derivados de la violencia en el marco de las herramientas previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos y la vigencia del Estado de Derecho como pilares básicos para la superación de la pobreza y el pleno respeto a los derechos humanos y la dignidad de las personas”¹⁰, por lo que las políticas de seguridad ciudadana deben ser examinadas en clave de los derechos humanos y su protección, y que se debe privilegiar el uso de mecanismos que aseguren el ejercicio pleno de los derechos humanos sobre aquellos que simplemente responden de manera simbólica a las demandas de seguridad ciudadana, o de los que no tienen eficacia real.

¹⁰ Organización de Estados Americanos. (2009). Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos. Pág. 12. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>

En opinión de Ricardo Antonio Cita Triana y de Iván González Amado, en un estudio sobre la proporcionalidad de las penas financiado por el Gobierno nacional en el año 2017, el argumento de la seguridad ciudadana no justifica acudir a mecanismos de represión de las conductas punibles sin tener en cuenta los efectos que dicha represión produce en las personas y en la comunidad, ni afectar el derecho a la libertad de las personas sin considerar en qué casos, bajo qué condiciones, por qué conductas y con qué proporcionalidad deben ser castigados los autores de conductas que se consideran contrarias al orden social o al ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. Afirman, además, que la seguridad ciudadana como objetivo no puede menoscabar el ejercicio de los derechos fundamentales. Por tanto, es preciso reiterar que en búsqueda de la seguridad no se puede renunciar a criterios que permitan dotar a la legislación de una racionalidad propia que sea acorde con la condición humana de las personas hacia quienes va dirigida.

Adicionalmente, no se entiende la razón por la cual se considera el Proyecto de Ley como inconstitucional por una supuesta vulneración al derecho de las víctimas al negarles su derecho a la verdad, justicia y reparación. Como ya se ha planteado, la verdad y la justicia son valores que se surten a lo largo del juicio oral y se consuman con la sentencia condenatoria. Ahora bien, en lo que respecta a la reparación, esta no se ve limitada de manera alguna, toda vez que tal como lo establece el Código de Procedimiento Penal, en sus artículos 102 y siguientes, una vez esté en firme la sentencia condenatoria, la víctima podrá iniciar el incidente de reparación integral, en donde podrá presentar las pretensiones que considere para que se materialice dicho derecho a la reparación, sin que ello sea afectado de ninguna manera por las penas sustitutivas presentadas en el proyecto de Ley.

El Gobierno nacional agrega que *“tratándose del delito de concierto para delinquir, cuando este se relacione con los delitos previstos en los artículos 239, 240, 241, 375, 376 y 377 del Código Penal, la inconstitucionalidad del beneficio de la sustitución de la pena contemplada en el proyecto de ley resulta aún más palmaria, si se considera que el sujeto activo del tipo penal de concierto para delinquir son las organizaciones criminales y que uno de los elementos del tipo precisamente es la vocación de permanencia en el tiempo de tales con el fin de cometer delitos”*.

Al respecto, es necesario anotar que no es cierto que se promuevan las organizaciones criminales, pues esta sustitución de pena será potestativa de los jueces de ejecución de penas, los cuales deberán realizar un test de proporcionalidad, valorando caso a caso.

Por último, el Gobierno hace juicios de valor futuristas, los cuales están absolutamente prohibidos y proscritos en la legislación penal, toda vez que no puede manifestar que la norma es inconstitucional con el argumento de que, posiblemente, en el futuro se reiterarán o continuarán las conductas. Se debe recordar que la ley manifiesta que, para obtener esta sustitución de pena, la persona no debe tener antecedente alguno,

lo cual servirá de indicio para el juez de ejecución de penas al momento de decidir si otorga la misma.

1.2. Vulneración a los artículos 9, 189, 226 y 227 constitucionales en relación con los compromisos internacionales

En este acápite de las objeciones presidenciales, el informe hace referencia a dos de los compromisos internacionales que ha adquirido Colombia en materia de trato contra las drogas: la Convención de la ONU contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias, y la Convención de la ONU contra la delincuencia organizada transnacional.

Los artículos constitucionales que alega el informe son vulnerados con la promulgación del presente proyecto de ley, se refieren al compromiso del Estado colombiano de cumplir las obligaciones que contraiga con otros países y con organizaciones internacionales. En este acápite se presenta de manera muy sucinta por qué es precisamente esta la razón por la cual el presente proyecto de ley responde a compromisos internacionales en materia de derechos humanos y de lucha contra las drogas.

