

OBJECIONES GUBERNAMENTALES A PROYECTO DE LEY QUE ADOPTA ACCIONES AFIRMATIVAS PARA MUJERES CABEZA DE FAMILIA EN MATERIA DE POLÍTICA CRIMINAL Y PENITENCIARIA-Infundadas

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN OBJECIONES GUBERNAMENTALES-Incumplimiento de carga argumentativa mínima en objeción por omisión legislativa relativa

CONTROL CONSTITUCIONAL DE OBJECIONES GUBERNAMENTALES-Análisis formal y material

OBJECIONES GUBERNAMENTALES-Trámite

OBJECIONES GUBERNAMENTALES-Requisitos generales de procedimiento legislativo

(...) para que el trámite de las objeciones se ajuste a las exigencias constitucionales y legales, deben cumplirse cinco requisitos: (i) la oportunidad en la presentación de las objeciones; (ii) su respectiva publicación; (iii) la conformación de la comisión accidental y la publicación del informe de las objeciones; (iv) el anuncio previo a la discusión y la respectiva deliberación y votación del informe, según las mayorías constitucionales; y, (v) la congruencia.

OBJECIONES GUBERNAMENTALES-Carga mínima de argumentación

No hay duda de que esta atribución de estirpe constitucional en cabeza del Presidente de la República no está sujeta al cumplimiento de requisitos especiales. Con todo, en el ejercicio de dicha facultad, el Gobierno debe satisfacer unos mínimos argumentativos que le permitan a la Corte activar el control de constitucionalidad a su cargo. Así, aunque esta exigencia no puede comportar una restricción indebida a las facultades que la Constitución le atribuye al Presidente de la República para objetar total o parcialmente un proyecto de ley por razones o motivos de inconstitucionalidad, en todo caso, el Presidente sí está llamado a formular tales objeciones en forma tal que permitan activar la competencia de la Corte Constitucional prevista en el artículo 241.8 de la Carta Política.

POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO-Alcance de la libertad de configuración legislativa

POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO-Límites a la libertad de configuración legislativa

La política criminal no se encuentra definida en el texto constitucional sino que le corresponde al legislador definir y desarrollar sus elementos constitutivos. No obstante, tal poder de configuración no puede desbordar los límites que la Carta Política le impone. En el ejercicio de sus competencias el legislador debe respetar los derechos y garantías constitucionales, los tratados internacionales de derechos humanos, los principios de razonabilidad y proporcionalidad en materia penal y las finalidades ínsitas al Estado Social y Democrático de Derecho

POLITICA CRIMINAL-Principios de razonabilidad y proporcionalidad

PENA-Función y finalidad

(...) la función de la pena debe observarse desde dos momentos en concreto. Uno estático, que refiere a la consecuencia jurídica de una conducta punible y que tiene por objeto la prevención general, esto es, “busca que la sociedad se abstenga de cometer esa conducta”. Y un momento dinámico, el cual refiere a la imposición del castigo y a la ejecución de la pena prevista en la ley. A partir de estos dos escenarios, la Sala Plena destacó que la pena cuenta con tres finalidades: (i) un fin preventivo, que se cumple en el momento en que se establece una sanción penal y, con ello, se advierte a la sociedad cuáles son las consecuencias adversas del comportamiento delictivo; (ii) un fin retributivo, que se cumple en el momento en que la pena es impuesta; y, (iii) un fin resocializador, que orienta la ejecución de la pena “de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas”.

FUNCION RESOCIALIZADORA DE LA PENA-Jurisprudencia constitucional

La jurisprudencia de la Corte ha reconocido que el proceso de resocialización apunta al menos a dos cuestiones en particular. Por un lado, busca que el condenado interiorice tanto reglas jurídicas como parámetros de comportamiento social. Por otro lado, pretende que, bajo la aprehensión de tales normas, no vuelva a reincidir en el comportamiento antijurídico. De esa suerte, la idea de resocialización dentro del tratamiento penitenciario colombiano comprende tres dimensiones. Primero, la resocialización es un proceso al que se involucra al condenado tras la sentencia de responsabilidad penal. Segundo, ese proceso tiene por

finalidad que el condenado, al recobrar su libertad, sea consciente del actuar errado y de la importancia de respetar las normas establecidas por la sociedad. Y, tercero, el proceso está llamado a eliminar los incentivos para la comisión de nuevas actividades ilegales.

PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Límites constitucionales y garantías penales

MUJERES PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Aplicación de enfoque diferencial de género

El Estado, las organizaciones internacionales y la academia han confluído tanto en la necesidad de incorporar el enfoque de género en la formulación de políticas públicas, como en el hecho de que la elaboración de tales iniciativas debe estar precedido por análisis que permitan indagar sobre la situación y las circunstancias en las que las mujeres entran a participar del negocio del narcotráfico y de las cadenas de criminalidad en general. Adicionalmente, estudios e informes internacionales sugieren la importancia de que los Estados implementen medidas alternativas o sustitutivas al encarcelamiento, específicamente dirigidas a las mujeres que, por sus específicas condiciones de vida, cometen delitos asociados al narcotráfico. Es claro entonces que la elaboración de la política pública del Estado no puede pasar por alto ni los datos empíricos ni las sugerencias que, sobre la materia, han sido ampliamente desarrolladas.

OMISION LEGISLATIVA ABSOLUTA Y RELATIVA-Distinción

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Presupuestos para su configuración

OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA-Análisis en objeciones gubernamentales

(...) al momento de analizar una objeción gubernamental por la presunta existencia de una omisión legislativa relativa, la Corte debe ser especialmente cuidadosa al escrutar el cumplimiento de los requisitos argumentativos esbozados. La activación del control de constitucionalidad en estos casos debe estar precedida de un ejercicio argumentativo riguroso. El juez constitucional debe ser sumamente estricto a la hora de valorar si el Ejecutivo presentó argumentos concretos, claros y específicos tendientes a demostrar que el Congreso, en ejercicio de sus facultades, desatendió un deber que le fue impuesto por la Constitución. De lo contrario, se pondría en vilo el respeto por las competencias legislativas

en cabeza de dicho órgano.

PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD-Servicio de utilidad pública como medida sustitutiva

Expediente: OG-165

Revisión de las Objeciones Gubernamentales al Proyecto de Ley No. 093 de 2019 Senado y 498 de 2020 Cámara, “[p]or medio del cual se adoptan acciones afirmativas para mujeres cabeza de familia en materia 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”

Magistrado Ponente:

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil veintidós (2022)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular de las previstas en los artículos 167 y 241.8 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2067 de 1991, profiere la presente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. El 10 de noviembre de 2021, en cumplimiento de las instrucciones proveídas por la Presidencia del Senado, el Secretario General de dicha Corporación remitió a la Corte Constitucional el expediente contentivo del Proyecto de ley No. 093 de 2019 Senado y 498 de 2020 Cámara, “[p]or medio del cual se adoptan acciones afirmativas para mujeres cabeza de familia en materia 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”, el cual fue objetado parcialmente por inconstitucionalidad.

1. El proyecto de ley en referencia fue considerado y aprobado en sesión de la Comisión Primera del Senado del 16 de junio de 2020 y en sesión Plenaria Mixta del 15 de diciembre de 2020. Por su parte, también fue discutido y aprobado en sesión de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes del 9 de junio de 2021 y en sesión Plenaria del 18 de junio de 2021. A la postre, con ocasión a los reparos formulados por el Gobierno Nacional, el respectivo informe de objeciones fue aprobado en la Cámara de Representantes el 5 de octubre de 2021 y por el Senado el 26 de octubre de 2021. De ese modo, en atención estricta a lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2067 de 1991, el Secretario General del Senado procedió a remitir el expediente en referencia a esta Corte, para lo de su competencia.

A. Texto del proyecto de ley objetado

1. Aun cuando el texto completo del proyecto de ley objetado se incluye al final de la providencia, como anexo, en lo que sigue se transcriben los apartes que el Presidente de la República objetó por inconstitucionalidad parcial:

Decreta:

“Artículo 1. Objeto. La presente ley tiene como objeto adoptar acciones afirmativas para las mujeres cabeza de familia en materia de política criminal y penitenciaria, sin perjuicio de lo establecido en la Ley 750 de 2002, en el numeral 5 del Artículo 314 de la Ley 906 de 2004 y demás normas concordantes que le sean aplicables.

“Artículo 2. Alcance. Las mujeres cabeza de familia condenadas por los delitos establecidos en los artículos 239, 240, 241, 375, 376 y 377 del Código Penal, o condenadas a otros delitos cuya pena impuesta sea igual o inferior a ocho (8) años de prisión, en los cuales se demuestre por cualquier medio de prueba que la comisión del delito está asociada a condiciones de marginalidad que afecten la manutención del hogar y cumplan con los requisitos establecidos en la presente ley, podrán obtener como medida sustitutiva de la pena de prisión, de oficio o a petición de parte, el servicio de utilidad pública.

“La medida sustitutiva podrá aplicarse en los casos en los que exista concurso de conductas

punibles respecto de las cuales proceda la prisión domiciliaria.

“La medida sustitutiva de la pena de prisión prevista en la presente ley no se aplicará cuando haya condena en firme por otro delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores a la comisión del nuevo acto punible o exista concurso con conductas punibles distintas a las aquí señaladas.

“El servicio de utilidad pública como medida sustitutiva de la pena de prisión se podrá otorgar a las mujeres cabeza de familia de acuerdo a los requisitos de la presente ley, en los casos de condenas por el delito de concierto para delinquir (artículo 340 del C.P.), cuando el concierto esté relacionado con los delitos de los artículos 239, 240, 241, 375, 376 y 377 del Código Penal.

“Las condiciones de marginalidad que deben probarse para otorgar el servicio de utilidad pública como medida sustitutiva de la pena de prisión no dependen de la acreditación de la causal de atenuación punitiva consagrada en el artículo 56 de la Ley 599 de 2000 y el beneficio otorgado en virtud de esta última, no afectará la obtención de la medida sustitutiva consagrada en la presente ley.

“Artículo 3. MODIFÍQUESE el artículo 36 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 36. Penas sustitutivas. La prisión domiciliaria es sustitutiva de la pena de prisión y el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido es sustitutivo de la multa.

“La prestación de servicios de utilidad pública para mujeres cabeza de familia será sustitutiva de la pena de prisión, de conformidad con los parámetros previstos en la presente ley.”

“Artículo 4. ADICIONESE un párrafo nuevo al artículo 1 de la Ley 750 de 2002, en los siguientes términos:

[...]

“Párrafo. Las mujeres cabeza de familia condenadas por los delitos establecidos en los artículos 239, 240, 241, 375, 376 y 377 Código Penal o condenadas por otros delitos cuya pena impuesta sea igual o inferior a ocho (8) años de prisión, en los cuales se demuestre que la comisión del delito está asociada a condiciones de marginalidad que afecten la

manutención del hogar y cumplan con los requisitos establecidos en la presente ley, podrán obtener el servicio de utilidad pública como medida sustitutiva de la pena de prisión.

“Artículo 5. ADICIÓNASE el artículo 38-H a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 38-H. Prestación de servicios de utilidad pública como sustitutiva de la prisión. La prestación de servicios de utilidad pública como sustitutiva de la prisión para mujeres cabeza de familia consistirá en el servicio no remunerado que, en libertad, ha de prestar las mujeres condenadas, a favor de instituciones públicas, organizaciones sin ánimo de lucro y no gubernamentales, mediante trabajos de utilidad pública en el lugar de su domicilio.

“El juez de conocimiento o el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, según el caso, previo consentimiento de la condenada, podrá sustituir la pena de prisión por la de prestación de servicios de utilidad pública durante la cantidad de horas que determine al momento de dictar la sentencia, o en cualquier momento dentro de la ejecución de la misma.

“Para la dosificación del número de horas que deberá prestar la condenada, el juez deberá atender a los siguientes criterios:

“1. La condenada deberá trabajar un total de cinco (5) horas de prestación de servicios de utilidad pública por cada semana de privación de la libertad que se le imponga o que tenga pendiente por cumplir.

“2. La jornada de prestación de servicios de utilidad pública no podrá ser superior a ocho (8) horas diarias.

“3. La prestación del servicio de utilidad pública se deberá cumplir con un mínimo de cinco (5) horas y un máximo de veinte (20) horas semanales.

“4. La prestación del servicio de utilidad pública no podrá interferir con la jornada laboral o educativa de la condenada.

“5. La prestación del servicio de utilidad pública deberá realizarse en el lugar de domicilio del núcleo familiar de las personas que están a cargo de la mujer cabeza de hogar.

[...]

“Parágrafo. Para los efectos de este artículo, se entenderán como servicios de utilidad pública los que la condenada realice en beneficio de la sociedad, las cuales podrán consistir en labores de recuperación o mejoramiento del espacio público; apoyo o asistencia a las víctimas siempre que estas lo acepten; asistencia a comunidades vulnerables; realización de actividades de carácter educativo en materia cultural, vial, ambiental, y otras similares que permitan el restablecimiento del tejido social afectado por el delito.

“El juez deberá asegurarse de que el plan de servicios que se pacte con la condenada para la prestación del servicio de utilidad pública incluya labores que contribuyan a su formación educativa y/o profesional, procurando no asignar únicamente labores tradicionalmente asignadas a las mujeres.”

“Artículo 6. Política pública de Empleabilidad, Formación y Capacitación. El Ministerio del Trabajo en coordinación con el Ministerio de Educación y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo diseñaran en el término de dos (2) años una Política Pública de empleabilidad, formación y capacitación para el emprendimiento, conducente a garantizar la ruta de empleo, emprendimiento y educación al interior de los establecimientos carcelarios para las mujeres cabeza de familia. Esta política deberá servir para mejorar la formación y capacitación laboral al interior de los establecimientos de reclusión de forma al (sic) que se ajuste con las necesidades actuales en el mercado laboral.

“Artículo 7. ADICIÓNASE el artículo 38-I a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 38-I. Requisitos para conceder la prestación de servicios de utilidad pública como sustitutiva de la prisión. Son requisitos para conceder la prestación del servicio de utilidad pública:

“1. Que la pena impuesta sea igual o inferior a ocho (8) años o se trate de condenas impuestas por la comisión de los delitos establecidos en los artículos 239, 240, 241, 375, 376 y 377 del Código Penal.

“2. Que la condenada no tenga antecedentes judiciales, esto es, una condena en firme dentro de los cinco (5) años anteriores a la comisión del delito, salvo que se trate de delitos

culposos, que tengan como pena principal multa o que sea por los mismos delitos del numeral anterior.

“3. Que la condenada manifieste su voluntad de vincularse libremente a la pena sustitutiva de prestación de servicios de utilidad pública.

“4. Que se demuestre que es madre cabeza de familia, que para los efectos de esta ley será entendido como tener vínculos familiares, demostrando que la condenada ejerce jefatura del hogar y tiene bajo su cargo afectiva (sic), económica y socialmente de manera permanente hijos menores o personas en condición de discapacidad permanente.

“5. Que la conducta atribuida a la condenada no tipifique el delito establecido en el artículo 188-D del Código Penal.

“6. Que se demuestre que la comisión del delito está asociada a condiciones de marginalidad que afectan la manutención del hogar.

“7. Que la condenada comparezca personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerida para ello o en los términos acordados en el plan de servicios.

“El servicio de utilidad pública en los términos descritos podrá aplicarse en los casos de concurso de conductas punibles y de concierto para delinquir, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la presente ley.

“La medida consagrada en la presente ley no será aplicable cuando la pena menor a ocho (8) años de prisión se refiera al tipo penal de violencia intrafamiliar consagrado en el artículo 229 del Código Penal.

“Parágrafo. Sin perjuicio de lo anterior, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de la presente ley, le corresponderá al Gobierno Nacional reglamentar la materia con el fin de que se suscriban convenios entre la Nación y el Distrito o los municipios para el cumplimiento de los servicios de utilidad pública en entidades del Estado.”

[...]

“Artículo 14. Las mujeres que se encuentren recluidas en establecimientos carcelarios podrán participar en los planes, programas y proyectos de voluntariado que adelanten entidades sin ánimo de lucro en estos, y que desarrollen actividades de interés general, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 720 de 2001 o la norma que la modifique o adicione.

“Quienes hagan parte del voluntariado podrán redimir la pena de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Ministerio de Justicia y del Derecho, sin perjuicio de las demás posibilidades de redención de pena que establezca la ley.

[...]

“Artículo 16. Prevención. El Gobierno Nacional promoverá medidas de prevención de los delitos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones que trata el Capítulo II del Título XIII del Código Penal, para las mujeres cabeza de familia al interior de los establecimientos educativos y lugares de trabajo. Igualmente gestionará la articulación con los diferentes programas de ayuda y protección a la mujer de las diferentes Entidades del Gobierno, para que las mujeres objeto del beneficio en esta Ley puedan efectivamente ser resocializadas y encontrar alternativas diferentes al delito.

“Artículo 17. MODIFÍQUENSE los numerales 3 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, los cuales quedarán así:

“Artículo 314. Sustitución de la detención preventiva. La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos:

(...)

“3. Cuando a la procesada le falten tres (3) meses o menos para el parto, y hasta los seis (6) meses después del nacimiento.”

“5. Cuando la procesada fuere mujer cabeza de familia de hijo menos de edad o sufriere incapacidad permanente; o tenga a un adulto mayor o una persona que no puede valerse por sí misma bajo su cuidado. La persona que haga sus veces podrá acceder a la misma medida. En estos eventos, el juez atenderá especialmente a las necesidades de protección de la unidad familiar y a la garantía de los derechos de las personas que se encuentran bajo su

dependencia”.

[...]

“Artículo 19. ADICIÓNASE un párrafo al artículo 68-A de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 68A. EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES.

[...]

“PARÁGRAFO 3o. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará para las mujeres cabeza de familia que cumplan los requisitos establecidos en la presente ley.”»

B. La presentación del proyecto de ley y su exposición de motivos

1. El 1 de agosto de 2019, un grupo de senadores radicó ante la Secretaría General del Senado de la República el Proyecto de Ley No. 093 de 2019 (Senado), “[p]or medio del cual se adoptan acciones afirmativas para mujeres cabeza de familia en materia 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.”¹

1. Señalaron que, aun cuando en Colombia el narcotráfico sigue siendo un fenómeno delictivo del cual surgen y se consolidan inmensas fortunas, las cuales, además, son lavadas en el sistema financiero, la política criminal está fundamentalmente concentrada en la persecución penal de cultivadores de coca y pequeños expendedores, la mayoría de los cuales son mujeres cabeza de familia.

1. En lo que respecta a los antecedentes de la iniciativa legislativa, los senadores aludieron a

tres fuentes en particular: (a) la investigación realizada por el CIDE, la Pontificia Universidad Javeriana y el CICR, titulada: “Mujeres y prisión en Colombia: desafíos para la política criminal desde un enfoque de género (2018)”;⁴ (b) las Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015, dictadas por la Corte Constitucional, en las que se resalta la importancia de que la política criminal racionalice el uso de la prisión e incentive medidas alternativas de sanción que busquen la efectiva resocialización de quienes son judicialmente condenados;⁵ y, (c) el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto, que consagra en su numeral 4.1.3.4 la obligación del Estado de “crear mecanismos sociales y administrativos para brindar un tratamiento penal diferenciado, transitorio y condicionado, a personas vinculadas, especialmente mujeres, al cultivo de plantaciones de uso ilícito y algunas de sus actividades conexas, con el fin de aportar elementos para la consolidación y sostenibilidad de la paz.”⁶

1. En tales términos, el proyecto de ley propone “realizar un ajuste a la política criminal y penitenciaria con enfoque de género, adoptando acciones afirmativas para las mujeres cabeza de familia, con el fin de consagrar una medida alternativa para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad, denominada el servicio de utilidad pública.”⁷

1. Para justificar la iniciativa legislativa en comento, los congresistas profundizaron en los siguientes elementos:

1. Por una parte, insistieron en que el derecho penal tiene como principio orientador la mínima intervención, lo que quiere decir que la protección de los bienes jurídicos a través del derecho penal solo puede ser subsidiaria. Por otra parte, señalaron que la finalidad de la pena, al tenor de la jurisprudencia constitucional, contempla una dimensión preventiva, retributiva y resocializadora. De ahí que el Código Penitenciario y Carcelario, en su artículo 10, disponga que: “[e]l tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario.”⁸

1. En lo que toca con la política criminal del Estado colombiano, manifestaron que, desde 1998, la Corte Constitucional ha cuestionado el sistema penitenciario imperante en el país. De hecho, en diversas oportunidades la Corporación se ha referido a este sistema en el contexto de un estado de cosas inconstitucional. En una de tales oportunidades, en la Sentencia T-762 de 2015, la Corte destacó que “el aumento de nuevos tipos penales ha conllevado al incremento de penas y, por ende, a un número desproporcionado de personas privadas de la libertad.”⁹ Bajo ese contexto, los congresistas aseguraron que el proyecto de ley pretende “racionalizar el uso de la pena privativa de la libertad, replanteando la escala jerárquica de protección de los bienes jurídicos, estableciendo que los delitos que no ponen en riesgo la seguridad ciudadana, no son violentos, se realicen por primera vez y sean consecuencia de la marginalidad social, sean desprovistos de las penas privativas de la libertad.”¹⁰

1. En una segunda parte, el documento sustenta por qué existen mujeres privadas de la libertad que deben ser beneficiarias de las medidas anteriormente expuestas. Para tales efectos, los congresistas presentaron un análisis estadístico en el que se resalta, por ejemplo, que actualmente “hay 187.477 personas procesadas penalmente, de las cuales 118.769 están privadas de la libertad en establecimientos carcelarios, 60.360 en prisión domiciliaria y 5.247 con vigilancia electrónica. De este universo, 110.571 son hombres, es decir, el 93.1% de la población carcelaria, y 8.198 mujeres, equivalente al 6.9% de este universo.”¹¹

1. Frente a la situación carcelaria de las mujeres, la exposición de motivos trajo a colación los siguientes datos: Según el INPEC, “a enero de 2019 había un total de 13 mujeres lactantes y 74 madres gestantes privadas de la libertad”.¹² De acuerdo con la investigación adelantada por el CIDE, la Pontificia Universidad Javeriana y el CICR: (i) el 66% de las mujeres privadas de la libertad pertenecen a estratos socioeconómicos bajos (estratos 1 y 2); (ii) antes de la privación de la libertad el 72,8% tenían ingresos inferiores a dos salarios mínimos mensuales vigentes; (iii) el 74,9% son madres cabeza de familia; y, (iv) el 56.6% tiene un bajo nivel de escolaridad.¹³ Adicionalmente, en la investigación se consigna que “la mayoría de estas

mujeres reportaron haber cometido el delito por razones relacionadas a su vulnerabilidad económica (...). El 82,5% de las mujeres privadas de la libertad entrevistadas no tienen antecedentes penales y generalmente son condenadas por delitos que no implican el uso de la violencia.”¹⁴

1. Por último, en materia estadística, se resalta que según la información consignada en las bases de datos del INPEC, las conductas delictivas por las que son condenadas las mujeres están relacionadas con el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, concierto para delinquir, hurto y homicidio. En todo caso, según la exposición de motivos, “un alto número de mujeres privadas de la libertad en Colombia lo están por delitos relacionados con las drogas (...). Lo cual 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 hogares.”¹⁵

1. Sobre este específico punto se puso de relieve que “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, son madres cabeza de familia, son las proveedoras y cuidadoras de sus hogares, tienen un 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.”¹⁶

1. Otro de los aspectos a destacar es lo que la exposición de motivos denomina la “feminización” de los delitos asociados a las drogas, lo que se presenta como un fenómeno híbrido. De un lado, las mujeres tienen un perfil específico que puede ponerlas en posiciones de vulnerabilidad que, además, se refuerzan y profundizan en el momento en que son encarceladas. No es gratuito, sugirieron los congresistas, que buena parte de estas mujeres sean pobres, cabeza de hogar y que, por regla general, entren a participar en este negocio

por presión económica y falta de oportunidades.¹⁷ De otro lado, adujeron, el sistema penal parece ser más eficiente (en lo que refiere a imputaciones y condenas) cuando de mujeres se trata. Así, en el 2019, por ejemplo, mientras las mujeres se vieron envueltas en el 10% de este tipo de delitos, el 22% de las sentencias condenatorias por estos punibles las involucraba.¹⁸

1. Al hilo de estos aspectos, la exposición de motivos resalta que la privación de la libertad de las mujeres (en especial de las que son cabeza de hogar) tiene grandes efectos emocionales, sociales y económicos tanto en la vida de sus hijos como en la sociedad en general. Los hijos de estas mujeres experimentan un trauma psicológico derivado de la desintegración del hogar, aspecto último que, según los informes consultados, no ocurre cuando un hombre cabeza de hogar es privado de la libertad, “pues los hijos y el cuidado del hogar pasa a ser responsabilidad de la madre, en el 71.4% de los encuestados, o la abuela (18.8%).”¹⁹

1. Naturalmente, aseguraron los congresistas, la carga emocional derivada de la desintegración familiar –agravada cuando son las madres cabeza de familia quienes deben purgar una pena privativa de su libertad–, tiene altos impactos sociales en la vida de sus hijos. En muchos casos, las consecuencias se reflejan en la deserción escolar y en la necesidad de trabajar para contribuir a la economía doméstica. De acuerdo con la investigación “Mujeres y prisión en Colombia...”, previamente aludida, “se ha comprobado una correlación entre el inicio prematuro del consumo de alcohol y drogas por parte de los hijos de 12 a 18 años, después de la detención de las madres.”

1. Así, la exposición de motivos introdujo la necesidad de adoptar una política criminal con enfoque de género, pues, aunque existen normas en las que se consagran beneficios penales para las madres cabeza de familia (v.gr. la Ley 750 de 2002), ordinariamente éstas no se aplican por ausencia de parámetros interpretativos que determinen cuándo una mujer es cabeza de hogar. Por esa vía, se propuso “una medida alternativa a la prisión para aquellas

mujeres cabeza de familia condenadas por delitos relacionados con drogas y hurto simple, que demuestren que la comisión del delito estuvo asociada a condiciones de marginalidad que afectaban la manutención del hogar”. Con ello se busca “minimizar el trauma familiar, social y económico que causa el encarcelamiento de las madres en sus hogares, reducir los índices de hacinamiento carcelario, hacer efectivo el principio de proporcionalidad de la pena y, sobre todo, disminuir los costos humanos, económicos, familiares y sociales de la privación de la libertad.”²⁰

1. De ese modo, sobre la base de parámetros y experiencias internacionales, los autores de la iniciativa formularon la propuesta de implementar el servicio de utilidad pública como medida alternativa a la pena privativa de la libertad. Este servicio consiste en “una condena sustitutiva de la prisión que implica la prestación de un servicio no remunerado que ha de prestar la mujer condenada en libertad, a favor de instituciones públicas y organizaciones sin ánimo de lucro ONG, entre otras, cuyo trabajo represente una utilidad pública.”²¹ Resaltaron que la sustitución de la pena de prisión por la de utilidad pública presupone el cumplimiento de una serie de requisitos relativos a la calidad del infractor (mujer cabeza de familia), las condiciones en las que se cometió el delito, el tipo penal y los vínculos y la responsabilidad familiar.²²

C. El contenido del proyecto de ley

1. Luego de los debates en las comisiones constitucionales permanentes y en las plenarias del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, se propuso un texto conciliado del que pueden extraerse los siguientes aspectos relevantes. El objetivo del proyecto consiste en “adoptar acciones afirmativas para las mujeres cabeza de familia en materia de política criminal y penitenciaria” (artículo 1). Para estos efectos, el proyecto señaló que “las mujeres cabeza de familia condenadas por los delitos establecidos en los artículos 239, 240, 241, 375, 376 y 377 del Código Penal, o condenadas a otros delitos cuya pena impuesta sea igual o inferior a ocho (8) años de prisión”, en los que se demuestre que la comisión del ilícito responde a condiciones de marginalidad que afectan la manutención del hogar, y siempre y cuando se cumplan las condiciones definidas en la ley, “podrán

obtener como medida sustitutiva de la pena de prisión, de oficio o a petición de parte, el servicio de utilidad pública” (artículo 2).

1. Sobre la base del objetivo y alcance descrito, el proyecto contempla un conjunto de modificaciones al Código Penal y de medidas legislativas que, entre otras cosas, buscan: (i) establecer penas sustitutivas de la de prisión en el caso de mujeres cabeza de familia (artículo 3); (ii) consagrar la prestación del servicio de utilidad pública como pena sustitutiva de la prisión para mujeres cabeza de familia (artículos 4 y 5); (iii) diseñar una política pública de empleabilidad, formación y capacitación para el emprendimiento, que redunde en una ruta de empleo, emprendimiento y educación al interior de los establecimientos carcelarios para las mujeres cabeza de familia (artículo 6); (iv) definir el cause procesal idóneo para que las mujeres que cumplan con los requisitos previstos en el estatuto normativo puedan acceder a los beneficios penales dispuestos en la ley (artículo 7, 8 y 9); y, (v) establecer los requisitos y condiciones para obtener la sustitución de la pena de prisión, las faltas en la prestación del servicio de utilidad pública y las consecuencias del cumplimiento de la ejecución del plan de servicios (de utilidad pública) fijado por el juez competente (artículos 10, 11, 12, 13).

1. Además, el proyecto busca (vi) implementar una política de atención integral para la promoción, prevención y seguimiento en materia de salud mental, cuidado psicológico y acompañamiento psicosocial al interior de los establecimientos carcelarios del país (artículo 15); (vii) promover medidas de prevención de los delitos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones que trata el Capítulo II del Título XIII del Código Penal, para las mujeres cabeza de familia, al interior de los establecimientos educativos y lugares de trabajo (artículo 16); (viii) complementar las causales en las que es procedente la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la del lugar de residencia (artículo 17); y, (ix) exceptuar a las mujeres cabeza de familia, que cumplan con los requisitos establecidos en la ley, de la exclusión de los beneficios y subrogados penales (artículo 19).

1. Aprobado en los debates reglamentarios surtidos en el Congreso de la República, el 23 de junio de 2021, el Secretario General del Senado envió al Presidente de la República los antecedentes y la versión final del proyecto de ley para su correspondiente sanción ejecutiva.

D. Las objeciones gubernamentales

1. El 14 de julio de 2020, el Presidente de la República devolvió al Congreso de la República el proyecto de ley sin sancionar, por conducto de los Presidentes del Senado y la Cámara, al formular objeciones parciales por razones de inconstitucionalidad.

1. En concreto, las objeciones se formularon respecto de los artículos 2, 4 y 7 del proyecto de ley, ya que a juicio del Presidente de la República, estos permiten que el servicio de utilidad pública –como pena sustitutiva de prisión– se extienda a “los delitos de concierto para delinquir, hurto calificado y agravado, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, destinación ilícita de muebles e inmuebles con fines de narcotráfico y demás delitos cuya pena impuesta sea igual o inferior a 8 años.” Adicionalmente, el Presidente de la República sostuvo que la expresión “mujeres” contenida en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 14, 16, 17 y 19 incurre en una omisión legislativa relativa.

1. Sobre lo primero, señaló que pese a que el Gobierno comparte que la propuesta legislativa es acorde con la nueva tendencia de alternatividad penal y reconoce que el servicio de utilidad pública coadyuva al propósito de la resocialización como fin de la pena, a su juicio, existen elementos de la configuración normativa de la medida que transgreden algunas disposiciones de rango constitucional. Afirmando que, el hecho de que el beneficio se extienda a delitos graves y de alto impacto (en especial los previstos en los artículos 240, 241, 340, 376 y 377), “contradice las obligaciones estatales de proteger tales bienes jurídicos y castigar severamente las conductas que los afectan y ponen en peligro”,²³ por una parte y, por la otra, señaló que aplicar la medida en los casos aludidos “lesiona derechos e intereses individuales y colectivos, pone en peligro la existencia misma de la sociedad y del Estado, en tanto incentiva y promueve la comisión de tales conductas delictivas, (...) [y] se presta para

la instrumentalización de las personas beneficiarias de la medida y sus familias.”²⁴

1. A lo anterior, señaló, se suma la obligación del Estado colombiano de cumplir con los Convenios y mecanismos de cooperación en la lucha contra el narcotráfico y la delincuencia organizada,²⁵ los cuales imponen el deber de sancionar con la privación de la libertad los delitos de narcotráfico. De ahí que la extensión del servicio de utilidad pública “como pena sustitutiva de prisión a los delitos de concierto para delinquir, hurto calificado y agravado, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, destinación ilícita de muebles e inmuebles con fines de narcotráfico y demás ilícitos cuya pena sea superior a 6 años e igual a 8 años [desconozca] directamente los compromisos internacionales reseñados.”²⁶

1. Sobre lo segundo, destacó que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los hombres que están a cargo de la jefatura de un hogar, conformado por menores de edad, también merecen una especial protección constitucional por parte del Estado. Adicionalmente, resaltó que, a propósito del análisis de constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 750 de 2002, en la Sentencia C-184 de 2003, la Corte reconoció que el Congreso de la República estaba facultado para “conceder el derecho de prisión domiciliaria a las mujeres cabeza de familia, sin que ello implique una violación al principio de igualdad por no reconocer el mismo derecho a los hombres.”²⁷

1. Señaló que en la misma Sentencia C-184 de 2003, la Corte aclaró que “el legislador no puede proteger exclusivamente los derechos al cuidado y amor de los niños (...) cuando estos se ven expuestos a riesgos y cargas desproporcionadas por la ausencia de la madre (...) y desentenderse completamente de los derechos de los menores cuando dependen del padre”,²⁸ lo cual condujo a que en dicha providencia se declarara la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 750 de 2002, bajo el entendido de que el derecho de prisión domiciliaria “podrá ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger (...) el interés superior del hijo menor o del hijo [en condición de discapacidad]”.²⁹

1. Así pues, con base en lo reseñado, el Presidente de la República puso de presente que la ratio decidendi de la antedicha providencia constituye un precedente aplicable al proyecto de ley objeto de discusión, particularmente porque “una diferenciación que implique desconocer los derechos de los menores de edad que se encuentren en la misma situación fáctica que los hijos de una mujer cabeza de familia, solo porque la persona a su cuidado es un hombre, constituye una violación a sus derechos fundamentales a la asistencia y cuidado en condiciones de igualdad con otros menores y a tener una familia”.³⁰ Bajo esa perspectiva concluyó que, al aludir exclusivamente a las “mujeres”, el proyecto pasa por alto que existen hombres que se encuentran en la misma situación fáctica, lo cual supone un escenario de desprotección para los menores de edad y para las personas en situación de discapacidad que dependen de una madre o un padre cabeza de familia.³¹

1. Por todo lo anterior, el Presidente de la República junto con el Ministro de Justicia y del Derecho, devolvieron al Congreso el proyecto de ley objeto de análisis a efectos de que en ambas cámaras se analizaran y discutieran las objeciones parciales reseñadas.

E. El informe sobre las objeciones gubernamentales

1. Una vez devuelto el proyecto de ley, la Comisión Accidental conformada para evaluar las objeciones gubernamentales,³² rindió el respectivo informe en el que presentó las siguientes conclusiones:

1. Frente a la objeción por inconstitucionalidad parcial de los artículos 2, 4 y 7 del proyecto de ley, señaló que con base en el direccionamiento estratégico de la Fiscalía General de la Nación 2020-2024, está claro que la investigación y judicialización de los eslabones débiles de las cadenas criminales, en tanto actores altamente fungibles, “no aporta nada al logro de resultados en la lucha contra el narcotráfico y el crimen organizado.”³³ De ahí que, dijo, cobre sentido la necesidad de “diseñar e implementar salidas alternativas al ejercicio de la

acción penal para la población vulnerable obligada a participar en economías ilegales.”³⁴ Por esa vía, la implementación de medidas alternativas a la pena de prisión se acompasa con la política criminal vigente en el país y está en consonancia con el uso racional y subsidiario de la pena de prisión y del derecho penal.

1. Aunque el Gobierno sostuvo que el establecimiento de la medida sustitutiva de la pena de prisión contradice las obligaciones estatales de promover la prosperidad general, la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, la Comisión hizo énfasis en que los compromisos del Estado colombiano en materia de derechos humanos “contemplan la importancia y validez de las medidas alternativas a las penas privativas de la libertad.”³⁵ Así mismo, señaló que, con base en las investigaciones incluidas en la exposición de motivos, las alternativas a la prisión para mujeres en condiciones de vulnerabilidad resultan ser mucho más beneficiosas para la sociedad, si se tiene en cuenta que estas permiten “reducir los perjuicios que tiene el encarcelamiento y contribuye a retribuir eficientemente a la resocialización y a la seguridad ciudadana.”³⁶

1. Así mismo, la Comisión enfatizó en que el proyecto de ley encuentra sustento en dos estudios sobre la situación de las mujeres privadas de la libertad y sobre aquellas condenadas específicamente por delitos relacionados con el tráfico y fabricación de estupefacientes. Igualmente, luego de recapitular los datos estadísticos que se reseñan en la exposición de motivos y de reiterar la caracterización de las mujeres que son sindicadas o condenadas de cometer los delitos anteriormente referidos, hizo hincapié en que “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.”³⁷

1. Seguidamente, en lo que hace relación con los compromisos internacionales del Estado

colombiano, la Comisión señaló que una interpretación sistemática de la Constitución Política y de los tratados internacionales conduce a conclusiones disímiles a las expuestas por el Gobierno. Primero, las normas objetadas no alteran los tipos penales ni legaliza las conductas delictivas. Segundo, los Convenios internacionales dan mayor flexibilidad a los Estados frente a la persecución penal de conductas relacionadas con el consumo, producción, porte y tráfico de drogas. Tercero, los compromisos internacionales reconocen que las alternativas a la prisión son medidas perfectamente compatibles con la lucha contra las drogas, “pues no solo responden a una tendencia marcada de resocialización a través de otras opciones distintas al encarcelamiento, sino que permiten corregir violaciones sistemáticas a los derechos humanos originadas en el hacinamiento de las cárceles.”

1. Por su parte, en lo que refiere a la presunta omisión legislativa relativa, la Comisión resaltó 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”,³⁸ lo cual se fundamenta en análisis empíricos y analíticos –como el realizado por la Pontificia Universidad Javeriana, el CIDE y el CICR– a partir de los cuales se puede concluir que “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.”³⁹ En ese sentido, sostienen que es constitucionalmente admisible que el legislador adopte acciones afirmativas en favor de las mujeres con las características anteriormente enunciadas, pues ello se sustenta en preceptos constitucionales y jurisprudenciales y en instrumentos internacionales.

1. Por ello, la Comisión concluyó que la medida de política criminal con enfoque de género contenida en el proyecto de ley objetado permite atacar la inequidad que se presenta en el sistema judicial, el cual, como lo demuestran las estadísticas, afecta particularmente a las mujeres. En últimas, advirtieron que “[n]o 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 [de] que las penas no dificulten aún más sus condiciones de vida.”⁴⁰

1. Sobre la base de las razones expuestas, la Comisión solicitó a las Plenarias tanto de la Cámara de Representantes como del Senado de la República improbar las objeciones parciales formuladas por el Presidente de la República y, en su lugar, insistir en la constitucionalidad del proyecto de ley 093 de 2019 – Senado y 498 de 2020 – Cámara. El 5 de octubre de 2021, la Plenaria de la Cámara de Representantes consideró y aprobó el informe presentado por la Comisión sobre las objeciones presidenciales.⁴¹ Lo propio ocurrió en el Senado de la República, que, en sesión plenaria del 26 de octubre de 2021, también consideró y aprobó el informe referido.⁴² Frente a la insistencia del Congreso del Congreso sobre la constitucionalidad de los artículos objetados por el Presidente de la República, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 241.8 y 167 de la Constitución, la Secretaría General del Senado de la República remitió el proyecto de ley, las objeciones presidenciales y la insistencia del Congreso de la República, a la Corte Constitucional para lo de su competencia.

II. TRÁMITE ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. El 26 de noviembre de 2021, la Secretaría General de la Corte Constitucional envió el expediente OG-165 al despacho del Magistrado ponente para lo de su competencia.⁴³ Luego de analizar los elementos de juicio obrantes en el expediente, se pudo advertir que mediante escrito del 18 de noviembre de 2021 la Procuradora General de la Nación manifestó su impedimento para participar en el debate de constitucionalidad de la referencia y, por ende, para rendir el concepto de que trata el artículo 278.5 de la Constitución Política.

1. Manifestación de impedimento de la Procuradora General de la Nación. En términos generales, la funcionaria expresó que según lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 2067 de 1991, y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, se encontraba “inmersa en la

causal de impedimento consistente en haber intervenido en la expedición de las disposiciones examinadas, pues durante [su] gestión como Ministra de Justicia y del Derecho fue remitida una intervención al Congreso de la República en la que se manifestó la conveniencia de adoptar las normas objetadas, según consta en la Gaceta del Congreso 1206 de 2019.”⁴⁴ Por tal razón, solicitó a la Corporación que declarara fundada la antedicha manifestación de impedimento y que, en consecuencia, permitiese al Viceprocurador General de la Nación rendir el concepto respectivo, en cumplimiento de lo prescrito en el artículo 17.3 del Decreto Ley 262 de 2000.

1. En Auto del 15 de diciembre de 2021, el Despacho del Magistrado ponente asumió el conocimiento del asunto y, con fundamento en ello, realizó las siguientes actuaciones. Por un lado, al advertir que la documentación enviada por el Congreso no contenía la totalidad de los elementos de juicio indispensables para emitir un pronunciamiento de fondo, decretó la práctica de pruebas y solicitó a los Secretarios Generales del Senado de la República y de la Cámara de Representantes que remitieran la totalidad de las gacetas, actas y certificados en los que constara el trámite de las objeciones por inconstitucionalidad presentadas por el Presidente de la República.