Para este propósito, en primer lugar, se debe recordar que las obligaciones y deberes del Estado colombiano no solo incluyen las expresamente establecidas en el texto constitucional, sino que abarcan también las que hacen parte de la Constitución a partir del bloque de constitucionalidad. De conformidad con el artículo 93, “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno” y, además, “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Así, si bien el Estado colombiano ha ratificado distintos tratados que por ende son un compromiso internacional, el nivel de obligatoriedad y por ende la interpretación de ambos tipos de tratado tiene distintos rangos. Partiendo de esta premisa, es cierto que deben honrarse y cumplirse los compromisos internacionales como las Convenciones citadas por el Gobierno Nacional; pero también es cierto que una interpretación no solo literal sino sistémica de la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos llevan a conclusiones distintas a las planteadas por el Gobierno Nacional. Veamos.

El Gobierno fundamenta sus objeciones, en primer lugar, en el Artículo 9 superior. Al respecto es importante notar que de acuerdo con dicho artículo “las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional”. Con respecto de la soberanía nacional es menester recordar que de acuerdo con el Artículo 3 de nuestra Carta, la soberanía reside exclusivamente en el pueblo que la ejerce de forma directa

o a través de sus representantes, esto es el Congreso de la República que configurado dicha voluntad de conformidad con el Artículo 150 constitucional, numerales 1 y 2.

Por otra parte, el Gobierno nacional cita el artículo 189 de la Constitución según el cual el Presidente, como Jefe de Estado, tiene la responsabilidad de dirigir las relaciones internacionales y la capacidad jurídica para comprometer y obligar al país frente a otras naciones. Asimismo, se refiere a los Artículos 226 y 227 en tanto el deber de promover la internacionalización de las relaciones políticas y que dicha promoción debe estar orientada a la integración con las demás naciones, en especial con los países de América Latina y del Caribe.

Habiendo recordado al legislador las atribuciones del ejecutivo, el Gobierno cita la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, ratificado por el Congreso mediante Ley 67 de 1993, según el cual, en su Artículo 3, el Estado colombiano queda obligado a adoptar *“las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente”* todas las conductas relacionadas con la producción y tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. En este punto es menester recordar que la norma objetada en ningún momento se altera el tipo penal ni se legaliza ninguna de dichas conductas, las cuales se mantienen como delitos a ser penalizados por parte del Estado. Del recordatorio del Gobierno, es importante destacar el numeral 4 del artículo 3:

*4. a) Cada una de las partes dispondrá que por la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo se apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, **tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad**, las sanciones pecuniarias y el decomiso. (Negrilla agregada por el Gobierno nacional).*

Del texto citado por el Gobierno, se desprende que los Estados deberán aplicar sanciones a los delitos asociados con el tráfico de estupefacientes y sustancias psicoactivas. Sin embargo, del texto citado por el Gobierno no se desprenden penas determinadas. El mismo texto al utilizarse la expresión *“tales como”* se establecen los elementos subsiguientes de la oración como **ejemplos**. En este sentido, el énfasis agregado por el Gobierno nacional deja por fuera ejemplos otras sanciones aceptadas en la Convención como las sanciones pecuniarias y el decomiso. Así, de acuerdo con la convención, lo único que se requiere es que dichas conductas sean sancionadas y dicha sanción no es exclusivamente ni la prisión ni la privación de la libertad, por lo que resulta evidente que penas sustitutivas de la prisión no contravienen los compromisos adquiridos por el Estado colombiano.

El Gobierno también fundamenta sus objeciones al Proyecto de Ley en la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional, ratificada por

el Congreso de la República mediante Ley 800 de 2003. De acuerdo con el Gobierno, “el artículo 5 penaliza la participación de un grupo delictivo organizado por medio de la necesidad de medidas legislativas que sean necesarias **para tipificar como delito**, cuando se cometan intencionalmente (...) (énfasis agregado)”. Una vez más, el compromiso internacional de Colombia en virtud de este Convenio implica una tipificación de delitos que no guarda relación alguna con el Proyecto de Ley 093 de 2019 Senado, 498 de 2020 Cámara, puesto que este no crea suprime o modifica ningún tipo penal, por lo que es necesario rechazar dicha objeción.