1. De igual manera, (i) ofició al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario para que allegara datos estadísticos e información sobre el perfil delictivo de las mujeres privadas de la libertad; (ii) ofició al Departamento Nacional de Estadística para que remitiera información cuantitativa acerca de las mujeres jefes de hogar y de los hogares monoparentales en el país; (iii) ofició al Consejo Superior de Política Criminal para que presentara un concepto técnico sobre la discusión sub examine y para que expusiera si el proyecto de ley objetado está en conexión con las prioridades del Plan Nacional de Política Criminal; y, (iv) ofició a la Fiscalía General de la Nación para que presentara un concepto técnico sobre la discusión sub examine y para que señalara si el proyecto de ley objetado está en consonancia con el “Direccionamiento Estratégico 2020-2024”.

1. Finalmente, se estimó oportuno (v) oficiar a la profesora Astrid Liliana Sánchez Mejía (coautora de la investigación “Mujeres y prisión en Colombia: desafíos para la política

criminal desde un enfoque de género”) y al profesor Rodrigo Uprimny Yepes (coautor de la investigación “Mujeres, política de drogas y encarcelamiento. Una guía para la reforma de políticas en Colombia”) para que, de considerarlo pertinente, ampliaran o destacaran los elementos más relevantes de dichas investigaciones frente a la discusión sub examine.

1. El 4 de febrero de 2022, se conminó al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, al Departamento Administrativo Nacional de Estadística y al Secretario General del Senado de la República para que allegaran los documentos solicitados en el proveído del 15 de diciembre de 2021. Además, se le solicitó al Secretario General de la Cámara de Representantes que allegara algunos documentos faltantes a la mayor brevedad.

1. Luego de haberse valorado la documentación remitida por los Secretarios Generales del Senado de la República y de la Cámara de Representantes y constatar el cumplimiento efectivo de lo dispuesto en el Auto del 15 de diciembre de 2021, la Sala Plena de la Corporación, mediante el Auto 715 del 26 de mayo de 2022, resolvió la manifestación de impedimento presentada por la señora Procuradora General de la Nación. Al respecto, la Sala determinó que la citada funcionaria efectivamente se encontraba incurso en una de las causales de impedimento previstas en el artículo 25 del Decreto 2067 de 1991, particularmente la de haber intervenido en la expedición de la norma objeto de control. Por tal razón, conforme a lo previsto en el artículo 17.3 del Decreto Ley 262 de 2000,45 ordenó a la Secretaría General de la Corte que corriera traslado del presente proceso al Viceprocurador General de la Nación para que rindiera el concepto al que aluden los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política.

1. Mediante Auto del 23 de junio de 2022, se ordenó (i) fijar en lista el proyecto objetado; (ii) comunicar la iniciación del proceso a la Presidencia de la República, a la Presidencia del Senado de la República, a la Presidencia de la Cámara de Representantes, al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y al Ministerio de Justicia y del Derecho; y, (iii) invitar a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a la Defensoría del

Pueblo, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Colegio de Abogados Penalistas y a las Facultades de Derecho de las Universidades los Andes, Antioquia, Externado de Colombia, Javeriana, Nacional de Colombia, Norte, Santo Tomás, Rosario y Sergio Arboleda, para que, en caso de considerarlo pertinente, presentaran un concepto técnico sobre los elementos que, a su juicio, resultaran ser los más relevantes de la discusión sub examine.

A. Medios de prueba allegados al proceso

a) Consejo Superior de Política Criminal

1. El 13 de enero de 2022, el Jefe de la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia y del Derecho remitió a la Corte el concepto rendido por el Consejo Superior de Política Criminal (CSPC) en sesión extraordinaria virtual del 5 de enero de 2022. En dicho documento, el Consejo se pronunció en los siguientes términos:

1. Luego de reseñar el alcance de sus competencias, aseguró que “solo puede pronunciarse sobre proyectos de ley y actos legislativos que tengan incidencia político criminal”, lo que significa que no se encuentra dentro de su ámbito competencial el evaluar y analizar “las consideraciones de otras instancias o autoridades”.⁴⁶ Del mismo modo, planteó que las recomendaciones formuladas al Congreso de la República no son vinculantes, pues este es autónomo para discutir y aprobar las leyes de la República, así como de acoger o no las recomendaciones planteadas por el CSPC.

1. Dicho esto, aseguró que el Presidente de la República cuenta con la facultad para objetar por inconstitucionalidad los proyectos de ley aprobados por el Congreso de la República, al tiempo que las únicas autoridades habilitadas para pronunciarse sobre el particular son el propio Congreso y la Corte Constitucional. Por esa vía, resaltó una vez más que los conceptos del CSPC no son vinculantes ni para el Legislativo ni para el Ejecutivo.

1. Por otro lado, puntualizó que el Plan Nacional de Política Criminal contempla siete prioridades de política criminal: “(i) la prevención del delito y la reducción del homicidio; (ii) visibilizar, prevenir y perseguir decididamente la violencia de género, reconociendo el daño desproporcionado en mujeres, personas OSIGD [Orientaciones Sexuales e Identidades de Género Diversas] y NNA [Niñas, Niños y Adolescentes]; (iii) disrupción del crimen organizado, el terrorismo, sus finanzas ilícitas y actores dinamizadores que generan mayores escenarios de violencia; (iv) humanizar el sistema penitenciario, fortalecer la resocialización y disminuir la reincidencia criminal; (v) prevenir la participación de adolescentes y jóvenes en actividades criminales; (vi) modernizar la acción estatal para combatir el crimen y (vii) luchar contra la captura del Estado y la corrupción.”⁴⁷

1. Por último, con el fin de profundizar en estos aspectos, compartió para mayor ilustración de la Corte el texto completo del Plan Nacional de Política Criminal. Así mismo, concluyó que aun cuando los conceptos del CSPC no son vinculantes, en su momento el Comité Técnico del organismo emitió el Concepto No. 05.2021 [favorable con observaciones] al proyecto de ley hoy cuestionado. En todo caso, dado que los pronunciamientos del Consejo no son vinculantes, recalcó que el Congreso y el Presidente de la República no están obligados a seguir las recomendaciones del órgano asesor.⁴⁸

Posturas disidentes al oficio emitido por el Consejo Superior de Política Criminal

1. Anexo al oficio anteriormente reseñado, el Jefe de la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia y del Derecho remitió cuatro votos disidentes al concepto formulado por el CSPC con ocasión al presente trámite constitucional.

1. Salvamento de voto del Magistrado Gerson Chaverra Castro. El 5 de enero de 2022, el Magistrado Gerson Chaverra Castro, en calidad de Presidente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, suscribió salvamento de voto al concepto aprobado por el CSPC.⁴⁹ A juicio del Magistrado, tal documento no revela la conclusión a la que llegó el

organismo en la sesión extraordinaria que tuvo lugar el pasado 5 de enero de 2022. Por contraste, el documento resuelve de manera evasiva la petición de la Corte y no ofrece ninguna respuesta de fondo.

1. De igual manera, el Magistrado Chaverra Castro resaltó que su oposición a la postura final del órgano asesor no solo se debe a la ausencia de una respuesta clara y explícita, sino también al hecho de que “el proyecto objetado guarda relación o conexión con las prioridades del Plan Nacional de Política Criminal pues, a no dudarlo, el establecimiento de este nuevo sustituto se alinea con las prioridades referidas al mayor uso de mecanismos alternativos a la privación de libertad, a la humanización de la pena, a la protección de la familia y sus menores miembros, así como a la superación del estado inconstitucional de cosas surgido con ocasión del hacinamiento carcelario.”

1. Constancia de voto de la Magistrada Gloria Stella López Jaramillo. Por su parte, la Magistrada Gloria Stella López Jaramillo, en calidad de Presidenta del Consejo Superior de la Judicatura, suscribió una constancia de voto al concepto aprobado por el CSPC. Tras criticar que el documento remitido a la Corte no recoge las observaciones indicadas por la mayoría de los asistentes a la sesión extraordinaria del Comité Técnico, la Magistrada sostuvo que el concepto debió precisar que “el proyecto de ley se enmarca en la prioridad cuatro (humanizar el sistema penitenciario, fortalecer la resocialización y disminuir la reincidencia criminal) y la prioridad seis (modernización de la acción estatal para combatir el crimen) del Plan Nacional de Política Criminal”.⁵⁰

1. Adicionalmente, manifestó que el proyecto de ley también se encuadra en algunas de las acciones desarrolladas en el citado Plan Nacional de Política Criminal, tales como “diseñar e implementar una estrategia para promover el uso prioritario y razonable de las alternativas al encarcelamiento durante el trámite del proceso y la ejecución de la pena”; “diseñar e implementar una estrategia orientada a mejorar las condiciones dignas para la ejecución de penas privativas de la libertad”; “estructurar estrategias que permitan disminuir el

hacinamiento en los establecimientos de reclusión a cargo del INPEC”; y, “aumentar las oportunidades laborales para la resocialización de la PPL, mediante el incremento de la cobertura de PPL certificada y con experiencia en el sector productivo/industrial, con el propósito de disminuir la reincidencia en el país.”⁵¹

1. Por último, la Magistrada señaló que el proyecto de ley objeto de examen sigue uno de los enfoques transversales para una política criminal efectiva, a saber, que el uso de la sanción penal sea la última de las alternativas del Estado para el tratamiento de las conductas criminales; que se promueva “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”; y que se realicen campañas de promoción y socialización “sobre las ventajas de aplicar las penas y medidas alternativas a la privación de la libertad existentes, como forma de justicia que reduce la reincidencia.”⁵²

1. Salvamento de voto de la Representante a la cámara Juanita Goebertus Estrada. La Representante a la Cámara Juanita Goebertus también se apartó del concepto aprobado por el CSPC. Al respecto, sostuvo que dicho documento no analiza a cabalidad los vínculos existentes entre las medidas establecidas en el proyecto de ley objetado por el gobierno y el recién aprobado Plan Nacional de Política Criminal. De un lado, desatiende que la tercera prioridad del Plan Nacional “establece objetivos específicos como el diseño e implementación de salidas alternativas al ejercicio de la acción penal para población vulnerable obligada a participar en economías ilegales”. De otro lado, soslaya que la cuarta prioridad del citado Plan “se refiere a la humanización del sistema penitenciario y el fortalecimiento de la resocialización para disminuir la reincidencia, para lo cual se recomienda promover las medidas de alternatividad penal y disminuir la privación de la libertad”.⁵³

1. Salvamento de voto del Senador Juan Fernando Velasco Chaves. Por último, el Senador Juan Fernando Velasco Chaves también se apartó del concepto aprobado por el CSPC. Al efecto, se pronunció en los siguientes términos: “dentro de la discusión y votación de la

misiva enviada a la Honorable Corte Constitucional, me aparté del contenido de la misma por motivos que expuse en su momento en la sesión del día 5 de enero de 2022 (...). La Honorable Representante a la Cámara Juanita Goebertus Estrada (...) ha hecho llegar un salvamento de voto el cual recoge mi posición frente al concepto enviado a la Honorable Corte Constitucional.”⁵⁴

b) Fiscalía General de la Nación

1. El 14 de enero de 2022, el Director de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación dio respuesta al Auto del 15 de diciembre de 2021 en los siguientes términos:⁵⁵

1. En primer lugar, precisó que en el año 2020 la Fiscalía General de la Nación implementó el instrumento de planeación estratégica denominado “Direccionamiento Estratégico «Fiscalía General de la Nación 2020-2024, en la calle y en los territorios»”. En este plan se focalizan esfuerzos para proteger a la población en tres ámbitos: (i) la seguridad ciudadana, con especial atención en las conductas que atentan contra sus bienes jurídicos personales, tales como la vida, el patrimonio económico, la integridad física o la libertad sexual; (ii) el ámbito social, el cual está asociado a la obtención de resultados en los territorios afectados por los delitos perpetrados por las organizaciones criminales; y, (iii) la relación de las personas con el Estado, en particular las conductas punibles contra el patrimonio público.

1. En segundo lugar, expuso que en aras de alcanzar la misión y visión de la entidad, la Fiscalía General de la Nación se ha trazado cuatro objetivos estratégicos, entre los que destaca el de “atacar las organizaciones y las economías criminales”. En aras de tal propósito, la estrategia “estará dirigida a concentrar los esfuerzos investigativos en los objetivos de alto valor y en los fenómenos criminales que producen mayores rentas a las organizaciones criminales”, al tiempo que tendrá por norte “perseguir las finanzas de las organizaciones criminales y de los terceros que contribuyen a ingresar esos recursos a la economía nacional”.⁵⁶

1. Finalmente, el Director de Asuntos Jurídicos se refirió a las acciones transversales dispuestas en el instrumento de planeación estratégica y adjuntó copia de este para mayor información de la Corte.

c) Concepto de la profesora investigadora Astrid Liliana Sánchez Mejía

1. La citada profesora investigadora señaló que el proyecto de ley objetado por el Gobierno implica dos avances en la política criminal colombiana. En primer lugar, “busca incorporar un enfoque de género, teniendo en cuenta el perfil demográfico, socioeconómico y delictivo de las mujeres infractoras”. En segundo lugar, “amplía las alternativas a la prisión al establecer los servicios de utilidad pública para las mujeres infractoras que cumplan los requisitos”, lo que da pie para repensar la política criminal con tendencia punitiva en el país.⁵⁹

1. En línea con ello, la docente resaltó que el informe “Mujeres y prisión en Colombia (...)” propone justamente ampliar las alternativas a la prisión para las mujeres infractoras que no representan un riesgo alto para la seguridad ciudadana y que tienen responsabilidades de cuidado, de suerte que el encarcelamiento recaiga sobre aquellas que cometan delitos que generen un mayor impacto para la sociedad. Esta propuesta, dijo, se sustenta en tres razones fundamentales.

1. Primera razón: el contexto punitivo en Colombia y el aumento más acelerado del encarcelamiento de las mujeres. Al respecto, señaló que según ha sido reconocido por la Corte Constitucional⁶⁰ y por la Comisión Asesora de Política Criminal,⁶¹ la política criminal colombiana “ha tendido al populismo punitivo”, lo que se ha visto reflejado especialmente en la población de mujeres en prisión. Así, por ejemplo, entre 1991 y 2020, la tasa de mujeres en prisión por 100.000 habitantes (mujeres) en Colombia aumentó de 9,9 en 1991 a 28,7 en

2020. Bajo esa tendencia, si se contrasta el incremento en el número de mujeres privadas de la libertad entre 1991 y 2019, se tiene que mientras el aumento en el caso de las mujeres fue de 468,8%, el de hombres fue de 308,4%, lo que refleja una diferencia de un poco más de 160 puntos porcentuales.⁶² A esta realidad estadística y punitiva se suma “el uso extendido de la prisión para delitos de posesión como delitos de estupefacientes y porte de armas”, lo cual incidió en el aumento de personas privadas de la libertad por dichas conductas delictivas. Lo crucial aquí, señala, es que en el caso de las mujeres “el principal delito por el que están en prisión es tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. En diciembre de 2020, el 44,2% de las mujeres se encontraba en prisión por este delito típico de posesión”.⁶³

1. Segunda razón: la necesidad de un enfoque de género en la política criminal y el perfil de las mujeres infractoras. Uno de los aspectos medulares de esta discusión, es que el “género tiene implicaciones significativas en la trayectoria hacia el delito, los tipos de delitos cometidos, las prácticas en la justicia penal y el impacto de la prisión”. De ese modo, dijo, las mujeres tienen circunstancias de la vida y experiencias específicas asociadas al género que la política criminal no puede soslayar, como la “discriminación por la jerarquía de género, la distribución desproporcionada de las responsabilidades de cuidado y las violencias basadas en el género”. En ese sentido, pese a que una mujer infractora con un bajo estatus socioeconómico puede verse enfrentada a experiencias de discriminación o injusticia análogas a las de un hombre en una misma situación socioeconómica, lo cierto es que “la superposición de varias capas de discriminación -la interseccionalidad- lleva [a que las mujeres experimenten] una forma de discriminación agravada que se expresa en experiencias manifiestamente diferentes”.⁶⁴

1. Con base en doctrina especializada sobre la materia, señaló que “que el encarcelamiento agrava las formas de opresión y discriminación que experimentan las mujeres que tienen a cargo dependientes y que se encuentran en situación de pobreza y marginalidad, tanto en la reclusión como en el retorno a la comunidad”.⁶⁵ De allí que para diseñar una política criminal eficaz se deban considerar los datos sobre el perfil, las características sociodemográficas y los patrones de historia personal de las mujeres.

1. Justamente, en aras de tal pretensión, dijo, el documento “Mujeres y prisión en Colombia (...)” presenta este tipo de información. A partir de datos cuantitativos y cualitativos, el documento expone una radiografía de la situación de las mujeres privadas de la libertad, desde el perfil demográfico y socioeconómico, pasando por el perfil delictivo, hasta el impacto intergeneracional y personal.⁶⁶

1. En lo que toca al perfil de las mujeres privadas de la libertad, la investigación “Mujeres y prisión en Colombia (...)”⁶⁷ presenta datos sumamente ilustrativos. A partir de un enfoque metodológico mixto (cualitativo y cuantitativo) la investigación señala que la mayoría de las mujeres detenidas que fueron entrevistadas se encontraban en una precaria situación económica antes de ser privadas de la libertad. Un primer escenario relevante es la falta de escolaridad. Según el informe, el 56,6%⁶⁸ de las mujeres (encuestadas) no terminó la secundaria. Pese a que los motivos de esta realidad son variados, la investigación destaca la pobreza y la precariedad: muchas mujeres deben abandonar sus estudios al verse en la necesidad de trabajar, por carecer de oportunidades o por el embarazo prematuro. A estos factores, que pueden ser concurrentes, se suman dos elementos adicionales: la mayoría son solteras (56.6%) y, del universo de mujeres con hijos o personas a su cargo, la mayoría (el 74,9%) se desempeñaba como cabeza y responsable económica de su hogar antes de la detención.⁶⁹

1. Un segundo frente de análisis de cara al perfil de las mujeres en prisión tiene que ver con sus condiciones socioeconómicas antes de la privación de la libertad. Al respecto el estudio destaca que, al carecer de formación académica, las mujeres entrevistadas se debatían entre la informalidad y el desempleo. Nótese que antes de ser privadas de la libertad la mayoría (el 72,8%) tenía ingresos menores a dos salarios mínimos y vivía en inmuebles pertenecientes a los estratos 1 y 2 (el 66,9%).⁷⁰ Con base en las estadísticas del DANE en materia de participación de las mujeres en el mercado de trabajo, el estudio relievaa que “la informalidad, el subempleo y el desempleo afectan particularmente a las mujeres, debido a las dinámicas de exclusión y discriminación por razones de género en el contexto laboral”.⁷¹

1. En tercer término, el informe revela que el contexto familiar de las internas entrevistadas se caracteriza por aspectos problemáticos. Varias de ellas no solo presenciaron episodios de violencia intrafamiliar en su hogar, sino que también lo abandonaron temporal o definitivamente antes de los 15 años (el 46,1%). A la par, el 51% de las entrevistadas manifestaron que algún miembro de su familia había estado en prisión, la mayoría de ellos por tráfico de estupefacientes y por hurto.⁷² Por su parte, el informe muestra que un porcentaje considerable de las mujeres privadas de la libertad ha sido víctima de violencia: “El 47.6% de las mujeres encuestadas reportó haber sido víctima de violencia física alguna vez en su vida, el 42% víctima de violencia psicológica y el 22.4% víctima de violencia sexual”.⁷³

1. Según la investigación “Mujeres y prisión en Colombia (...)” la mayoría de las mujeres entrevistadas (el 82.1%) declaró que no había sido condenada por otro delito en el pasado, y que ésta era su primera vez en prisión (el 80.1%).⁷⁴ A su turno, el estudio expone que, para el 2018, el 45.2% de las mujeres privadas de la libertad lo estaba por la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Ciertamente, este porcentaje es muy superior a los otros delitos por los cuales las mujeres han sido condenadas: concierto para delinquir (28.7%) y hurto (17.4%).⁷⁵ A este respecto, y con base en fuentes expertas, “de acuerdo con la criminología feminista, es menos probable que las mujeres estén involucradas en delitos violentos y más probable que cometan delitos de drogas y contra la propiedad”.⁷⁶ De allí que los datos arrojados en la investigación demuestren que, por ejemplo, el 53% de las mujeres encuestadas reportaron haber cometido el delito por razones relacionadas con su vulnerabilidad económica.⁷⁷

1. La investigación compara los datos aludidos con el perfil delictivo de los hombres. A diferencia de las internas, “el tercer delito de mayor ocurrencia en la población penitenciaria masculina es el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes con una participación del 18.9%, que equivale a 17.9 puntos porcentuales menos que el porcentaje de mujeres privadas de la libertad por este tipo penal. En el caso de los internos, en los primeros lugares

se ubican el homicidio (24.1%) y el hurto (24.1%)".⁷⁸ Es natural que esto impacte la severidad de las condenas. A diferencia de los hombres, las mujeres son sentenciadas a penas más cortas ya que el 43% de las internas purgan una pena privativa de la libertad que no supera los 5 años. Además, según el INPEC, la mayoría de ellas "cumplen en promedio dos años de la pena recluidas en los centros penitenciarios".⁷⁹

1. Por otro lado, la investigación da cuenta de que la mayoría de las mujeres privadas de la libertad no han cometido delitos violentos y no representan estricto sensu un riesgo grave para la seguridad ciudadana. De hecho, según la encuesta realizada, solo un bajo porcentaje de mujeres internas llevaba un arma de fuego o un arma blanca al momento de cometer el delito, 13.8% y 11,7% respectivamente.⁸⁰

1. En el caso de los punibles relacionados con estupefacientes, la investigación Mujeres y prisión en Colombia confirma la existencia del fenómeno llamado "feminización de los delitos de drogas en Colombia", pues el porcentaje de encarcelamiento de las mujeres por este tipo de delitos es superior a la de los hombres.⁸¹ Sobre este punto, son dicientes las afirmaciones del documento "Mujeres, Políticas de Drogas y encarcelamiento (...)", que señala:

"Cada vez más mujeres con un perfil específico entran a la cárcel por delitos de drogas: se trata, en su mayoría, de madres cabeza de hogar que viven en condiciones de pobreza y que, por esta razón, encuentran en el mercado de drogas una oportunidad para satisfacer las necesidades económicas del día a día para ellas y para las personas a su cargo. Aunque también existen hombres con este perfil social específico, la tendencia es que sean predominantemente las mujeres quienes asumen estas labores de cuidar y proveer a sus familias en virtud de expectativas y los roles sociales asignados a las mujeres en nuestras sociedades."⁸²

1. Y es que, como lo pone de manifiesto la investigación "Mujeres y prisión en Colombia", la mayoría de las mujeres que se han visto involucradas en la comisión de este tipo de delitos

comparten una serie de elementos comunes.

1. Según los datos acopiados, (i) la principal sustancia que portaban o traficaban fue la marihuana (53,3%), seguida de la cocaína (29,3%);⁸³ (ii) la mayoría de mujeres no tenía antecedentes penales y, del grupo de entrevistadas, una tercera parte relató que fue capturada la primera vez que cometió la conducta;⁸⁴ (iii) sus ingresos mensuales, en promedio, eran inferiores a un millón de pesos, de ahí que “si se contrasta el monto de los ingresos derivados de esta actividad frente al salario mínimo se desprende que, aislado de otros factores, lo que ganarían a través de un trabajo legal y estable no se equipara a lo que derivan de estas actividades delictivas”;⁸⁵ y, (iv) su posición en la cadena del delito confirma que la mayoría de mujeres detenidas por delitos relacionados con drogas se desempeñaban como vendedoras o distribuidoras minoristas. En estos casos las mujeres suelen formar parte de los eslabones débiles y fácilmente sustituibles de las redes de narcotráfico, por ello, según las investigadoras, su privación de la libertad no afecta significativamente a las organizaciones y redes criminales.⁸⁶

1. A la información reseñada se añade el siguiente cuadro:

Gráfico 1. Perfil delictivo de las mujeres privadas de la libertad

Fuente: Concepto presentado por la profesora Astrid Liliana Sánchez Mejía⁸⁷

1. En lo que toca al impacto de la prisión en la vida de las mujeres, hizo hincapié en que, sumado al hacinamiento, existen limitaciones a la hora de acceder a algunos bienes y servicios básicos (v. gr. toallas higiénicas) así como “a exámenes médicos relacionados con el género y los derechos sexuales y reproductivos”. Igualmente, las condiciones laborales y educativas de las internas se ven altamente influenciadas por los estereotipos y roles de género, que se reflejan “en los programas y habilidades adquiridas por las mujeres en prisión, por cuanto se trata de actividades tradicionalmente femeninas que tienen poca relevancia en el mercado laboral”.⁸⁸

1. Pese a que tanto los hombres como las mujeres enfrentan retos a la hora de regresar a la comunidad una vez han purgado la pena, en la elaboración del informe –comentó– se pudo establecer que las mujeres enfrentan circunstancias específicas debido al género. Buena parte de estas particularidades están relacionadas con los roles de cuidado. A menudo, “los retos económicos y laborales al retornar a la comunidad que enfrentan estas mujeres incluyen las necesidades de sus hijos, lo cual representa una carga adicional para ellas”.⁸⁹

1. Por último, destacó el impacto intergeneracional de la “prisionalización de las mujeres”. Al efecto, señaló que “el encarcelamiento de la madre puede tener efectos negativos en los hijos debido a que experimentan el trauma de la separación, el estigma y/o las presiones sociales y económicas”. Según las encuestas, los hijos de las mujeres privadas de la libertad sufrieron consecuencias adversas en su proyecto de vida. Dicha afectación se vio reflejada en el bajo rendimiento escolar, en el consumo de alcohol o sustancias psicoactivas, o en la deserción escolar como consecuencia de las necesidades económicas o de cuidado.

1. Tercera razón: las alternativas a la prisión con enfoque de género traen aparejados importantes objetivos y beneficios. Las alternativas a la prisión se han promovido para racionalizar la política criminal. Sobre el particular, las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) prescriben que los Estados miembros deben “elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas”.⁹⁰

1. En tal virtud, aseguró que las alternativas a la prisión con enfoque de género: (i) reconocen que el encarcelamiento afecta de manera particular la vida y los derechos de las mujeres; (ii) contribuye a la racionalización del uso de la prisión; (iii) reduce los impactos negativos asociados al mayor uso del encarcelamiento; y, (iv) contribuye a la protección de los derechos de los hijos e hijas menores de edad y en situación de discapacidad bajo el

cuidado de las mujeres cabeza de familia.⁹¹

1. A su turno, estas medidas comportan importantes beneficios para el sistema penal y para la sociedad en general, habida cuenta de que: (i) son más eficientes en términos de reinserción social; (ii) contribuyen a reducir el delito a un menor costo para las mujeres y sus familias; (iii) reduce los gastos del Estado (si se tiene en cuenta que cada interno le cuesta anualmente al fisco \$18'138.680); y (iv) mitiga circunstancias indirectas que pueden reforzar el ciclo de pobreza, como la deserción escolar, la ruptura del núcleo familiar, el consumo de sustancias psicoactivas en edades tempranas.⁹²

1. Por lo anteriormente expuesto, concluyó que es perentorio ampliar y fortalecer las alternativas a la prisión de las mujeres infractoras que no representan un riesgo para la seguridad ciudadana. A su juicio, “este tipo de alternativas puede principalmente proteger los derechos de las mujeres infractoras y las mujeres privadas de la libertad. Adicionalmente, pueden contribuir a garantizar el principio de proporcionalidad de la pena; reducir las tasas de hacinamiento; disminuir los costos humanos, económicos y sociales; y lograr mayor efectividad para el cumplimiento de los objetivos de reinserción social, seguridad ciudadana y reducción del delito”.⁹³

d) Informe del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC)

1. El 15 de febrero de 2022, el Jefe de la Oficina Asesora de Planeación del INPEC remitió el Oficio 2022EE0023202, en el que dio respuesta a los Autos proferidos el 15 de diciembre de 2021 y el 4 de febrero de 2022. Con base en los respectivos informes estadísticos, la entidad proveyó la siguiente información.

1. En primer lugar, señaló que (a 31 de enero de 2022) en los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional hay un total de 6.698 mujeres privadas de la libertad (MPL), de las cuales

2.605 (38,9%) están en condición de sindicadas y 4.093 (61,1%) son condenadas.⁹⁴

1. Adicionalmente, ante la pregunta sobre “¿cuál ha sido la variación de las mujeres privadas de la libertad en los centros del INPEC?”, allegó la siguiente tabla de información:

Fuente: Informe Oficina Asesora de Planeación INPEC⁹⁵

1. En segundo lugar, en lo que respecta al número de mujeres lactantes y gestantes que se encuentran privadas de la libertad, señaló que al 31 de enero de 2022, “al interior de los ERON se encontraban 13 mujeres lactantes y 40 gestantes”.⁹⁶ Así mismo, ante las preguntas de “¿cuál es el porcentaje de mujeres privadas de la libertad condenadas a una pena igual o inferior a 8 años?” y “¿Cuál es el porcentaje de mujeres privadas de la libertad condenadas por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes?”, el INPEC se pronunció en los siguientes términos:

“A fecha 31 de enero de 2022, en los ERON se encontraban 6.698 MPL, de las cuales 4.093 (61,1%) condenadas. De ellas, 2.715 condenadas a pena de prisión inferior o igual a 8 años. La anterior cifra corresponde al 66,3% de las condenadas. / A fecha 31 de enero de 2022, en los ERON se encontraban 6.698 MPL. De esta cifra, 4.093 condenadas (61,1%). De ellas, 1.943 condenadas por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, cifra que corresponde al 29,0% del total de mujeres en establecimiento de reclusión y al 47,5% de las condenadas.”⁹⁷

1. Por otra parte, la Oficina Asesora de Planeación remitió el “Informe Estadístico de Población Privada de la Libertad –Enero 2022–”, en el que podrían resaltarse los siguientes datos demográficos. Como se precisó anteriormente, mientras el número total de mujeres privadas de la libertad en intramuros es de 6.698, el de hombres es de 89.865. Esto quiere decir que “en todas las regionales los hombres superan el 90% de la población reclusa, con

respecto a las mujeres”.⁹⁸

1. Con relación al comportamiento o perfil delictivo de la PPL el Informe da cuenta de las siguientes estadísticas:

1. Finalmente, la información estadística consolidada por el INPEC confirma los datos sobre mujeres lactantes y gestantes anteriormente referidos, y enfatiza en que “los centros de reclusión tienen la obligación de contar con una infraestructura que garantice el bienestar de las mujeres gestantes para un adecuado desarrollo del embarazo; asimismo, a contar con un ambiente propicio para las mujeres lactantes y sus hijos para el correcto desarrollo psicosocial de los niños y niñas menores de tres años que conviven con sus madres”.¹⁰⁰

e) Informe del Departamento Administrativo Nacional de Estadística

1. El 17 de febrero de 2022, el Director del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), Juan Daniel Oviedo Arango, allegó un informe en el que dio respuesta a los interrogantes formulados el 15 de diciembre de 2021.

1. Con relación a la pregunta de “cuántas mujeres y cuántos hombres cabeza de familia se reportan en Colombia”, señaló que la información que el DANE recolecta refiere específicamente a la jefatura de hogar. Así, un hombre o una mujer jefa de hogar es aquella que tiene hijos pero no tiene cónyuge o pareja en el hogar; es decir, es aquella persona que lidera un hogar monoparental. Con base en esta precisión conceptual, la entidad señaló que en sujeción a la Encuesta Nacional de Calidad de Vida “en el país hay cerca de 3,6 millones de personas cabeza de hogar, de quienes 3,1 millones eran mujeres (86,8%) y 475 mil eran hombres (13,2%)”.¹⁰¹

1. En lo que respecta a la composición de los hogares en Colombia, la entidad señaló que con base en el Censo Nacional de Población y Vivienda de 2018, el 40,7% de los hogares colombianos declararon tener una mujer como jefa de hogar. Ahora bien, según estos mismos registros estadísticos, las diferencias entre hombres y mujeres son bastante considerables si se tiene en cuenta que “el 46,7% de los hogares con jefatura femenina son monoparentales (nuclear, extenso y compuesto), lo que implica que en aproximadamente 2,7 millones de hogares monoparentales hay una mujer como jefa del hogar. En contraste, el 6,3% de los hogares con jefatura masculina son monoparentales (533.027 hogares)”.¹⁰²

1. La siguiente tabla ilustra de manera precisa la siguiente información:

Fuente: Informe del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)

B. Intervenciones

1. Según fue indicado por la Secretaría General de esta Corporación, en cumplimiento de lo ordenado en los Autos del 15 de diciembre de 2021 y del 23 de junio de 2022, el proceso fue fijado en lista desde el 28 hasta el 30 de junio del año en curso. Vencido el lapso referido, la Corporación recibió escritos de intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho, de la Universidad Externado de Colombia, de la Universidad de los Andes, de la Universidad Libre, de la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013, del ciudadano Harold Eduardo Sua Montaña, de la Pontificia Universidad Javeriana y de la Universidad del Rosario. En lo que sigue se reseña cada uno de los escritos.

a) Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

1. El ciudadano Alejandro Mario de Jesús Melo Saade, actuando en nombre y representación de la Nación-Ministerio de Justicia y del Derecho, solicitó a la Corte “declarar fundadas las objeciones gubernamentales al Proyecto de Ley 093-19 Senado y 498-20 Cámara”. En lo que toca a la vulneración del artículo 2 de la Constitución (primera objeción), el Ministerio recalcó que, a su juicio, extender el beneficio del servicio de utilidad pública, como pena sustitutiva de prisión a delitos graves y de alto impacto social, “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, a la justicia y a la reparación”. A este respecto, insistió en que la medida sustitutiva de la pena de prisión es una “sanción simbólica” que “genera un incentivo perverso para la comisión continuada de tales conductas, ante la circunstancia de no ser perseguidas adecuadamente por el Estado con la severidad que las mismas exigen”.

1. Por su parte, en lo que refiere al desconocimiento de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano, reiteró lo expuesto por el Ejecutivo, esto es, que de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada se desprende, respectivamente, la obligación de aplicar sanciones proporcionadas a la gravedad de los delitos y el deber de aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley orientadas a combatir los ilícitos asociados al narcotráfico.

1. En línea con estos aspectos, el interviniente señaló que la potestad de configuración legislativa en materia penal, tal como lo ha sostenido la Corte,¹⁰³ “tiene dentro de sus límites constitucionales el deber del Estado de sancionar la grave criminalidad, como es el caso de los delitos relacionados con el narcotráfico, el hurto calificado y agravado y el concierto para delinquir”. Adicionalmente, a partir de lo sugerido por el Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal, resaltó que si bien el proyecto objetado contribuye a implementar una política criminal que contemple medidas sustitutivas de la pena de prisión que tengan en cuenta las circunstancias especiales de los autores de los delitos, resulta en todo caso “contrario a la Constitución Política permitir la aplicación de estas medidas para los

casos respecto de los cuales se formulan las objeciones, por tratarse de conductas que lesionan gravemente a la sociedad.” Por último, recalcó una vez más que el proyecto de ley adolece de una omisión legislativa relativa (segunda objeción) “en relación con la protección igualitaria de los hijos tanto de las madres cabeza de familia como de los padres cabeza de familia, de tal manera que, en ambos casos se permita aplicar la medida sustitutiva de la pena de prisión.”

b) Intervención de la Universidad Externado de Colombia

1. Las profesoras Ana Lucía Moncayo Albornoz y Manuela Sofía Barreto Tovar, integrantes del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia, solicitaron a la Corte que declarara “la constitucionalidad del Proyecto de Ley 093 de 2019 (Senado) y 498 de 2020 (Cámara) ya que representa una oportunidad histórica para reformar la política criminal en Colombia, al tener en cuenta datos empíricos que evidencian que estas mujeres cabeza de familia se encuentran en una situación de vulnerabilidad acentuada, y que el encierro en prisión las impacta a ellas de manera negativa, a sus hijos y a sus familias”. Para sustentar esta conclusión, trajeron a colación las siguientes premisas.

2. En primer lugar, aludieron al perfil delictivo de las mujeres privadas de la libertad. Con base en investigaciones sobre la materia, destacaron que buena parte de las mujeres condenadas por delitos asociados al narcotráfico hacen parte de los eslabones débiles de la empresa delictiva. Según la investigadora Luz Piedad Caicedo –afirmaron–, “[l]as mujeres que están en la cárcel por narcotráfico forman parte del ejército de peones que el negocio entrega, día tras día, para seguir operando, y que el sistema judicial aprovecha para mostrar resultados”. Además, resaltaron que la mayoría de las mujeres privadas de la libertad realizaron comportamientos delictivos no violentos, por lo que no representan un peligro para la sociedad. Por lo anterior, señalaron que es razonable y proporcional que, ante estas circunstancias, se implementen medidas alternativas a la prisión.

1. En segundo lugar, enfatizaron en que, al tenor del proyecto de ley objetado, la medida sustitutiva de la pena de prisión solo puede ser aplicada en el evento en que se cumplan

específicas condiciones subjetivas, tales como ser mujer cabeza de familia y demostrar que la comisión del delito está asociado a condiciones de marginalidad que afectan la manutención del hogar. Según las docentes, estos presupuestos están íntimamente ligados a la caracterización de las mujeres en prisión. Tal como lo muestran estudios empíricos sobre este tópico, buena parte de las mujeres en prisión se ven sometidas a situaciones de marginalidad y vulnerabilidad, que deben ser reconocidas por el derecho penal y aplicadas al sistema judicial, pues solo así es posible lograr “la proporcionalidad de las sanciones, en atención a un menor reproche frente a la exigibilidad de otra conducta”.

1. En tercer lugar, en lo relativo a la primera objeción formulada por el Presidente de la República, sostuvieron que “la conducta por la que están privadas de la libertad la mayoría de las mujeres no es la misma que la de los narcotraficantes que han azotado nuestro país”. No obstante, pese a que los estudios coinciden en que el actuar de estas mujeres es sustancialmente distinto al de la mayoría de los hombres (buena parte de los delitos se cometen sin violencia y en el eslabón más débil de la cadena criminal), el sistema de justicia no opera de forma diferenciada y el ordenamiento jurídico “sigue equiparando la justicia a la cárcel”. De ese modo, solicitaron no perder de vista que la prestación de servicios de utilidad pública “constituye una verdadera pena responsabilizante”, con el agregado de que, según la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil al Estado de Cosas Inconstitucional Carcelario, “el trabajo comunitario como pena alternativa es más efectivo en cuanto a la prevención de la reincidencia, lo que además incide a futuro en una reducción de la tasa de hacinamiento, y con ella, en mejores condiciones de vida en la prisión”.

1. En cuarto lugar, en lo que toca a la segunda objeción formulada por el Gobierno, insistieron en que esta iniciativa legislativa pretende adoptar “una acción afirmativa para las mujeres cabeza de hogar como un ajuste a la legislación penal desde el enfoque de género, lo cual desarrolla la orden de la Corte Constitucional de adoptar el enfoque de género en la política criminal”. El proyecto se sustenta en datos que demuestran la situación de vulnerabilidad acentuada de las mujeres privadas de la libertad, por lo que la exclusión de los

hombres no comporta una decisión arbitraria. En todo caso, las docentes señalaron que “se considera conveniente ampliar la medida alternativa de servicio de utilidad pública a hombres cabeza de hogar, siempre que se cumpla con las mismas condiciones establecidas para las mujeres, que se demuestre –al igual que las mujeres– que se cometió la conducta debido a la condición de vulnerabilidad socioeconómica que afecta al núcleo familiar”.

c) Intervención de la Universidad de los Andes

1. El Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes,¹⁰⁴ solicitó a la Corte que “[d]eclare infundadas las objeciones gubernamentales presentadas por la Presidencia de la República respecto del Proyecto de Ley No. 093 de 2019 Senado y 478 Cámara.”

1. En lo que respecta a la primera objeción, expresó que los tratados invocados por el Gobierno Nacional no integran el bloque de constitucionalidad, pues “no reconocen derechos humanos, ni prohíben su suspensión durante estados de excepción.” Por esa vía, no podrían fungir como parámetro de constitucionalidad ni mucho menos fundamentar una objeción por inconstitucionalidad. En todo caso, si en gracia de discusión se pensara que las convenciones aludidas por el Ejecutivo sí integran el citado bloque, aseguró que los reproches esgrimidos por el Gobierno no son procedentes al menos por dos razones. Por un lado, a partir de una acepción amplia del concepto de libertad, la pena de servicio de utilidad pública sí supone una privación de la libertad de la condenada, “pues la obliga con tareas y deberes que no fueron escogidos por ella, absteniéndose de hacer otras actividades lícitas según su querer.” Por otro lado, el proyecto no afecta la tipificación penal de las conductas enunciadas por los tratados internacionales sino que “regula las sanciones a imponer como consecuencia de la consumación de las actuaciones reguladas por la Convención”.

1. En lo relativo a la segunda objeción, luego de aludir a la jurisprudencia constitucional sobre la materia, en particular a la Sentencia C-184 de 2003, el Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes señaló que la expresión mujeres-madres cabeza de familia “debe

ser entendida y extendida también a padres cabeza de familia, impidiendo así la configuración de una omisión legislativa relativa que conlleve a la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma en juicio.”

1. Por último, aseguró que el proyecto de ley objeto de análisis promueve el uso de medidas alternativas a la privación de la libertad, lo cual favorece la reducción del hacinamiento en las cárceles del país y contribuye a que el sistema garantice el fin último de la pena, esto es, la resocialización del condenado. Además, enfatizó que la medida cuestionada cumple con el estándar constitucional mínimo de una política respetuosa de los derechos humanos, ya que (i) respeta el principio de libertad personal, (ii) busca la efectiva resocialización del condenado y (iii) se sustenta en elementos empíricos.

d) Intervención de la Universidad Libre

1. El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre¹⁰⁵ solicitó a la Corte que “declare la constitucionalidad de los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 14, 16, 17 y 19 del Proyecto de Ley 093 de 2019 Senado y 498 de 2020 Cámara.” Entre otras cosas, señaló que la medida sustitutiva de la pena de prisión contemplada en el proyecto de ley materializa tanto el enfoque de género como el enfoque socioeconómico, razón por la que es compatible con una política criminal cuya finalidad es el respeto de la dignidad humana y de la resocialización del condenado. A la par, sostuvo que esta medida garantiza la protección de sujetos de especial protección constitucional, entre estos los niños, niñas y adolescentes, las personas de la tercera edad y las personas en condición de discapacidad al cuidado de una mujer cabeza de familia. En estos casos, la condenada podría aspirar a retornar a su rol de cuidado siempre y cuando cumpla con los requisitos previstos en el articulado, con lo que, entre otras cosas, se mitigan los efectos intergeneracionales de la reclusión carcelaria y se reduce el riesgo de marginalidad y criminalidad de los miembros de su familia.