Al respecto, los profesores Triana y González Amado antes citados, analizan las normas internacionales que dan marco a la adopción de penas en Colombia y llegan a las siguientes conclusiones:

(i) El derecho internacional público, si bien contiene mandatos de criminalización y de penalización, hace énfasis en la criminalización del comportamiento por sobre la fijación de los límites de las penas adecuadas a ellos, con lo cual deja en libertad a los Estados para que sean ellos, de acuerdo con su derecho interno, quienes determinen los criterios de proporcionalidad que sean acordes a sus ordenamientos jurídicos.

(ii) Por lo anterior, es forzoso concluir que un Estado no incurriría en violación de los compromisos internacionalmente adquiridos si sancionara con penas razonablemente proporcionales los comportamientos que se consideran delictivos en el ámbito internacional.

*(iii) **Como no existen límites a la sanción ni a la calidad de la pena, la respuesta punitiva puede ser diferente a la prisión** y, además, puede estar dentro de rangos que sean similares a los utilizados por otros países.¹¹ (Negrilla fuera del texto)*

En general, los compromisos internacionales de lucha contra las drogas han traído consigo la ratificación por parte del Estado colombiano de varios tratados internacionales que buscan fortalecer la cooperación internacional para luchar contra las drogas y minimizar los efectos nocivos dentro de los Estados y en las relaciones internacionales. En efecto, las dos Convenciones de las Naciones Unidas que son mencionadas en el informe de objeciones responden a los compromisos del Estado de tomar acciones contra el tráfico de estupefacientes, bien sea desde el derecho penal o en otras instancias sancionatorias pero, como se ha visto, no implican compromisos con respecto a la cuantificación o al tipo de pena a ser aplicada.

No obstante, y como lo señala el informe de Dejusticia y WOLA, “La distorsión que la guerra contra las drogas ha generado sobre la legislación penal ha tenido como consecuencia, no sólo la desproporcionalidad en los montos de las penas, sino también

¹¹ Cita Triana, Ricardo Antonio y González Amado, Iván, op. Cit. p. 42

la exclusión de alternativas a la cárcel en las distintas etapas de un proceso penal que se sigue contra las personas procesadas o sancionadas por delitos de drogas, incluso aunque se trate de delitos menores no violentos”.

En compromisos internacionales como los enlistados en el acápite 1.1.1 responden a una lógica que va más allá del encarcelamiento como única medida posible para castigar delitos de drogas, en especial los cometidos en circunstancias no violentas, y con particular atención a quienes, bajo circunstancias de vulnerabilidad, pueden ser instrumentalizados para cometerlas sin arriesgar a los eslabones más altos de la cadena de narcotráfico.

Aunado a lo anterior, la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas Cicad estableció en el 2013 que: “un análisis cuidadoso del régimen internacional de fiscalización de drogas frente a las alternativas al encarcelamiento permite afirmar que las Convenciones dan mayor flexibilidad a los Estados frente a la persecución penal de conductas relacionadas con el consumo, producción, porte y tráfico de drogas”¹².

Además, la Comisión Asesora de Política contra las Drogas, en el 2015, recordó que si bien la interpretación individual de algunas de las convenciones internacionales sobre las drogas, sobre todo las de más vieja data, llevan a creer que es necesario optar por modelos de guerra contra las drogas y reducción del daño, un enfoque basado en los derechos humanos arroja otro resultado: “en todo caso, el régimen prohibicionista internacional no excluye que pueda hacerse un uso más racional del derecho penal y de los recursos policiales, judiciales y penitenciarios disponibles, que permita restringir la aplicación de penas privativas de la libertad a las conductas graves, y conforme al cual se implementen alternativas al encarcelamiento para conductas menores”¹³. Aunado a lo anterior, hace referencia a los beneficios en materia de reducción y eliminación del hacinamiento carcelario, como ya se ha señalado en varias ocasiones a lo largo de esta ponencia.

De la misma manera, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas (2015) en su informe periódico de Colombia, realizó un urgente llamado en donde, con base en las Reglas de Tokio ya mencionadas y las Reglas de Bangkok (para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes), era imperativo que el Estado colombiano adoptara medidas eficaces para reducir los niveles de ocupación en los centros penitenciarios.