1. En lo que concierne a la segunda objeción, el Observatorio señaló que los argumentos propuestos por el Gobierno son insuficientes, pues el Presidente de la República no expuso con claridad cuál fue la obligación que el Congreso de la República desatendió al momento de configurar el proyecto de ley cuestionado. Por otro lado, manifestó que la comparación entre hombres y mujeres no resulta procedente en este caso, habida cuenta de que las medidas contempladas en el proyecto de ley, esto es, la sustitución de la pena de prisión y las políticas públicas de empleabilidad, formación, capacitación y prevención del delito, están “dirigidas de manera exclusiva a [a las mujeres] y, en principio, no existe justificación constitucional para extender su alcance a los hombres.”

e) Intervención de la Comisión de Seguimiento de la Sentencia T-388 de 2013

1. La Comisión de Seguimiento de la Sentencia T-388 de 2013¹⁰⁶ remitió un escrito a la Corporación en el que conceptuó que en este caso “el Proyecto de Ley 093 de 2019 (Senado) 489 de 2020 (Cámara) debe ser aprobado por el Congreso de la República, rechazando la primera objeción presidencial y ampliando su aplicación a hombres cabeza de hogar según la segunda objeción.” En sustento de esta conclusión la Comisión se expresó en estos términos.

1. Primero, resaltó que el servicio de utilidad pública resulta coherente con las características demográficas y socioeconómicas de las mujeres privadas de la libertad, especialmente con aquellas condenadas por delitos asociados al narcotráfico. De igual modo, la medida es coherente con la obligación del Estado de reformar su política criminal. Al efecto, destacó que el proyecto de ley sigue varios de los lineamientos que, sobre esta materia, ha definido la jurisprudencia constitucional: ampliar el uso de medidas alternativas al encarcelamiento, utilizar el derecho penal como último recurso y perseguir la resocialización como fin primordial de la pena. Adicionalmente, enfatizó en que la medida sustitutiva de la pena privativa de la libertad reduce los impactos desproporcionados del encarcelamiento sobre las mujeres y las personas bajo su cuidado, y busca que los recursos penitenciarios no se utilicen en los casos en que no sea necesaria una resocialización en prisión.

1. Segundo, la Comisión cuestionó la primera objeción bajo la premisa de que es equivocado plantear que las penas no privativas de la libertad constituyen “penas simbólicas.” El servicio de utilidad pública –aseguró– “implica el trabajo no remunerado de una persona por largos periodos de tiempo, y durante la ejecución de esta pena la mujer está bajo el control del Estado.” Adicionalmente, puso de presente que la Constitución no establece la obligación de que las conductas delictivas deben ser sancionadas exclusivamente con la pena de prisión. Si bien es cierto que la sanción debe ser proporcional a la gravedad del ilícito cometido, “la lesividad de una conducta individual no se deriva simplemente de la gravedad abstracta del tipo delictivo, sino del grado de afectación del bien jurídico que genera la acción individual concreta de la persona condenada.” Sumado a esto, la Comisión expuso que tampoco es acertado señalar que el beneficio solo puede ser procedente para los delitos que tengan una pena inferior a 8 años de prisión, pues “la pena de 8 años es el estándar para utilizar la prisión domiciliaria como subrogado penal”.¹⁰⁷

1. Tercero, manifestó que los tratados invocados por el Gobierno exigen que el Estado imponga penas proporcionales a la gravedad, mas no que estas sean de prisión. Por cierto, sostuvo, el tratamiento penal diferenciado propuesto en el proyecto es coherente con las Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, las cuales habilitan sanciones como el trabajo comunitario; y con las Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, que disponen el deber de los Estados de ofrecer medidas alternativas a la prisión dirigidas a mujeres “considerando su historial de victimización y vulnerabilidad, así como de sus responsabilidades de cuidado de otras personas (regla 57).”

1. En cuarto y último término, la Comisión manifestó que el proyecto de ley incorpora el enfoque de género a la política criminal con base en evidencia empírica, que justifica un tratamiento penal diferenciado entre hombres y mujeres. Estas últimas “no solo son afectadas por los problemas estructurales generales del sistema penitenciario y carcelario, sino también padecen impactos diferenciados en razón de género debido a que el sistema ha sido diseñado principalmente para recluir a hombres.” A pesar de lo anterior, la Comisión

adujo que “considera conveniente que el Congreso de la República amplíe el beneficio de utilidad pública a hombres cabeza de hogar (...) siempre y cuando estos demuestren que tienen personas a su cargo y que cometieron la conducta debido a condiciones de vulnerabilidad socioeconómica que afectaban la manutención del hogar.” Esto último protegería los derechos de los menores de edad y de las personas en condición de discapacidad que dependen económicamente de una persona (hombre o mujer) cabeza de hogar, lo que reduce “el impacto negativo que tiene el encarcelamiento de su cuidador.”

f) Intervención del ciudadano Harold Eduardo Sua Montaña

1. Por otra parte, el ciudadano resaltó que aun cuando las objeciones están realmente fundadas en la violación de los artículos 2, 9, 13, 44, 189, 226 y 227 de la Constitución, lo procedente en esta ocasión no es el archivo del proyecto sino su devolución a la “célula legislativa de origen para rehacer los artículos objetados de una manera en la cual el servicio de utilidad pública sea una medida sustitutiva de prisión para las personas cabeza de familia independientemente de su sexo y no produzca o en su defecto facilite como efecto indirecto una mayor participación de dichos sujetos para la comisión de los delitos frente a los cuales aplica la mencionada sustitución.”

g) Intervención de la Pontificia Universidad Javeriana

1. El Semillero en Derecho Penal Penitenciario de la Pontificia Universidad Javeriana¹⁰⁸ solicitó a la Corte “declarar la constitucionalidad del Proyecto de Ley 093 de 2019 (Senado) y 498 (Cámara)”. En sustento de su postura manifestó lo siguiente. Por un lado, señaló que según datos del INPEC (con corte a junio de 2022) “existe una cifra de sobrepoblación de 432 mujeres privadas de la libertad”. A esto se suma los datos recopilados en la investigación “Mujeres y prisión en Colombia”, que revelan un específico perfil demográfico, socioeconómico y delictivo de las mujeres internas en los establecimientos penitenciarios del país (ver, infra). Con base en estos datos, el Semillero cuestionó la primera objeción

formulada por el Gobierno, pues, a su juicio, en esta se hace una lectura fraccionada del artículo 2 constitucional, del cual se derivan límites implícitos a la potestad punitiva del Estado, entre estos, la proporcionalidad.

1. Del mismo modo, criticó la interpretación realizada por el Gobierno de los compromisos internacionales asumidos por el Estado colombiano. En esta materia, trajo a colación que la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) –principal organismo de Naciones Unidas encargado de la formulación de políticas del sistema de fiscalización de estupefacientes–, ha invitado a los Estados miembros a promover “políticas, prácticas y directrices nacionales proporcionadas (...), de modo que la severidad de las penas sea proporcional a la gravedad de los delitos y que se tengan en cuenta factores tanto atenuantes como agravantes.”

1. Finalmente, en lo atinente a la segunda objeción, el Semillero anotó que “el proyecto de ley objetado no tiene el propósito de incorporar un trato diferenciado en contra de los hombres que afecte a los menores, sino el de proponer un enfoque de género en la política criminal.” Por otro lado, señaló que según las investigaciones empíricas “es altamente probable que los efectos adversos en los hijos que provoca el encarcelamiento de la madre sean más intensos que los que provoca el encarcelamiento del padre, aun cuando éste cumplía el rol de cuidador.” De esa suerte, las experiencias asociadas con el género rompen con la idea de que tanto hombres como mujeres deben ser tratados exactamente con las mismas reglas. Por esa misma vía, pese a que el Estado tiene la obligación de garantizar y proteger el interés superior de los niños, niñas y adolescentes (artículo 44 superior), el Semillero estimó que la medida objeto de análisis “no afecta los derechos de los menores con padre cabeza de hogar en prisión de manera injustificada, sino que busca proteger a aquellos que se ven más afectados con el encarcelamiento de su familiar, esto es, a quienes tienen madres cabeza de familia en prisión.”

h) Intervención de la Universidad del Rosario

1. La Universidad del Rosario intervino en el presente proceso¹⁰⁹ para solicitar a la Corte que tuviese en cuenta algunos elementos de juicio a la hora de pronunciarse sobre las objeciones gubernamentales. Por una parte, resaltó que para que el servicio de utilidad pública sea pertinente, todo el proyecto debe ser interpretado acorde a un enfoque diferencial de género. De esa suerte, sostuvo que “resulta fundamental que en la ley se defina claramente cuál es el concepto (...) de “servicios de utilidad pública y que a su vez se determine cuáles serán las características que deben tener estos servicios para que, no solo sirvan a la comunidad, sino también para que puedan ser desarrollados por estas mujeres dependiendo de sus particularidades.”

1. Por otra parte, sostuvo que resulta pertinente que el proyecto de ley “ahonde en la aplicabilidad del concepto de marginalidad, ya sea de manera excluyente, conjunta o facultativa al artículo 56 del Código Penal.” En este último caso, por ejemplo, la institución educativa señaló que la “marginalidad podrá ser alegada por la mujer condenada, incluso si el ente acusador no lo estableció al inicio del proceso como una circunstancia de atenuación punitiva.” No obstante, en el evento en que el ente acusador haya probado las circunstancias de marginalidad a lo largo del proceso, “bastará con la mera solicitud de la condenada ante el juez de ejecución de penas para su elegibilidad a la nueva figura.” Así mismo, manifestó la importancia de que se deslindaran los conceptos de “estado de necesidad” y “marginalidad”.

1. Con base en lo expuesto, las intervinientes recalcaron que “el proyecto de ley puede propender no solo por adoptar acciones afirmativas para mujeres, cabeza de hogar, en trámite de condena o post penadas, sino que también puede dotar de garantías a aquellas mujeres, cabeza de familia, que están siendo procesadas, para que, bajo circunstancias en donde, además de cumplirse las circunstancias del estado de necesidad, se evidencie de manera clara la presencia de la marginalidad, se pueda evitar una condena que afecte de manera relevante al sistema penal penitenciario, y sobre todo a la mujer y su familia.”

C. Concepto del Viceprocurador General de la Nación

1. Primero, manifestó que las objeciones gubernamentales fueron tramitadas conforme a las exigencias superiores. En efecto, en esta ocasión se acreditó que: (a) el Gobierno Nacional presentó las objeciones dentro de los seis días hábiles siguientes a la fecha de remisión de la iniciativa; (b) el escrito de objeciones fue publicado en el Diario Oficial No. 51.735 del 14 de julio de 2021 y en la Gaceta del Congreso 784 de 2021; y, (c) “el trámite parlamentario de las objeciones se adelantó conforme a las exigencias contenidas en los artículos 145, 160, 165, 166 y 167 de la Constitución referentes a la publicación, debate y aprobación de las iniciativas legislativas.”¹¹⁰

1. Segundo, en lo que respecta a la primera objeción, sostuvo que el Congreso tiene una amplia libertad de configuración normativa para diseñar la política criminal del Estado. Por ello, está facultado para elegir los bienes jurídicos que merecen tutela penal y para crear o suprimir figuras delictivas, clasificarlas y graduar las penas aplicables. En todo caso, esta libertad no es absoluta sino que se encuentra sujeta a límites constitucionales, entre estos el previsto en el artículo 2 de la Constitución. De ese modo, estimó que la primera objeción debe ser declarada fundada, “puesto que las expresiones cuestionadas no son razonables en la medida en que si bien persiguen una finalidad legítima, lo cierto es que no son adecuadas, necesarias y estrictamente proporcionales.”¹¹¹

1. Aunque persigue una finalidad legítima, esto es, que la privación de la libertad de madres cabeza de familia no genere traumatismos en la estructura familiar, “el servicio de utilidad frente a conductas graves asociadas al crimen organizado no resulta una medida adecuada para cumplir la mencionada finalidad, puesto que tiene el potencial de incentivar que las estructuras delincuenciales instrumentalicen a las madres cabeza de familia en situación de vulnerabilidad económica.”¹¹² A juicio del Viceprocurador, el servicio de utilidad pública puede derivar en un riesgo para el entorno familiar, pues a menudo las bandas criminales acuden “en búsqueda de individuos que, por sus condiciones personales, puedan ser objeto

de beneficios penales a efectos de cometer conductas por las cuales otros sujetos tendrían que responder con elevadas penas privativas de la libertad.”¹¹³

1. A esto se suma que la medida examinada resulta innecesaria, pues en el ordenamiento jurídico ya existe un mecanismo similar, que asegura dicho objetivo sin generar el efecto de instrumentalización, a saber, la prisión domiciliaria como sustituto de la pena privativa de la libertad en centro carcelario. No obstante, a diferencia del servicio de utilidad pública, el instrumento referido no otorga libertad de locomoción plena ni permite redimir la pena, por lo que tiene una menor probabilidad de ser utilizado como herramienta por las organizaciones criminales. De esa suerte, para el Viceprocurador las expresiones acusadas no son estrictamente proporcionales pues, se insiste, “el servicio de utilidad social como beneficio penitenciario en tratándose de delitos graves puede llegar a convertirse en un mecanismo que facilite la instrumentalización”; al tiempo que “la posibilidad de no ser sancionado con una pena privativa de la libertad ante la comisión de delitos graves (...) deriva en una desprotección de bienes con alta relevancia constitucional, por ejemplo, la integridad personal, la libertad individual, la seguridad, el patrimonio económico o la salud pública.”¹¹⁴

1. Por último, el Ministerio Público anotó que la medida hace que el Estado infrinja compromisos internacionales suscritos de buena fe, entre estos el de castigar dichas actividades de forma proporcional al grave daño que causan a la sociedad, en términos de salud y seguridad pública. Para tales efectos, recalcó que la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas dispone que los Estados deben tipificar un conjunto de delitos asociados al narcotráfico y ejecutar “sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de la libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso.”¹¹⁵ Con fundamento en las consideraciones previas, solicitó a la Corte que “declare fundadas las objeciones relacionadas con la desproporción de la aplicación del beneficio de utilidad pública en tratándose de delitos graves.”¹¹⁶

1. Tercero, en lo atinente a la segunda objeción gubernamental, el Viceprocurador recalcó que la jurisprudencia constitucional ha resaltado que el Congreso “tiene prohibido incluir distinciones o medidas que deriven en una desigualdad consecuente contraria al goce de los derechos de los NNA, como sucede, por ejemplo, con los tratos diferenciados basados en el sexo de los progenitores.” Así mismo, señaló que conforme a lo decidido por la Corte en la Sentencia C-184 de 2003, “desde el punto de vista de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que dependen de la persona cabeza de familia, sería contrario a la Constitución establecer diferencias de trato entre los hogares, fundadas en el sexo de la persona que se encuentra a cargo de la familia.”¹¹⁷

1. Con base en lo anterior, si bien las disposiciones objetadas establecen en favor de las madres cabeza de familia el beneficio penitenciario de servicio de utilidad pública a efectos de facilitar el cuidado de los hijos menores de edad, tales normas no contemplan a los padres jefes de hogar, “generando un trato diferenciado injustificado entre los NNA que dependen únicamente de alguno de sus progenitores.” En tal virtud, con el objeto de asegurar la primacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el Ministerio Público solicitó a la Corte Constitucional que también declare fundada la objeción por desconocimiento de los artículos 13 y 44 superiores.¹¹⁸

III. CONSIDERACIONES

A. Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para pronunciarse sobre las objeciones por “inconstitucionalidad parcial” del proyecto de ley 093 de 2021 Senado y 498 de 2020 Cámara, presentadas por el Gobierno Nacional. De conformidad con los artículos 167 y 241.8 de la Carta Política y 32 del Decreto 2067 de 1991, esta Corporación está habilitada para decidir sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hubieren sido objetados por el gobierno nacional por razones de inconstitucionalidad, en el evento en que el Congreso insista en la aprobación del texto objetado.

B. Cuestión previa. El trámite de las objeciones gubernamentales y su constitucionalidad

1. Tal como lo ha sostenido la Corte, el examen formal de los expedientes en los que consta una objeción gubernamental por inconstitucionalidad se limita a la verificación de las etapas necesarias para la resolución de las objeciones. En estos casos, la Corporación no está llamada a escrutar el trámite del proyecto objetado, pues esto último puede ser cuestionado a través de una acción pública de inconstitucionalidad que, por vicios de procedimiento, se interponga dentro del año siguiente a la promulgación de la ley, como dispone el artículo 242.3119 de la Constitución Política.¹²⁰

1. De conformidad con lo anterior, para que el trámite de las objeciones se ajuste a las exigencias constitucionales y legales, deben cumplirse cinco requisitos: (i) la oportunidad en la presentación de las objeciones; (ii) su respectiva publicación; (iii) la conformación de la comisión accidental y la publicación del informe de las objeciones; (iv) el anuncio previo a la discusión y la respectiva deliberación y votación del informe, según las mayorías constitucionales; y, (v) la congruencia.¹²¹

1. En lo que sigue, la Corte verificará la acreditación de cada uno de estos elementos en el proceso de formulación de las objeciones gubernamentales y en la aprobación del informe a dichas objeciones, respecto del proyecto de ley No. 093 de 2019 – Senado y 498 de 2020 – Cámara.

1. Oportunidad. En el expediente se advierte que, mediante oficio del 23 de junio de 2021, recibido el 6 de julio de 2021 por la Secretaría Jurídica del DAPRE, el Secretario General del Senado remitió al Presidente de la República, para su sanción ejecutiva, el expediente del proyecto de ley No. 093 de 2019 – Senado y 498 de 2020 – Cámara. En el citado documento, el funcionario puso de manifiesto que el proyecto “fue considerado y aprobado por el Senado

de la República en sesión de la Comisión Primera Constitucional, el día 16 de junio de 2020 y en sesión Plenaria Mixta el día 15 de diciembre de 2020. En la Cámara de Representantes en sesión de la Comisión Primera Constitucional, el día 9 de junio de 2021 y en sesión Plenaria el día 18 de junio de 2021”.¹²²

1. A la postre, el 14 de julio de 2021, el Presidente de la República junto al Ministro de Justicia y del Derecho radicó ante la Secretaría General del Senado de la República el escrito contentivo de las “objeciones gubernamentales por inconstitucionalidad parcial” del proyecto de ley aludido. De lo que antecede se deduce que el Presidente de la República cumplió con lo previsto en el artículo 166 de la Constitución Política,¹²³ pues devolvió al Congreso el proyecto de ley junto con el texto de las objeciones durante el término de seis días hábiles previsto en la Constitución.

1. Publicación. Luego de que el Congreso recibe el proyecto objetado, debe proceder con la publicación íntegra de las objeciones presentadas por el Presidente de la República. Este trámite se cumplió en la Gaceta del Congreso No. 784 del 15 de julio de 2021.¹²⁴

1. Conformación de la comisión accidental y publicación del informe a las objeciones. Una vez conformada la comisión accidental para hacer el estudio de las objeciones, esta tiene la tarea de presentar un informe que, además, debe ser publicado a efectos de que sea conocido por el pleno de ambas Corporaciones. A este respecto, se tiene que el Congreso designó la Comisión Accidental integrada por el Senador Rodrigo Lara Restrepo y la Representante a la Cámara Juanita Goebertus Estrada para que elaborara el informe sobre las objeciones presidenciales. Una vez redactado el “informe de rechazo a las objeciones”, este fue debidamente publicado en el Senado (como consta en la Gaceta del Congreso No. 1384 del 5 de octubre de 2021),¹²⁵ y en la Cámara de Representantes (como consta en la Gaceta del Congreso No. 1330 del 29 de septiembre de 2021)¹²⁶.

1. Anuncio previo a la discusión y votación de las objeciones. El artículo 160 de la Constitución prevé que la deliberación y votación de todo proyecto de ley debe ser anunciada por parte de la Presidencia de cada Cámara o comisión, de forma precedente a la sesión en la que tendrá lugar.¹²⁷ Así, en el acta de la sesión plenaria mixta del Senado de la República del 20 de octubre de 2021, se advierte que el Secretario del Senado expresó que el informe a las objeciones sería “considerado y eventualmente votado en la sesión plenaria (...) siguiente a la del 20 de octubre de 2021”.¹²⁸ Por su parte, en el acta de plenaria de la sesión ordinaria del miércoles 29 de septiembre de 2021, el Secretario General de la Cámara de Representantes anunció “para la próxima sesión del lunes 4 de octubre, los siguientes proyectos de ley. / Primero, informe de objeciones / Proyecto de ley número 498 de 2020 Cámara - 093 de 2019 Senado”.¹²⁹

1. Votación del informe de objeciones. El artículo 145 de la Constitución señala que ni el Congreso en pleno, ni las Cámaras ni sus comisiones “podrán abrir sesiones ni deliberar con menos de una cuarta parte de sus miembros”. A la par, el mismo artículo dispone que “[l]as decisiones solo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva Corporación”. Por su parte, en lo que concierne al informe a las objeciones gubernamentales, el artículo 167 superior prescribe que el proyecto de ley objetado será insistido si media aprobación de la mitad más uno de los miembros de una y otra cámara.