¹² CICAD. Alternativas al encarcelamiento para los delitos relacionados con drogas. Informe de la Secretaría Técnica del Grupo de Trabajo de la Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas (CICAD). Ministerio de Justicia y el Derecho. Gobierno de Colombia. Pág. 14.

¹³ Informe Final. Comisión Asesora Política contra las Drogas. Página 18. Disponible en: http://www.odc.gov.co/Portals/1/comision_asesora/docs/informe_final_comision_asesora_politica_drogas_colombia.pdf

Ciertamente, la materialización del principio *pro homine* como un criterio de interpretación que impregna cualquier ejercicio de entendimiento de las normas dentro de los Estados miembros de la Convención Americana de los Derechos Humanos, es crucial al momento de entender las obligaciones internacionales que enlista el informe de objeciones.

Como se ha expuesto en esta sección y en la sección 1.1, los compromisos internacionales deben entenderse en el marco de la plena realización de la **dignidad humana**. Las obligaciones que surgen a partir de los artículos 9, 189, 226 y 227 de la Constitución son de hecho respetados al poner en consideración todo el desarrollo de los tratados y convenciones ratificados por Colombia, que incluyen, por supuesto las observaciones más recientes sobre las instancias internacionales que vigilan su cumplimiento.

Como se presentó aquí, los anteriores compromisos defienden las alternativas a la prisión como medidas perfectamente compatibles con los compromisos internacionales de lucha contra las drogas (como los citados en el informe de objeciones), pues no solo responden a una tendencia marcada de resocialización a través de otras opciones distintas al encarcelamiento, sino que permite corregir violaciones sistemáticas a los derechos humanos originadas en el hacinamiento de las cárceles.

2. Objeciones por omisión legislativa relativa al limitar el servicio de utilidad pública a las mujeres cabeza de familia

El informe de objeciones señala una omisión legislativa relativa al omitir del proyecto de ley a los padres cabeza de familia que cumpliendo las mismas condiciones que las mujeres, puedan acceder a la pena sustitutiva consistente en servicios de utilidad pública.

Sea lo primero reiterar, en el mismo sentido que se ha hecho en las secciones anteriores, que el propósito central del presente proyecto de ley es, como su nombre lo indica, adoptar una acción afirmativa para madres cabeza de familia que, por sus especiales condiciones de vulnerabilidad, ven particularmente transgredidos sus derechos fundamentales en prisión y que, al ser condenadas a tales circunstancias, terminan dejando en un mayor desamparo a las personas a su cargo.

El pasado julio, el Consejo Superior de Política Criminal expidió el Plan Nacional de Política Criminal. Este documento, que cuenta con la participación de entidades del Gobierno Nacional, pero también de la rama judicial y del legislativo busca guiar la política criminal del Estado colombiano en los próximos 4 años. Aunque el proyecto de ley fue radicado con anterioridad a la expedición de este plan, sin proponérselo responde a varias prioridades establecidas en el mismo, como se verá a continuación.

Por un lado, el Plan se refiere a la importancia de un enfoque de género en todas las actuaciones de las entidades que tienen participación y ejecución en la política criminal del país. Así, el diagnóstico incluye especialmente el desarrollo de un tratamiento penal diferenciado para los eslabones más débiles de la cadena de narcotráfico. El Plan pone de presente que las mujeres han tenido una vinculación activa a las economías conectadas con la narcoactividad. Esta vinculación incluye “la realización de tareas productivas y reproductivas como cultivadoras, raspachines, recolectoras, amedieras, jornaleras, finqueras, colaboradoras, cocineras y quimiqueras, que evidencian los riesgos diferenciales a los que se enfrentan, y que se potencializan por el hecho de ser mujeres”.

De hecho, el Plan se refiere a un estudio realizado por la UNODC en conjunto con el Ministerio de Justicia y del Derecho en el 2019, el cual señaló, entre otras cosas, que el 75% de las mujeres en centros de reclusión por delitos relacionados con drogas habitaba en barrios de estrato uno y dos, y un 8% adicional vivía en barrios de invasión no regularizados o era habitante de calle. Además, estableció que en las ciudades de Bogotá, Medellín y Cali se agrupan el 29% de las mujeres privadas de la libertad por delitos de drogas.