1. Con base en lo anterior, hay que hacer notar que, en el acta de la sesión ordinaria no presencial de la plenaria del Senado, del martes 26 de octubre de 2021, consta que ese día se llevó a cabo la discusión sobre el informe que preparó la comisión accidental sobre las objeciones gubernamentales presentadas al proyecto de ley 93 de 2019 - Senado, 498 de 2020 - Cámara,¹³⁰ tal como había sido anunciado. Cerrada la discusión, el Presidente de la Corporación abrió la votación. Luego de llamar a lista, y surtida la votación respectiva, la Secretaría informó el resultado así: “Por el sí: 60 votos. / Por el no: 21 votos. / Total: 81 votos”. En síntesis, la Secretaría informó que transcurrida la votación nominal “la proposición y el informe de objeciones han sido aprobados por la plenaria del Senado con las mayorías exigidas por la Ley 5ª y la Constitución”.¹³¹

1. A la postre, tal y como consta en el Acta de la sesión Plenaria del lunes 4 de octubre de 2021, como fue anunciado, se llevó a cabo la respectiva discusión y votación del informe en la Cámara de Representantes. Así, cerradas las intervenciones y abierto el registro para votar, se anunció el siguiente resultado: “13 votos por el Sí manuales, 67 electrónicos, para un total por el Sí de 80 votos”. “8 votos manuales por el No, 22 electrónicos, para un total por el No de 30 votos”. Con base en esto, el Secretario de la Corporación se pronunció de la siguiente forma: “señora presidenta, por ser una ley ordinaria, ha sido aprobado el informe de objeciones, por lo tanto, quedan rechazadas las objeciones presentadas por el señor Presidente de la República, doctor Iván Duque, sobre este proyecto”.¹³²

1. Congruencia. Por último, la Sala debe poner de manifiesto que el Proyecto de Ley objetado por el Presidente de la República por razones de inconstitucionalidad es el mismo sobre el cual el Congreso de la República ha insistido en su constitucionalidad y por ello improbió o rechazó tales objeciones, razón por la que existe congruencia entre una y otra actuación.¹³³

1. De ese modo, se tiene que el Presidente de la República formuló las objeciones por motivos de inconstitucionalidad en cumplimiento estricto de lo dispuesto en el artículo 166 de la Constitución Política. Así mismo, está claro que las Plenarias del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, respectivamente, aprobaron con las mayorías exigidas por la Constitución Política y la Ley 5 de 1992, el informe que rechazó o improbió las objeciones presidenciales, al tiempo que dicho trámite cumplió con los requisitos de publicidad, anuncio previo, discusión, aprobación y congruencia. En tal virtud, le corresponde a la Corte Constitucional en cumplimiento de los artículos 167 y 241.8 pronunciarse sobre el presente asunto.

C. Problemas jurídicos y metodología de decisión

1. En esta oportunidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional está llamada a analizar las

objecciones por “inconstitucionalidad parcial” presentadas por el Gobierno Nacional contra el Proyecto de Ley No. 093 de 2021 – Senado y 498 de 2020 – Cámara, “[p]or medio del cual se adoptan acciones afirmativas para mujeres cabeza de familia en materia 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”, las cuales fueron rechazadas o improbadas por el Congreso de la República autoridad que ha insistido en su constitucionalidad.

1. Tal como se reseñó en líneas previas, el Presidente de la República y el Ministro de Justicia y del Derecho devolvieron al Congreso de la República el Proyecto de Ley No. 093 de 2021 (Senado) y 498 de 2020 (Cámara) al considerar que algunos de sus contenidos normativos contrariaban la Constitución Política. En un primer término, sostuvieron que al extender el servicio de utilidad pública a los delitos contemplados en los artículos 340, 240, 241, 376 y 377 del Código Penal y a los demás delitos cuya pena impuesta sea superior a 6 años e igual o inferior a 8 años, el proyecto contraría el artículo 2 superior –que establece como fin del Estado asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo– y los artículos 9, 189, 226 y 227 superiores –en lo relativo a la internacionalización del Estado colombiano y los compromisos internacionales asumidos para combatir el crimen organizado y el narcotráfico–.

1. En un segundo término, el Presidente de la República y el Ministro de Justicia y del Derecho aseveraron que el proyecto de ley incurre en una omisión legislativa relativa, habida cuenta de que, señalaron, limita el servicio de utilidad pública –como pena sustitutiva de prisión– exclusivamente a las “mujeres” cabeza de familia, con lo cual se transgreden los artículos 13 y 44 superiores que –manifestaron– “establecen la prevalencia de los derechos de los menores sobre los demás y de las personas a cargo de hombres y mujeres cabeza de familia en condición de vulnerabilidad.”

1. A lo largo del presente trámite judicial, algunos intervinientes cuestionaron la solidez de

los argumentos propuestos por el Gobierno para sustentar las objeciones por inconstitucionalidad parcial. Por una parte, señalaron que no son claros los parámetros de control que el Presidente de la República propone para analizar la constitucionalidad de las disposiciones acusadas, particularmente en lo que atañe a la primera objeción. Por otra parte, aseveraron que el escrito de objeciones carece de fundamentos empíricos sólidos y que el reproche sobre la omisión legislativa relativa no cumple con los mínimos argumentativos exigidos por la jurisprudencia constitucional. Con base en lo expuesto, es menester que, al momento de pronunciarse sobre las dos objeciones presentadas por el Ejecutivo, la Corte identifique: (i) si la objeción se enmarca en la naturaleza del control judicial que realiza la Corporación; y, (ii) en el caso del reproche referido a la existencia de una omisión legislativa relativa, si se satisfacen o no los requisitos argumentativos decantados por la Corte para el efecto. De acreditarse los elementos esbozados, la Sala tendrá que dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos:

1. Primero, tendrá que valorar si, en definitiva, los artículos 2, 4 y 7 del proyecto de ley en referencia son o no compatibles con los artículos 2, 9, 189, 226 y 227 de la Carta Política, o, en otras palabras, si la extensión del servicio de utilidad pública a los delitos contemplados en los artículos 340, 240, 241, 376 y 377 del Código Penal y a los demás delitos cuya pena impuesta sea superior a 6 años e igual o inferior a 8 años, afectan la convivencia pacífica, la vigencia de un orden justo y los compromisos internacionales que ha asumido el Estado colombiano en materia de persecución de los delitos asociados al narcotráfico.

1. Segundo, deberá establecer si, al restringir el ámbito de aplicación del servicio de utilidad pública -como pena sustitutiva de prisión- a las mujeres madres cabeza de familia, y no incluir a los hombres cabeza de familia en condiciones de vulnerabilidad, el proyecto incurrió en una omisión legislativa relativa.

1. Con miras a realizar un pronunciamiento de fondo, la Sala seguirá el siguiente esquema metodológico. En primer lugar, se pronunciará sobre (i) la facultad de configuración del

legislador para fijar la política criminal del Estado; (ii) la resocialización como fin de la pena; (iii) las mujeres y la prisión en Colombia; y (iv) la doctrina constitucional en materia de omisión legislativa relativa, particularmente cuando este reparo es elevado por el Presidente de la República. En segundo lugar, (v) se pronunciará sobre cada una de las objeciones formuladas por el Gobierno Nacional y, en el marco de cada uno de estos acápites, resolverá los problemas jurídicos anteriormente planteados.

D. La facultad de configuración del legislador para fijar la política criminal del Estado.
Reiteración de la jurisprudencia

1. El artículo 114 de la Constitución Política establece que le “[c]orresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes, y ejercer el control político sobre el Gobierno y la administración.” A partir de esta previsión constitucional, la Corte ha señalado que el Congreso está habilitado para desarrollar, vía legislativa, las políticas públicas que considere pertinentes.¹³⁴ Con fundamento en ello, se ha dicho que el legislador cuenta con una facultad, en principio amplia, para definir los contornos de una de las políticas públicas más relevantes para el Estado, como lo es, la política criminal. En atención a ello, el Congreso tiene competencia para “crear, modificar y suprimir figuras delictivas; introducir clasificaciones entre las mismas; establecer modalidades punitivas; graduar las penas que resulten aplicables; y fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de atenuación o agravación de las conductas penalizadas.”¹³⁵

1. Así mismo, se ha dicho que esta atribución responde a razones constitucionales de suma relevancia. En efecto, la Corte ha sostenido que la potestad del Congreso de hacer las leyes de contenido penal se fundamenta en el principio democrático, en la garantía de la representación popular y en el principio de separación funcional, distribución y equilibrio de los órganos que integran el poder público.¹³⁶ A juicio de la Corporación, el hecho de que la política criminal se configure en un escenario que –en principio– se caracteriza por el debate, la dialéctica y la discusión pública, permite que el ejercicio punitivo del Estado no sea el

recurso contingente y discrecional del poder público para hacer frente a las dificultades de la coyuntura. Por contraste, esta circunstancia tiene por finalidad que la política criminal que finalmente debe estar contenida en la ley, sea el resultado de una amplia discusión democrática, de suerte que el ejercicio del poder punitivo del Estado sea proporcional, idóneo y coherente. Por lo tanto, la Corte ha sostenido que el principio de legalidad “es expresión no solo del Estado de derecho, sino también de las exigencias del Estado democrático, pues gracias a su riguroso respeto pueden llegar a estar representados los intereses de todos los miembros de la comunidad en la elaboración de la política criminal.”¹³⁷

1. De lo que precede se deduce que, por regla general, el Congreso de la República cuenta con un amplio margen de configuración para diseñar instrumentos de naturaleza penal y para definir el esquema de protección de los bienes jurídicos.

1. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha señalado al respecto que el legislador es el llamado a evaluar la viabilidad de los instrumentos constitutivos de la política criminal, por lo que ante escenarios de reducción punitiva, descriminalización y concesión de beneficios penales o, incluso, ante circunstancias de tipificación de nuevas conductas o de agravación punitiva, el punto de partida para valorar las opciones legislativas debe ser el reconocimiento del amplio margen de valoración y configuración con el que cuenta el Congreso de la República para establecer los alcances y la procedencia de la vía penal. Solo cuando las conclusiones y decisiones del legislativo “son manifiesta y palmariamente insostenibles”, es posible que esta Corporación proceda a su cuestionamiento.¹³⁸

1. Esto significa que la potestad de configuración legislativa en materia penal no es ilimitada. Esta facultad, por el contrario, tiene límites explícitos e implícitos. Precisamente en la Sentencia C-108 de 2017, la Corte puso de presente que los límites explícitos a la potestad de hacer las leyes penales se encuentran en la Constitución Política, basta para tal efecto, con aludir a los artículos 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de la desaparición forzada, la tortura y los tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes) y 34

(prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación). Por su parte, en cuanto a los límites implícitos, en esa misma providencia se destacó que “el legislador penal debe propender por la realización de los fines esenciales del Estado como son los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”¹³⁹

1. En la reciente Sentencia C-294 de 2021, esta Corte reafirmó una vez más que la legislación penal es una de las formas a través de las cuales se materializa la política criminal. La ley, como se dijo en esta Sentencia, no solo consagra los bienes jurídicos que deben ser protegidos por el ordenamiento jurídico, sino que también tipifica las conductas punibles, define las sanciones que deben imponerse y establece su gravedad. En todo caso, esta Sala fue clara al señalar que aun cuando las bases de las políticas públicas –entre ellas la política criminal– se encuentran en las normas de rango legal, es claro que estas deben obedecer a los principios y mandatos constitucionales, lo que refuerza la tesis de que la potestad de configuración legislativa del Congreso de la República puede ampliarse o reducirse, dependiendo de los condicionamientos que, al respecto, haya fijado directamente la Constitución Política y desarrollado la jurisprudencia constitucional.

1. A la hora de identificar los límites con los que cuenta el legislador en esta materia, es importante tener claridad sobre el sentido y el alcance de la política criminal. Sobre el particular, en la Sentencia T-762 de 2015 (que reiteró la existencia de un estado de cosas contrario a la Constitución en el sistema penitenciario y carcelario), la Corte destacó que esta política “ha sido definida (...) como el conjunto de respuestas que un Estado adopta para hacer frente a las conductas punibles, con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en su jurisdicción”. En esa misma oportunidad, esta Corporación sostuvo que la política criminal tiene al menos tres dimensiones. La criminalización primaria, que consiste en la definición del comportamiento delictivo y tiene lugar en la fase legislativa. La criminalización secundaria, que está relacionada con la investigación y judicialización de quienes son declarados responsables de la comisión del ilícito. Y, por último, la criminalización terciaria, que atañe a la ejecución y al

cumplimiento de la sanción penal, es decir, a la fase de la ejecución penitenciaria.¹⁴⁰

1. Como se señaló en la Sentencia SU-122 de 2022, a partir del reconocimiento de una desarticulación entre la política criminal y el estado de cosas inconstitucional, en la Sentencia T-762 de 2015 la Corte declaró, además, que la política criminal en Colombia “ha sido reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad. Así mismo, que el manejo histórico de la Política Criminal en el país ha contribuido a perpetuar la violación masiva de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad e impide, en la actualidad, lograr el fin resocializador de la pena”,¹⁴¹ al tiempo que se ha caracterizado por tener una tendencia al endurecimiento punitivo (populismo punitivo). De esta manera, enfatizó conclusiones que la jurisprudencia ya había abordado anteriormente: el estado de cosas inconstitucional del Sistema Penitenciario y Carcelario tiene, entre sus múltiples causas, una política criminal que resulta inconstitucional, en la medida que genera un uso excesivo de la punibilidad y de la privación de la libertad, sin que el Estado ofrezca las condiciones para su ejecución en respeto de los derechos fundamentales y la dignidad humana.

1. Por esa razón, insistió en que para superar estas falencias, el Estado debe adoptar una serie de parámetros o estándares mínimos en el desarrollo de cada una de las dimensiones o fases de la política criminal, de suerte que ésta se ajuste a los límites que se derivan de la Constitución Política. Así las cosas, la Corte hizo hincapié en que la política criminal del Estado debe: (a) tener un carácter preventivo, esto es, ser instrumento de última ratio; (b) respetar el principio de libertad personal de forma estricta y reforzada; (c) buscar como fin primordial la efectiva resocialización de los condenados; (d) asumir que las medidas de aseguramiento privativas de la libertad son excepcionales; (e) ser coherente, sustentada en elementos empíricos y económicamente sostenible; y, (f) proteger los derechos humanos de la población privada de la libertad.¹⁴²

1. La política criminal, entonces, no se encuentra definida en el texto constitucional sino que

le corresponde al legislador definir y desarrollar sus elementos constitutivos. No obstante, tal poder de configuración no puede desbordar los límites que la Carta Política le impone. En el ejercicio de sus competencias el legislador debe respetar los derechos y garantías constitucionales, los tratados internacionales de derechos humanos, los principios de razonabilidad y proporcionalidad en materia penal y las finalidades ínsitas al Estado Social y Democrático de Derecho.¹⁴³

1. Adicionalmente, a partir de lo señalado en las Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015 puede afirmarse que el Congreso de la República debe ejercer sus atribuciones en pos de que la política criminal contribuya a superar los problemas del sistema penitenciario y carcelario, ampliamente identificados por la Corporación. Para tales menesteres, la Corte ha subrayado que el diseño y la formulación de estas políticas debe ser el producto de reflexiones e investigaciones que den cuenta de la realidad de la criminalidad y de sus dinámicas, de manera que se puedan presentar “propuestas que retroalimenten las diversas respuestas institucionales a los fenómenos criminales”.¹⁴⁴

1. Del mismo modo, esta Corporación ha señalado que la configuración de la política criminal debe tener en cuenta el contexto nacional y evitar que el poder punitivo del Estado “se ensañe con determinadas clases sociales, generalmente afectadas por la desigualdad e inequidad social y económica”.¹⁴⁵ En aras de tal propósito, entre otras cosas, la Corte destacó la importancia de que exista un andamiaje normativo consistente, coherente y sólido que no responda al populismo punitivo y que entienda que “el delito no se puede combatir exclusivamente con el incremento de las penas”.¹⁴⁶ A la par, resaltó que la “política criminal debe buscar como fin primordial la efectiva resocialización de los condenados”.¹⁴⁷

1. Finalmente, en la Sentencia SU-122 de 2022, la Corte señaló que uno de los principales generadores de la problemática identificada por la Corte en el sistema penitenciario y

carcelario es que, frente a un alto número de personas con decisión judicial de detención, existe poca capacidad institucional de respuesta. Principalmente, dijo que en materia de infraestructura no hay los suficientes cupos para asegurar que la privación de la libertad se ejecute a tono con los estándares internacionales en materia de derechos fundamentales y esta circunstancia revela que el adecuado funcionamiento de la política criminal no solo está en manos de los jueces, sino también en cabeza de la Rama Ejecutiva en todos sus niveles.

1. De esa suerte, la Sala Plena enfatizó que: “es indispensable propender por una mayor inclusión y participación de los entes territoriales en el diseño y análisis de la política pública en materia penitenciaria y carcelaria. Es decir, que se posibilite un diálogo real con el territorio para que se construya una política criminal pensada desde las necesidades y obligaciones de los entes territoriales, la cual sea plasmada en planes territoriales dirigidos a dar solución a problemas de política pública en esta materia. Esto, considerando que la Constitución Política de 1991 apostó por una mayor descentralización de las funciones y decisiones del Estado para fortalecer el papel de las entidades territoriales en las actuaciones de la administración pública. Entre otras cosas, porque, como fue antes mencionado, la intervención del Estado debe realizarse en el nivel más próximo al ciudadano, dado que las autoridades locales son las que mejor conocen los requerimientos ciudadanos, sus intereses y necesidades apremiantes”.¹⁴⁸

1. Pese a que en el acápite subsiguiente la Sala profundizará en este punto, no hay que soslayar que nuestro ordenamiento constitucional, a la luz del valor de la dignidad humana, impone al Congreso un deber específico en su potestad de diseñar la política criminal, esto es, tratar al individuo privado de la libertad como un fin en sí mismo y permitirle recapacitar sobre el delito cometido, reparar a las víctimas y reintegrarse a la sociedad.¹⁴⁹

E. Sobre la resocialización como fin de la pena. Reiteración de la jurisprudencia

1. El artículo 1 de la Constitución señala que “Colombia es un Estado social de derecho (...) fundad[o] en el respeto de la dignidad humana”; el artículo 12 superior prescribe que “[n]adie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, al tiempo que el artículo 34 de la Carta Política dispone que “[s]e prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación”. La jurisprudencia de la Corte ha sostenido en reiteradas ocasiones que el sentido último del sistema penitenciario y carcelario, al tenor de nuestro ordenamiento constitucional, es lograr la resocialización y reintegración de las personas que fueron privadas de la libertad.¹⁵⁰

1. Ciertamente, esta premisa está ligada a la interpretación armónica de tratados e instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que signan las actuaciones de las autoridades nacionales. Así, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 10.1 que “[t]oda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. A su turno, el artículo 10.3 del mismo instrumento normativo señala que “[e]l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 5.6 que “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

1. En la órbita interamericana, es importante tener en cuenta que el 13 de marzo de 2008, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a instancias de su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de la Libertad, adoptó los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas (Resolución 01/08). En su parte considerativa el instrumento destaca la necesidad de tener presente que las penas privativas de la libertad tienen “como finalidad esencial la reforma, la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados; la resocialización y reintegración familiar; así como la protección de las víctimas de la sociedad”. Por su parte, en su artículo 4, el instrumento señala que los “Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas alternativas o

sustitutivas a la privación de la libertad, en cuya aplicación se deberán tomar en cuenta los estándares internacionales sobre derechos humanos en esta materia”. Del mismo modo, la norma en cita dispone que al aplicar este tipo de medidas “los Estados Miembros deberán promover la participación de la sociedad y de la familia, a fin de complementar la intervención del Estado, y deberán proveer los recursos necesarios y apropiados para garantizar su disponibilidad y eficacia”.¹⁵¹

1. Por su parte, el artículo 4 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) dispone expresamente que “[l]a pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.” Igualmente, señala que “la prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.”

1. A su turno, la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario) contiene disposiciones relevantes en la materia. En efecto, el artículo 10 del Código en cita establece que el tratamiento penitenciario tiene por finalidad “alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario”. Este último mandato se ve reforzado con lo dispuesto en los artículos 79 (relativo al trabajo penitenciario)¹⁵² y 94 (referido a la educación)¹⁵³ del Código Penitenciario y Carcelario. Por su parte, el artículo 13 del estatuto en referencia incluye una cláusula según la cual la interpretación y aplicación del articulado debe regirse por los principios consagrados en el Título I, entre los que destacan la igualdad, el enfoque diferencial, el fin resocializador de la pena y el principio de intervención mínima.

1. A lo largo de su jurisprudencia, la Corte también ha destacado la relevancia de la resocialización como fin de la pena. En la Sentencia T-706 de 1996, la Corte indicó que el acto restrictivo de un derecho fundamental de los internos sólo puede estar dirigido al cumplimiento y preservación de los fines esenciales de la relación penitenciaria, esto es, la

resocialización del recluso y la conservación del orden, la disciplina y la convivencia dentro de los establecimientos carcelarios. En el mismo sentido, en la Sentencia T-714 de 1996, la Corte señaló que la imposición de la pena privativa de la libertad y por lo tanto la restricción de la misma debe “orientarse, en todos y cada uno de los casos, al cumplimiento de la finalidad específica para la cual fue establecida por el ordenamiento legal esa relación de especial sujeción, vale decir, la resocialización del delincuente y el mantenimiento del orden y la seguridad en la prisión.”¹⁵⁴ En la Sentencia T-388 de 2013, en la que la Corte declaró que el sistema penitenciario y carcelario nuevamente se encontraba en un estado de cosas inconstitucional, la Sala Primera de Revisión expuso expresamente que “el sentido último de un sistema penitenciario y carcelario es lograr la resocialización y reintegración de las personas que fueron privadas de la libertad.” En tal oportunidad se hizo énfasis en que la pena no solamente tiene una función retributiva, sino también una función resocializadora y disuasoria.

1. De igual manera, en la Sentencia C-294 de 2021, que declaró la inexecutable del Acto Legislativo 01 de 2020,¹⁵⁶ la Corte determinó que uno de los ejes definitorios de la Carta Política consiste en que “el Estado Social y Democrático de Derecho está fundado en la dignidad humana”. De lo cual se desprende, a su vez, “que el ejercicio del poder punitivo del Estado debe realizarse a la luz de una política criminal en la que el fin primordial de la pena privativa de la libertad es la resocialización de la persona condenada”.

1. Igualmente, recordó que la función de la pena debe observarse desde dos momentos en concreto. Uno estático, que refiere a la consecuencia jurídica de una conducta punible y que tiene por objeto la prevención general, esto es, “busca que la sociedad se abstenga de cometer esa conducta”. Y un momento dinámico, el cual refiere a la imposición del castigo y a la ejecución de la pena prevista en la ley. A partir de estos dos escenarios, la Sala Plena destacó que la pena cuenta con tres finalidades: (i) un fin preventivo, que se cumple en el momento en que se establece una sanción penal y, con ello, se advierte a la sociedad cuáles son las consecuencias adversas del comportamiento delictivo; (ii) un fin retributivo, que se

cumple en el momento en que la pena es impuesta; y, (iii) un fin resocializador, que orienta la ejecución de la pena “de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas”.¹⁵⁷

1. Adicionalmente, en la providencia en cita esta Sala reiteró que de conformidad con el preámbulo, los artículos 12, 28 inc. 3, 29 inc. 4 y 34 de la Carta Política, la jurisprudencia constitucional le ha otorgado prelación al fin preventivo especial de la pena, el cual se traduce en la necesidad de resocializar o readaptar al condenado. A este respecto, se trajo a colación lo señalado en la Sentencia C-144 de 1997, en la que la Corte sostuvo que la ejecución de las penas debe tener una función de prevención especial positiva, lo que quiere decir que “en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado (...) dentro del respeto de su autonomía y dignidad.” En sentido análogo, esta Corte precisó que en un Estado Social y Democrático de Derecho el objeto del derecho penal no puede ser el de excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo. De ahí que solo sean compatibles con las finalidades de este tipo de Estado las “penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece.”¹⁵⁸

1. En la reciente Sentencia SU-122 de 2022, la Corte reiteró que mientras la persona privada de la libertad se encuentra en situación de subordinación, en cabeza de la administración surgen deberes de preservar la eficacia de su poder punitivo, el cumplimiento de los protocolos de seguridad, garantizar las condiciones materiales de existencia y las necesarias para la resocialización, así como asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales de los internos que pueden limitarse dentro del marco impuesto por la Constitución, las leyes, los reglamentos y los principios de razonabilidad, utilidad, necesidad y proporcionalidad.¹⁵⁹

1. En esta misma providencia, la Corte llamó la atención que la máxima autoridad nacional de planeación, esto es, el Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES, ha

insistido en la necesidad de reformular la política criminal, penitenciaria y carcelaria para que (i) sea racional, eficaz y coherente, (ii) exista articulación en materia administrativa y financiera, (iii) cuente con la concurrencia de entidades y sectores diferentes y (iv) no se apunte al mero aumento de la oferta de cupos. Además, que estimó imperioso que dentro de la concepción de la nueva política se establezcan e implementen modificaciones sustantivas y procesales en materia penal, medidas que garanticen la inflexión en la tendencia expansionista de la población reclusa para la liberación de los cupos, así como programas de resocialización y acompañamiento a los reclusos durante y después de la privación de su libertad para evitar la reincidencia delictiva.

1. Así, puede decirse que desde el plano normativo y jurisprudencial no hay duda de que la resocialización es uno de los fines primordiales de la pena. Al margen de las críticas que hoy en día recaen sobre las aproximaciones resocializadoras y preventivas de la pena,¹⁶⁰ para la Corte la resocialización sigue siendo una finalidad insoslayable del sistema penal y una garantía del condenado. Ahora bien, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de esta Corte han resaltado la importancia de la resocialización y han hecho esfuerzos por contribuir a su conceptualización.

1. En la Sentencia T-286 de 2011, por ejemplo, se puso de presente que “la ejecución de la sanción penal tiene un fin resocializador, esto es, lograr que la persona respete las normas establecidas para vivir en sociedad y se integre a ella sin poner en peligro los bienes jurídicamente protegidos.”¹⁶¹ En la Sentencia C-026 de 2016, se hizo énfasis en que la resocialización es esencialmente un proceso de “reeducación y reinserción social del condenado”, al tiempo que en la Sentencia T-276 de 2016 se expuso que la resocialización “implica el derecho a vivir nuevamente dentro de la comunidad sin romper las mínimas reglas de armonía.”

1. Por su parte, a partir de lo dispuesto en la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario también ha estimado oportuno

proponer un concepto de resocialización. Así, en el Glosario penitenciario y carcelario: general y de Colombia, que se incluye en el Informe Estadístico de Población Privada de la Libertad 2021, publicado por el INPEC en enero de ese mismo año, puede apreciarse que la definición de resocialización acogida por el Instituto es la siguiente: “Resocialización: técnica de tratamiento clínico que pretende cambiar la conducta del interno. Volver a socializarse, lo que significa aprender las expectativas sociales e interiorizar normas de conducta. Resocializarse es volver a valer como ser social conforme quiere la sociedad, esto implica reconocimiento. La técnica que se maneja es el cambio de actitud y de valores. Se confunde con el cambio de delincuente en un buen interno”.

1. A partir de estos elementos, podría decirse que la jurisprudencia de la Corte ha reconocido que el proceso de resocialización apunta al menos a dos cuestiones en particular. Por un lado, busca que el condenado interiorice tanto reglas jurídicas como parámetros de comportamiento social. Por otro lado, pretende que, bajo la aprehensión de tales normas, no vuelva a reincidir en el comportamiento antijurídico. De esa suerte, la idea de resocialización dentro del tratamiento penitenciario colombiano comprende tres dimensiones. Primero, la resocialización es un proceso al que se involucra al condenado tras la sentencia de responsabilidad penal. Segundo, ese proceso tiene por finalidad que el condenado, al recobrar su libertad, sea consciente del actuar errado y de la importancia de respetar las normas establecidas por la sociedad. Y, tercero, el proceso está llamado a eliminar los incentivos para la comisión de nuevas actividades ilegales.¹⁶²

1. Con todo, los objetivos de este proceso no se hacen efectivos mediante la mera privación de la libertad; se alcanzan, además, a través del trabajo, el estudio, la disciplina, la instrucción, la cultura, el deporte, la recreación y las relaciones familiares. Trabajos académicos han resaltado que para que una persona logre prepararse para retornar a “la vida en libertad” no solo debe tener la oportunidad de desempeñar labores creativas y útiles, sino también opciones de contacto con la sociedad extramuros. A este respecto, medidas como la redención de la pena o las penas sustitutivas de prisión no solo son expresión de la dignidad humana, sino instrumentos que el Estado ofrece al penado para resocializarse.¹⁶³

1. En efecto, en la Sentencia C-328 de 2016, esta Corte puso de manifiesto que, al ser la prisión la sanción más significativa en materia de restricción y suspensión de derechos constitucionales, es razonable que en muchas ocasiones entre en tensión con el proceso de resocialización de los condenados. De hecho, la fricción entre resocialización y privación de la libertad ha sido advertida tanto por la jurisprudencia como por la doctrina.¹⁶⁴ En la Sentencia C-261 de 1996, por ejemplo, esta Corporación no solo puso en evidencia esta paradoja, sino que planteó algunas proposiciones indispensables para solventarla. Sobre el particular se pronunció en los siguientes términos:

“Como es natural, no siempre es fácil hacer compatibles estos distintos principios de fundamentación del sistema penal, pues en ocasiones los fines de prevención general aconsejan penas muy severas, mientras que las políticas de resocialización sugieren penas bajas. Así, dice al respecto Herbert Hart, que “las penas que estimamos necesarias como amenaza para maximizar la obediencia al Derecho, pueden convertir al transgresor a quien se imponen, en un enemigo inflexible de la sociedad; mientras que el recurso a medidas rehabilitadoras puede disminuir la eficacia y ejemplaridad del castigo en los demás”.¹⁶⁵ Sin embargo, a pesar de esas inevitables tensiones y discusiones, lo cierto es que durante la ejecución de las penas debe predominar la búsqueda de resocialización del delincuente, ya que esto es una consecuencia natural de la definición de Colombia como un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (CP art. 1º), puesto que el objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo”.¹⁶⁶

1. Así las cosas, como quiera que “el proceso de resocialización de los condenados penales se complejiza debido a la fuerte afectación de los derechos fundamentales impuesta por la sanción”,¹⁶⁷ la Corte no ha sido dubitativa al reconocer que la pena privativa de la libertad puede llegar a ser una medida insuficiente de cara al logro de sus objetivos, por lo que se requieren mecanismos alternativos o sustitutivos que efectivicen la resocialización en tanto finalidad constitucional imperiosa. Por esta razón, aunque la Corporación no se ha opuesto a

la aplicación de estas medidas, ha sostenido que para la ejecución de estos instrumentos de política criminal se debe tener “en cuenta la condición personal del condenado, el comportamiento, el compromiso de no reincidencia, la situación familiar, las actividades resocializadoras y demás elementos que permitan realzar juicios de valor sobre la persona del recluso.”¹⁶⁸

1. En relación con esto último, en la Sentencia C-806 de 2002, providencia en la que se estudió una demanda en contra del artículo 64 del Código Penal (libertad condicional), por desconocer el derecho a la igualdad, esta Sala señaló que los subrogados penales son herramientas que reafirman la prevalencia de la resocialización como fin último de la pena. Estos conceden la oportunidad para que la persona condenada demuestre que tiene la voluntad de regresar a la comunidad atendiendo las normas mínimas de convivencia. Al respecto, esta Corporación anotó que “el fundamento que inspira estos subrogados penales es el derecho que tiene todo condenado a su resocialización, pues (...) ‘lo que compromete la existencia de la posibilidad de resocialización no es la drástica incriminación de la conducta delictiva, sino más bien la existencia de sistemas que, como los subrogados penales y los sistemas de redención de la pena, garanticen al individuo que rectifica y enruta su conducta, la efectiva reinserción en la sociedad’”.¹⁶⁹

1. La Corte se pronunció en términos similares en la Sentencia C-294 de 2021. En tal oportunidad, recalcó que “la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho somete el ejercicio del poder punitivo del Estado a unos límites indiscutibles, como lo son la dignidad humana, la igualdad y la libertad.” Por esa vía, la función preventiva especial de la pena privativa de la libertad es esencial en la política criminal humanista y garantista. Cuestión última que explica por qué razón la redención de penas y los subrogados penales son mecanismos que incentivan a la persona condenada a realizar actividades de resocialización y, por esa vía, reconocen su dignidad humana.¹⁷⁰

1. En suma, el legislador está llamado a diseñar un tratamiento penitenciario progresivo que

respete la dignidad del condenado, garantice el principio de la intervención mínima y promueva la resocialización a partir de mecanismos que garanticen la efectiva reinserción social de quien se encuentra recluso en un centro penitenciario y carcelario.

F. Las mujeres y la prisión en Colombia

1. La ley, la jurisprudencia y la doctrina han enfatizado en que las mujeres experimentan de forma diferenciada la privación de la libertad. El artículo 2 de Ley 1709 de 2014,¹⁷¹ que agregó el artículo 3A a la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), prescribe que las medidas penitenciarias deben ser aplicadas con enfoque diferencial, lo cual supone reconocer “que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra.”¹⁷²

1. En la Sentencia T-267 de 2018 la Corte puso de presente dos premisas que es preciso traer a colación en esta oportunidad. La primera consiste en que “la violencia y la discriminación en contra de las mujeres tienen unas repercusiones concretas cuando ellas entran en contacto con el sistema penitenciario”. La segunda afirma que “las mujeres reclusas tienen, en dicha esfera de privación de su libertad, unas necesidades especiales que suplir y unos problemas concretos que enfrentar, desde los ámbitos más básicos y vitales.”

1. En esa misma ocasión, la Corte destacó que según los datos estadísticos del INPEC y los análisis empíricos de organizaciones internacionales, el segmento poblacional de mujeres que ingresa al sistema penitenciario está compuesto por personas de bajos recursos, muchas de ellas en condiciones de vulnerabilidad y rodeadas de contextos de violencia y discriminación por razones de género. De ese modo, al resaltar las precarias condiciones de privación que muchas de ellas deben padecer, la Corporación fijó tres mínimos constitucionales asegurables que el sistema penitenciario no puede soslayar: (i) el derecho de las mujeres a ser protegidas, en el marco de la privación de su libertad, de violencia física,

psicológica o sexual, de la explotación y de la discriminación; (ii) la atención de las “necesidades básicas radicales que, por su condición de mujeres, ellas y solo ellas están expuestas a sufrir”; y, (iii) el derecho a contar con una protección reforzada durante el embarazo, la lactancia y la custodia de los niños y niñas, en un entorno sano y adecuado.

1. Por su parte, recientes investigaciones socio-jurídicas no solamente han confirmado lo expuesto por la Corte, sino que han estudiado con rigor empírico y analítico la realidad de las mujeres internas en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país. Huelga anotar que tanto la recopilación de información como su análisis ha estado marcada por dos campos de valoración: (i) el perfil de las mujeres privadas de la libertad, lo que involucra su perfil delictivo; y, (ii) los impactos que la prisión tiene en sus vidas. Como se expuso supra, estos elementos son relevantes de cara a la formulación de la política criminal del Estado. En esta materia, el legislador no puede perder de vista el contexto social, los perfiles delictivos, las dinámicas de la criminalidad organizada y, en aras del fin resocializador de la pena, las condiciones en las que las sanciones y las medidas de seguridad son ejecutadas.

1. Además, el Congreso tampoco puede pasar por alto que la política criminal y carcelaria “debe ser sensible a los sujetos de especial protección constitucional, cuyos derechos fundamentales estén comprometidos”.¹⁷³ Al efecto, en la Sentencia T-388 de 2013, la Corte diagnosticó que el sistema penitenciario colombiano reproduce las discriminaciones y exclusiones de género imperantes en la sociedad y se encuentra principalmente orientado a los hombres, por lo que a menudo “las necesidades y demandas propias de los derechos fundamentales de las mujeres pasan desapercibidas.”¹⁷⁴ Por esa razón, en palabras de la Corte, “[l]a política penitenciaria y carcelaria no puede dejar de tener una perspectiva de género que permita evitar, o remover si existen, las barreras y obstáculos que enfrentan las mujeres para gozar efectivamente de sus derechos fundamentales.”¹⁷⁵

1. Desde luego, el cumplimiento de este cometido debe estar precedido de juicios de realidad, empíricamente contrastables, que contribuyan a la efectividad y razonabilidad de

las medidas de política criminal adoptadas. Así las cosas, en lo que sigue, la Sala destacará algunos de los resultados obtenidos en varias de las investigaciones socio-jurídicas que han sido traídas a colación en el marco de este proceso, de suerte que la valoración de las objeciones presentadas por el Presidente de la República cuente con una base empírica mínima.

1. Si se toman en cuenta los datos obrantes en el “Informe Estadístico Enero 2022”, elaborado por el INPEC, se advierten las siguientes cifras. De 111.655 hombres condenados, 10.772 lo estaban por delitos relacionados con el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, lo que equivale al 9.6%. Por su parte, según los datos de ese mismo informe, de 7.630 mujeres condenadas, 1.943 lo estaba por la comisión de ese mismo delito, lo que equivale al 25%. Ciertamente, este comparativo demuestra que el porcentaje de encarcelamiento por este punible es superior en mujeres que en hombres. 176

1. Las afirmaciones anotadas también han sido emitidas por otros investigadores y por organismos internacionales. La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ha señalado que la participación de las mujeres en la cadena de abastecimiento de drogas puede ser atribuido, en algunos casos, a circunstancias de vulnerabilidad y opresión. Según los análisis de la UNODC, las mujeres no solo se ven a menudo obligadas a inmiscuirse en los circuitos delictivos que giran en torno al negocio de las drogas; también son obligadas a aceptar tasas de pago inferiores a las de los hombres por llevar a cabo actividades de tráfico de sustancias psicoactivas. Así las cosas, aunque los factores que explican la participación de las mujeres en el comercio de drogas son variados, se ha demostrado que esta está condicionada por “la vulnerabilidad, la violencia, las relaciones íntimas y las consideraciones de índole económica”.¹⁷⁷

1. En el informe Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento se pone de presente que las mujeres encarceladas por delitos de drogas rara vez son una verdadera amenaza para la sociedad, particularmente porque buena parte de ellas hacen parte del nivel más bajo de la

cadena del crimen organizado “sea como pequeñas vendedoras, ‘correos humanos’ de drogas o transportadoras de drogas”. De allí que el documento precise que, por la alta fungibilidad de los roles que desempeñan, “su detención no tiene ningún impacto en la disminución del tráfico de drogas, o en la inseguridad ciudadana, la violencia o la corrupción que el negocio ilegal genera”.¹⁷⁸

1. Sobre el impacto de la prisión en la vida de las mujeres y de sus familias. La Corte ha puesto de manifiesto en sus providencias que en las cárceles colombianas hay un alto grado de hacinamiento.¹⁷⁹ En Informe Estadístico de 2021 elaborado por la Oficina Asesora de Planeación y el Grupo Estadística del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario registra que, al finalizar el mes de junio de 2021, en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país se encontraban 175.908 personas privadas de la libertad, cuya custodia y vigilancia se concentraba en diferentes autoridades: A cargo del INPEC 172.528 personas (98,1% de la población); de los Establecimientos de Reclusión del Orden Municipal 2.964 personas (1,7% de la población); y, en los Establecimientos de Reclusión de la Fuerza Pública 416 personas (0.2% de la población). Según el documento, en los Establecimiento de Reclusión del Orden Nacional -ERON (intramuros) se encontraban 96.400 personas entre procesadas y condenadas. Por su parte, el informe estadístico señaló que la variación de la población intramuros es mínima por crecimiento o decremento, pero supera ampliamente la capacidad de los ERON. Así, los Establecimientos de Reclusión de Orden Nacional contaban con 81.524 cupos, pero albergaban una población de 96.400 internos, de manera que existía una sobrepoblación de 14.876 personas que representaba un índice de hacinamiento de 18.2%.

Población privada de la libertad en los Eron

(Fecha de corte – 31 de diciembre)

Año

Procesados

%

Condenados

%

Total

2015

42.753

35,50%

77.691

64,50%

120.444

2016

37.839

31,92%

80.693

68,08%

118.532

2017

36.777

32,05%

77.973

67,95%

114.750

2018

40.049

33,79%

78.464

66,21%

118.513

2019

41.197

33,28%

82.605

66,72%

123.802

2020

23.201

24,1%

73.084

75,9%

96.285

1. Como se señaló en dicha Sentencia, el documento contiene un capítulo que se refiere a la demografía de la población reclusa en los ERON que describe cuantitativamente a los internos por varios nexos particulares e indica que tratándose de la situación jurídica de las personas privadas de la libertad a junio de 2021, el informe asegura que la población intramuros a cargo del INPEC estaba compuesta por 24.130 procesados que corresponden al 25% y 72.270 condenados que corresponden al 70% del total de privados de la libertad.

1. Igualmente, la Corte señaló que el informe contiene información sobre el tiempo en que las personas procesadas han permanecido bajo custodia el INPEC en los ERON. Sobre este punto, en el documento se distingue entre la población de hombres y mujeres y entre los siguientes periodos de privación de la libertad: (i) de 0 a 5 meses, (ii) de 6 a 10 meses, (iii) de 11 a 15 meses, (iv) de 16 a 20 meses, (v) de 21 a 25 meses, (vi) de 26 a 30 meses, (vii) de 31 a 25 meses y (viii) superior a 36 meses.