Por otro lado, el Plan Nacional prioriza la interrupción del crimen organizado, el terrorismo, sus finanzas ilícitas y actores dinamizadores, y señala como uno de los objetivos el diseño e implementación de “salidas alternativas al ejercicio de la acción penal para población vulnerable obligada a participar en economías ilegales”.

Por último, el Plan establece como una prioridad la prevención de la participación de adolescentes y jóvenes en actividades criminales, lo cual incluye, entre otros objetivos, la implementación de estrategias que permitan “abordar y mitigar las condiciones o factores de riesgo que inciden en la vinculación al delito de adolescentes y jóvenes en los ámbitos individual, familiar, educativo, social, comunitario, entre otros”¹⁴.

En este punto debe recordarse que parte del propósito al enfocar esta medida en mujeres cabeza de familia se debe a que el encarcelamiento de las madres tiene efectos más graves debido a su rol de cuidado, como lo señaló el estudio de la Universidad Javeriana, el CIDE y el CICR: “Las mujeres como cuidadoras de sus hijos y su

¹⁴ Plan Nacional de Política Criminal. 2021-2025. Disponible en: <https://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Plan-Nacional-Politica-Criminal/Plan-Nacional-de-Politica-Criminal-2021-2025.pdf>

familia 'tienen que asumir varias responsabilidades, lo cual convierte la sanción penal en un castigo no contra los individuos, sino contra las familias'"¹⁵.

Dentro de las cifras más alarmantes que el estudio arrojó, es crucial recordar que el 85% de las mujeres entrevistadas para este son madres. La mayoría de las mujeres eran cabeza de familia (74,9%) y vivían con sus hijos antes de ser detenidas (73,4%). Pero, además, el 54,3% de las mujeres encuestadas en este estudio "eran las cuidadoras principales de sus hijos antes de ser privadas de la libertad [...]". Adicionalmente, el estudio hace un recuento de las múltiples dificultades que conlleva el cuidado de los hijos de madres cabeza de familia al ser estas privadas de la libertad, entre las que señala el manejo de problemas psicológicos y emocionales derivados del trauma de la separación de su madre; la búsqueda de tiempo para las visitas; y la afectación del desempeño escolar de los hijos, por mencionar solo algunos.

A partir de lo anterior, el estudio concluye basado en una premisa fundamental: el rol de cuidado que cumplen las mujeres, en la mayoría de los casos como cuidadoras principales o únicas, es determinante en el impacto intergeneracional que tiene la prisión en casos de delincuencia por vulnerabilidad.

En este sentido, las preocupaciones del Gobierno nacional con respecto a la omisión legislativa resultan infundadas, como lo demuestra el estudio citado, puesto deja claro que "la dinámica es muy diferente cuando el detenido es el padre, en tanto los hijos quedan bajo el cuidado de la madre. En consecuencia, es muy probable que la desestructuración familiar y los efectos adversos en los hijos que provoca el encarcelamiento de la madre sean más intensos"¹⁶.

Con base en las consideraciones anteriores, lo cierto es que el legislador optó por establecer protecciones especiales de una política criminal para las mujeres como población objetivo porque tanto los compromisos alcanzados por el Estado en el Acuerdo de Paz⁴, como las circunstancias fácticas que imperan en la sociedad en general y especialmente en los centros penitenciarios, hacían necesaria la formulación de alternativas penales para las mujeres cabeza de familia privadas de la libertad que son sujeto de doble protección constitucional. En este sentido, es importante recordar los pronunciamientos de la Corte con respecto al Estado de Cosas Inconstitucional en los establecimientos carcelarios, al que se dirigieron las sentencias T-153 de 1998 y T-388 de 2013 y T-762 de 2015.

¹⁵ Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), México Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Colombia y la Pontificia Universidad Javeriana. "Mujeres y prisión en Colombia: desafíos para la política criminal desde un enfoque de género". 2018. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/informe-carceles-y-mujeres-en-colombia>. Pág. 100.

¹⁶ *Ibidem*. Pág. 106.

Bajo el Estado Social de Derecho del que hacemos parte, es admitida la adopción de acciones afirmativas (diferenciadas) en favor de grupos determinados sin que ello constituya una discriminación, como una vía válida para hacer efectiva la igualdad material. La existencia de medidas afirmativas a favor de mujeres con estas características está fundamentada no solo en estos preceptos constitucionales y jurisprudenciales del ordenamiento interno, sino también bajo instrumentos internacionales.

A modo enunciativo, la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (2013)¹⁷ en su artículo 1 inciso 3 menciona que puede existir la discriminación múltiple como cualquier preferencia que de forma concomitante con distintos motivos, busque anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de los derechos fundamentales; pero también la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)¹⁸; y la Observación Número 18 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1989)¹⁹.

De esta manera, el Congreso de la República, de conformidad con lo consagrado en el artículo 13 superior, decidió formular una política de carácter afirmativo específica para las madres cabeza de familia privadas de la libertad. En este sentido, la Corte ha aceptado que el Estado pueda realizar acciones de carácter afirmativo:

¹⁷ *Discriminación múltiple o agravada es cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos mencionados en el artículo 1.1 u otros reconocidos en instrumentos internacionales que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, en cualquier ámbito de la vida pública o privada".*

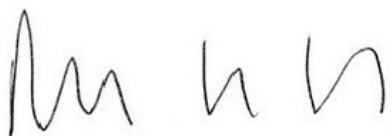
¹⁸ *"La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato."*

¹⁹ *"El Comité desea también señalar que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto".*

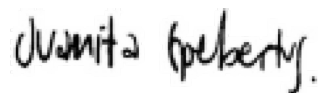
El cambio de concepción de la igualdad formal a la igualdad material, propio del Estado Social de Derecho, según el cual las autoridades públicas no sólo protegen el derecho mediante la abstención sino también y, en algunas oportunidades en forma obligatoria, mediante la intervención activa en esferas específicas, generó decisiones públicas proteccionistas de grupos de personas que han sido tradicionalmente marginados o discriminados por razones diversas. En tal virtud, la aplicación efectiva y real del principio de igualdad en el constitucionalismo contemporáneo exige del Estado su intervención, de un lado, para evitar que los agentes públicos y los particulares discriminen y, de otro, para hacer exigibles tratos favorables en beneficio de personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta. (Sentencia C-932 de 2007).

El proyecto de ley, en tanto medida de política criminal con enfoque de género permite atacar frontalmente la inequidad que se presenta en nuestro sistema judicial. Recordemos que el 10% de las entradas por delitos de drogas correspondían a mujeres, en tanto el 22% de las sentencias condenatorias corresponden a mujeres²⁰. Esta "mayor eficacia" en lo que respecta al tratamiento penal de las mujeres desnuda problemas estructurales de carácter social y de género que deben ser abordados de manera diferencial: de eso se trata la realización del mandato de una igualdad material. No es aceptable de ninguna manera que nuestra justicia esté castigando de manera desproporcionada a mujeres cabeza de familia en condición de marginalidad. Sin embargo, mientras los sesgos estructurales en cuanto a las labores de cuidado se superan, debemos evitar un mayor daño a las mujeres cabeza de familia y, por ende, debemos asegurarnos que las penas que reciban no dificulten aún más sus condiciones de vida.

Cordialmente,



Rodrigo Lara Restrepo
Senador



Juanita Goebertus Estrada
Representante a la Cámara

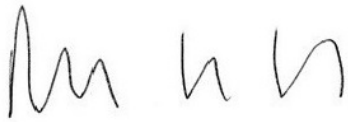
²⁰ Dejusticia, WOLA, Open Society Foundations. "Mujeres, Políticas de Drogas y Encarcelamiento. Una Guía para la Reforma de Políticas en Colombia". 2016. Para consulta en https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_834.pdf Pág. 35.

PROPOSICIÓN

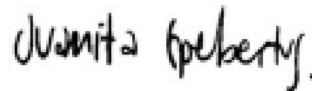
En mérito de lo presentado en el informe, le solicitamos a la Plenaria de la Cámara de Representantes:

1. **Rechazar las objeciones** presentadas por el señor Presidente IVÁN DUQUE MÁRQUEZ e **INSISTIR** en el PL 093 de 2019 Senado y 498 de 2020 Cámara.
2. Una vez finalizado el trámite en la Corporación, a través de la Secretaría del Senado de la República, remitir a la Corte Constitucional para que en cumplimiento de los artículos 241 (8) y 153 de la Constitución, decida de manera definitiva sobre la constitucionalidad del mismo respecto al contenido de los artículos objetados.

Cordialmente,



Rodrigo Lara Restrepo
Senador



Juanita Goebertus Estrada
Representante a la Cámara