Meses privados de la libertad

Hombres

Porcentaje

Mujeres

Porcentaje

Total

Porcentaje

0 - 5

3.580

16,5%

745

30,7%

4.325

17,9%

6 - 10

2.989

13,8%

655

27,0%

3.644

15,1%

11 - 15

1.449

6,7%

180

7,4%

1.629

6,8%

16 - 20

3.136

14,4%

245

10,1%

3.381

14,0%

21 - 25

3.170

14,6%

275

11,3%

3.445

14,3%

26 - 30

1.894

8,7%

4,0%

1.990

8,2%

31 - 35

1.534

7,1%

96

4,0%

1.630

6,8%

> 36

3.955

18,2%

131

5,4%

4.086

16,9%

Totales

21.707

100%

2.423

24.130

100%

1. Según lo confirmó la misma sentencia, la información sobre la permanencia de las mujeres que en calidad de procesados se encontraban en establecimientos de reclusión del orden nacional al mes de junio de 2021 se presenta en la siguiente gráfica:

1. Ahora bien, las investigaciones sobre la materia han resaltado que las altas tasas de hacinamiento repercuten en la calidad de vida de las mujeres internas. La investigación Mujeres y prisión en Colombia destaca problemas en la infraestructura carcelaria,¹⁸⁰ en el acceso a bienes y servicios básicos,¹⁸¹ en la atención oportuna en salud, en el consumo de alcohol y drogas y en el trato entre la población privada de la libertad y entre estas y las funcionarias de los establecimientos carcelarios.¹⁸²

1. Por su parte, en lo que respecta al impacto del encierro y de la desconexión en la mujer y su familia, la profesora María Mauersberger señala que “debe tenerse en cuenta su posición secundaria en el sistema penitenciario” ya que la literatura que hay sobre el tema generaliza y no diferencia por género ya que “cuando se aborda específicamente la cuestión de mujeres reclusas puede verse que su situación es más compleja, riesgosa y conflictiva que la situación de los hombres reclusos. Gran parte de las teorías sobre prisión no se concentran en el tema de género; cuando se ocupan de la categoría ‘prisionero’, se asume que se trata de un sujeto general y abstracto, fruto de su inclusión en una institución penitenciaria, dejando de lado características identitarias fundamentales, como el género”. ¹⁸³

1. La mujer presa, prosigue la investigadora, “vive una situación particular y, por lo tanto, requiere una atención especial y fácil acceso a las redes de apoyos sociales. Tanto los hombres como las mujeres sufren la situación de la privación de la libertad, caracterizada por el hacinamiento, la ruptura con las redes sociales de apoyo, la falta de acceso a salud, educación, trabajo, derechos humanos, es decir, están expuestos a una situación

infrahumana que deja una huella profunda en sus vidas. Pero en el caso de las mujeres deben tenerse en cuenta aspectos específicos que dificultan el encierro aún más: ‘Las necesidades físicas, mentales y emocionales de las mujeres reclusas difieren de las de los hombres reclusos. Es probable que la cárcel no ofrezca los cuidados adecuados que se necesitan durante la maternidad y el período prenatal, o un acceso apropiado a productos de higiene femenina. La mujer puede tener necesidades diferentes en relación a ciertos problemas, por ejemplo, de adicción a sustancias, enfermedades psicológicas, manejo del enojo, un pasado con maltrato psicológico, físico o abuso sexual’.¹⁸⁴

1. Por lo anterior, la docente señala que, “la institución penitenciaria debería cumplir con unos estándares básicos para prevenir nuevos abusos en la vida de estas mujeres. Es evidente que la cárcel no está pensada para mujeres cabeza de familia, que son las que de manera exclusiva se encargan del cuidado del hogar y sus integrantes, ni considera las implicaciones de la falta de esta persona en la familia...”. “La situación de la mujer presa se diferencia bastante a la del hombre, lo que se deriva de su función en la sociedad. La relación materno-filial requiere el constante contacto en general, y también para no empeorar la situación del encierro. La estructura patriarcal pone la mujer a cargo de los hijos, y esto no cambia necesariamente con el ingreso a la prisión...”. “Entonces el impacto cuando una mujer madre entra a prisión es mucho más fuerte para toda la familia, y para la mujer misma. Esto se debe también, en parte, a que las mujeres presas no solo están sancionadas por las leyes penales, sino muchas veces olvidadas por sus propias familias y repudiadas por la sociedad”.¹⁸⁵

1. A la pregunta de quién es la mujer en la cárcel, Carolina Ángel Botero concluye que la experiencia femenina es distinta de la experiencia masculina, por lo menos en tres registros principales, que analiza. “El primero, en la manera como las mujeres se adaptan y resisten a la prisión. En particular, porque existen distintos tipos de procesos de construcción personal que llevan a cabo las mujeres en prisión. Estaría mucho más claro qué tipo de programas de resocialización y educación son más significativos para ellas si se conocieran estos procesos de construcción personal. El segundo, las mujeres sufren otros tipos de control que no se

limitan al control penal y judicial. Así, los señalamientos de ser malas mujeres o malas madres son penas invisibles que ellas deben soportar. En este aspecto, nuevamente, la experiencia carcelaria es distinta a la de los hombres y precisamente se hace patente en esa constante conversación del mundo interior de la cárcel con el mundo de afuera. Y, por último, hay una diferencia en la experiencia femenina, pero esta vez no encarcelada, sino de muros para afuera, y es que el costo de lo que implica encarcelar a una mujer. Esto, aunque no se refiere de manera directa e individualizada a cada una de las mujeres en la cárcel, y sus experiencias personales, considera la experiencia carcelaria como una experiencia social. Y es diferencial, en tanto que el encarcelamiento masivo de mujeres no tiene las mismas consecuencias en la sociedad que el encarcelamiento de hombres, aunque sin duda, su impacto es igual de relevante". 186

1. La mujer en la cárcel, dice Ángel, "es posiblemente madre, vecina, hija, nieta, esposa, amiga. Para entender quién es ella adentro hace falta darse cuenta del vacío que deja fuera. Una verdad incuestionable de la cárcel en Colombia es que las personas de menos recursos son las que van a parar allí. Y con su encierro no solo empeoramos la situación de pobreza, sino que también damos origen a otras formas de violencia. Violencias que son consecuencia del encierro de familiares, pero, sobre todo, de las mujeres." Por ello concluye afirmando que solo una investigación social que explore a fondo los impactos del encarcelamiento femenino podrá responder con más certeza la pregunta sobre quién es la mujer en el contexto carcelario colombiano y por qué esa es una cuestión importante.¹⁸⁷

1. Otro de los frentes en los que la prisión impacta con severidad a las mujeres es la maternidad. En lo que respecta al número de mujeres lactantes y gestantes que se encuentran privadas de la libertad, en el marco de este proceso el INPEC informó que según datos estadísticos con corte a 31 de enero de 2022, "al interior de los ERON se encontraban 13 mujeres lactantes y 40 gestantes".¹⁸⁸ Ello contrasta con las cifras de 2018, según las cuales en las prisiones había 15 mujeres lactantes y 86 gestantes.¹⁸⁹

1. Hay que tener en cuenta que según el artículo 153 de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario) y el Decreto 2553 de 2014,¹⁹⁰ los niños y niñas menores de 3 años pueden permanecer con sus madres en los establecimientos de reclusión, salvo que una autoridad judicial disponga lo contrario. Para estos menesteres, el citado artículo 153 de la Ley 65 de 1993 prescribe que “[l]a Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios destinará dentro de los establecimientos de reclusión, secciones especiales, para las madres con sus hijos que garanticen una adecuada interacción entre estos; igualmente construirá y dotará, en coordinación con el ICBF, los centros de atención para los niños y niñas cuando estos no se encuentren con sus madres”.

1. Como lo demuestran la investigación “Mujeres y prisión en Colombia” y la investigación “Mujeres y resocialización en Colombia”,¹⁹¹ estos espacios no son óptimos para la crianza. De entrada, hay que anotar que la maternidad tiene una significación diferenciada para cada mujer, según su proyecto de vida, historia personal, familiar e incluso criminal. Con todo, las mujeres que tienen hijos pequeños mientras cumplen la pena se enfrentan a un dilema a la hora de decidir el futuro de sus hijos. En la investigación “Mujeres y resocialización en Colombia” se advierte que las internas reconocen que llevar a sus hijos menores de 3 años a este espacio no es una decisión del todo positiva. De ahí que mientras unas optan por criar a sus hijos en prisión (la mayoría de las veces porque no tienen con quién dejar a su prole o porque la separación les causa un profundo sufrimiento), otras deciden dejarlos, incluso recién nacidos, al cuidado sus parientes.¹⁹² En cualquier caso, las consecuencias son dolorosas tanto para las madres como para sus hijos e hijas.¹⁹³

1. Al respecto, María Mauersberger señala que las “mujeres privadas de la libertad enfrentan una doble o incluso triple culpa. En primer lugar, la sociedad las estigmatiza como malas madres que fracasaron con su rol natural de cuidadoras. En segundo lugar, están estereotipadas por ser delincuentes, traicioneras del típico rol femenino: bueno, calmado, sumiso. Y, por último, son discriminadas por sus parejas que no asumen la responsabilidad de cuidar y de mantener un hogar. Por esta razón desde la prisión trabajan, cuidan y sufren triplemente por el encierro. En un mundo así pareciera que ‘ser delincuente’ es algo

imperdonable para el sexo femenino. El sentimiento más fuerte es el de culpa por el insuficiente contacto con los hijos, la ruptura con las redes sociales y la discriminación que conlleva el castigo penitenciario”.¹⁹⁴

1. La doctrina especializada también ha puesto en evidencia las vicisitudes propias de la “maternidad vivida en prisión”. Con base en investigaciones adelantadas en centros de reclusión en Brasil, las investigadoras Ana Gabriela Mendes Braga y Bruna Angotti han destacado que la maternidad y la crianza en contextos de privación de la libertad supone altos riesgos sociales, físicos y psicológicos tanto para la madre como para su prole. Quizá uno de los fenómenos más relevantes es el denominado “hipermaternidad – hipomaternidad”. De un lado, cuando el periodo de convivencia entre la madre y el bebé se da en escenarios carcelarios, se crea un vínculo sumamente estrecho entre los dos. El hecho de que la madre esté permanentemente con su hijo o hija (en el marco de un escenario de rigor disciplinario y tutela) da paso a la hipermaternidad. No obstante, cuando la convivencia en el establecimiento carcelario finaliza y el niño o la niña son separados de su madre, ocurre la transición de la hiper a la hipomaternidad, que consiste en el quiebre repentino del vínculo materno. Ahora, como aseguran las investigadoras en cita, “la ruptura inmediata del vínculo, sin transición y/o periodo de adaptación (...) y las marcas de la maternidad interrumpida, de la ausencia advertida por la presencia anterior, siguen en el cuerpo y mente de la presa”.¹⁹⁵ De allí que en estos casos, y en aras de los derechos de los menores de edad, las medidas alternativas a la prisión cobren una mayor importancia.

1. Otro de los escenarios en el que las mujeres sufren un impacto diferenciado es en el mantenimiento de sus redes de apoyo y contacto. Como lo ha sostenido la doctrina, las mujeres viven el encarcelamiento de manera particular. El siguiente fragmento es ilustrativo en la materia:

“El estigma que genera el encarcelamiento de un familiar implica que sus relaciones en el barrio, en el trabajo, en distintos espacios va cambiando: varias de ellas tienen que dejar sus empleos, dejar de visitar familiares o amigos o terminan sufriendo problemas de salud. Todo esto es muy distinto cuando ellas son las encarceladas, pues muchas terminan siendo

abandonadas y, lejos de recibir comprensión y apoyo, son depositarias de mayores presiones y reproches por todas las responsabilidades como cuidadoras que ya no pueden asumir, o que deben seguir cumpliendo por medio del rebusque dentro de la cárcel.”¹⁹⁶

1. Ciertamente, la privación de la libertad hace que las mujeres pierdan conexión con el mundo exterior y se marchiten sus vínculos familiares, dificultando aún más la posibilidad de poder materializar su reinserción social una vez se encuentren en libertad.¹⁹⁷

1. Por último, es oportuno resaltar los impactos intergeneracionales que la privación de la libertad de las mujeres tiene en su núcleo familiar. Lo primero que debe decirse es que la privación de la libertad de las mujeres en Colombia se ve atravesada por una realidad sociológica fundamental, a saber, que las mujeres cabeza de familia representan cerca del 75% de las mujeres en prisión.¹⁹⁸ A esto se sigue que en el caso de las mujeres hubo una tendencia mayor a la desintegración de sus núcleos familiares.¹⁹⁹

1. No hay duda de que la reclusión afecta gravemente las relaciones familiares y de manera especial a las mujeres, quienes por regla general son las principales responsables de las cargas familiares y de las labores de cuidado. Entre los relatos que sobre la materia fueron recopilados por los investigadores Juliana Rincón y Norberto Hernández,²⁰⁰ se advierte que una de las mujeres privadas de la libertad manifestó que “la única razón por la cual continuaba con vida era para poder salir a reencontrarse con sus hijos”. Señaló, además, lo siguiente: “lo más importante para mí, son mis hijos, por ellos y por darles de comer fue que tuve que empezar en el narcotráfico, es el único trabajo donde pudieron aceptarme, no podía quedarme de brazos cruzados sin tener donde dormir con ellos. Pero ahora, solo quiero volver a tenerlos a mi lado y buscar otras formas para no volver a este infierno”.²⁰¹

1. Finalmente, la prisión impacta la vida de las mujeres en el momento en que deben reintegrarse a la sociedad con posterioridad a la privación de la libertad. Para las mujeres

-dice la investigación “Mujeres y prisión en Colombia”- es más difícil despojarse de los estigmas que se construyen alrededor del encarcelamiento. Estos preconceptos por regla general se levantan “por haber incumplido, tanto para la justicia como para la opinión pública en general, al menos tres mandatos sociales: ‘ser una buena mujer’, ‘ser una buena madre’ y ‘pertenecer solo al ámbito del hogar para cuidarlo, protegerlo y construir una familia’”. A esto se suma “la desigualdad y exclusión de las mujeres en el mercado laboral, sus bajos niveles educativos, la falta de habilidades relevantes para el mercado productivo y los antecedentes penales”. Naturalmente estos elementos son preocupantes, pues la falta de oportunidades y la marginación es el caldo de cultivo para la reincidencia.²⁰²

1. De igual manera, el informe “Mujeres encarceladas por delitos relacionados con drogas en América Latina: lo que los números evidencian”, revela que el encarcelamiento de las mujeres tiene un hondo impacto sobre sus familias. Según datos recolectados a partir de entrevistas realizadas en varios países de Latinoamérica (particularmente en México) a personas cuyo familiar se encontraba en prisión, se pudo advertir que las personas encuestadas reportaron: tener problemas de salud (63%), problemas de índole laboral (34.2%), problemas con sus hijos e hijas (30%), problemas con su familia (27%), problemas con su pareja (10.9%), problemas con su centro de estudio (15.7%) y problemas con la escuela de sus hijos (11.2%).²⁰³ Por otro lado, la investigación también da cuenta de que estas problemáticas se exacerban cuando la persona tras las rejas es una mujer. Sobre el particular, se trajo a cuento que “[l]as mujeres son usualmente responsables por miembros de la sociedad más allá de sus familias, por cuanto ellas cuidan a los hijos de otras familias, a personas ancianas en sus familias, y otros que requieren de su asistencia. Según un estudio realizado en Argentina, el 20% de las mujeres en prisión eran responsables por otras personas además de sus propios hijos e hijas”.²⁰⁴

1. Propuestas y recomendaciones de política pública de cara a la realidad de las mujeres privadas de la libertad. A partir de este diagnóstico han sido varias las propuestas que, desde la academia y desde los organismos e instituciones internacionales, se han realizado a los formuladores de la política criminal. Antes de sintetizar algunas de esas propuestas, es

oportuno señalar que estas últimas se soportan en consideraciones estadísticas y analíticas adicionales. La primera de ellas tiene que ver con el aumento de mujeres en los establecimientos penitenciarios y carcelarios.²⁰⁵

1. Hay que hacer notar que este no es un fenómeno exclusivo de Colombia. A partir de investigaciones auspiciadas por la Organización de Estados Americanos (OEA),²⁰⁶ se ha llegado a la conclusión de que, por ejemplo, en países como Argentina, Brasil y Costa Rica, más del 60% de la población carcelaria femenina está privada de la libertad por delitos relacionados con drogas. Así mismo, se ha constatado un crecimiento exponencial de dicha población en América Latina, con base en los datos del Institute for Criminal Policy Research, el número de mujeres privadas de la libertad aumentó en 51,6% entre el 2000 y el 2015.²⁰⁷ En sentido análogo, investigaciones medianamente recientes revelan que en la mayoría de países de Latinoamérica, a excepción de Bolivia y Perú, “la tasa de encarcelamiento femenino ha crecido más rápido que la de la población en general”, lo que supone que “la presión punitiva sobre las mujeres en las Américas se ha reforzado a una velocidad mayor que la de los hombres”.²⁰⁸

1. En línea con lo anterior, investigadoras de The Washington Office on Latin America (WOLA) han manifestado su preocupación por el incremento de la población de mujeres en prisión. A su juicio, si los Estados de la región no modifican sus enfoques a la hora de afrontar los delitos asociados al narcotráfico, este fenómeno solo empeorará. Según los datos acopiados por dicha organización, “desde inicios de la década de 2000, los países de América Latina han experimentado un rápido incremento de sus poblaciones de mujeres encarceladas. Entre el año 2000 y el 2017, a nivel mundial, la población total de mujeres encarceladas se incrementó en un 53.3%, mientras que la de los hombres aumentó solo 19.6% ”.²⁰⁹ Adicionalmente, se comprobó que la principal causa para el encarcelamiento de mujeres sigue siendo los delitos relacionados con drogas. Esta realidad, dicho sea de paso, no solo es propia de nuestro país, sino que también afecta a países como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá, Paraguay y Venezuela.²¹⁰

1. En segundo lugar, el estudio Mujeres y prisión en Colombia señala que casi la mitad de las

internas en las prisiones de Colombia se encuentran privadas de la libertad por delitos relacionados con estupefacientes. Según la información sobre el perfil delictivo antes aludida, muchas de estas mujeres son infractoras de primera vez; no representan riesgos altos para la seguridad ciudadana; tienen menos probabilidades de participar en delitos violentos o de pertenecer a organizaciones criminales; y hacen parte de los eslabones débiles y fácilmente sustituibles, por lo que su castigo, en estricto sentido, no afecta ni a las organizaciones ni a las redes criminales.²¹¹

1. En tercer lugar, se hace hincapié en que los costos directos e indirectos de la prisión son sumamente altos. Por ejemplo, con base en cifras de 2018, el costo anual de las mujeres privadas de la libertad por delitos de estupefacientes equivalía a \$65.190'415.920. A esta cifra hay que sumar los costos indirectos de la detención, tales como el resquebrajamiento familiar; el reforzamiento de los ciclos de pobreza; la probabilidad de que los hijos se involucren en delitos; y las fallas en el proceso de resocialización.²¹²

1. A esto habría que agregar que las sanciones de prisión y la presión punitiva (que, como se evidenció en líneas precedentes, es porcentualmente mayor para el caso de las mujeres) suelen estar dirigidas a personas que ya se encontraban en contextos de vulnerabilidad, con el agravante de que a menudo la imposición de la pena de prisión involucra la pérdida de oportunidades sociales tanto para quien sufre la sanción como para los miembros de su familia, por lo cual “al reducir el bienestar de familias que se encuentran en situaciones desfavorables, la política penitenciaria crea las condiciones de un círculo vicioso en el cual se exagera el uso del sistema penal y se incrementan las probabilidades de que existan problemas de abuso de sustancias, violencia y delito en las comunidades”.²¹³

1. En su Resolución 65/229 del 16 de marzo de 2011, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó las “Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)”. En este instrumento se reconoce que un cierto número de mujeres delincuentes “no plantean un

riesgo para la sociedad” y que su encarcelamiento “puede dificultar su reinserción social”, y alienta a los Estados miembros a “aprobar legislación para establecer medidas sustitutivas del encarcelamiento y dar prioridad a la financiación de esos sistemas, así como a la elaboración de los mecanismos necesarios para su aplicación”.²¹⁴ Estas premisas se desarrollan concretamente en las reglas 57 a 62, atinentes a las medidas no privativas de la libertad. La regla 57, por su parte, conmina a los Estados a “elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas”.²¹⁵

1. Por su parte, la Guía práctica sobre medidas dirigidas a reducir la prisión preventiva (2016), documento preparado por la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de la Libertad de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, realizó una serie de recomendaciones para incorporar la perspectiva de género en las políticas criminales en materia de drogas. Como consecuencia del incremento en el número de mujeres privadas de la libertad por el endurecimiento de las políticas criminales en este ámbito, la CIDH sugirió a los Estados que adoptaran medidas integrales que incluyan una perspectiva de género en lo relativo a la política criminal en materia de tráfico de drogas.²¹⁶

1. Según la CIDH, esto supone analizar: (i) el bajo nivel de participación de las mujeres dentro de la cadena de la actividad comercial y de tráfico de estas sustancias; (ii) la ausencia de violencia en la comisión de conductas criminales relacionadas con drogas; (iii) la afectación de los vínculos de cuidado y protección como consecuencia de su encarcelamiento; (iv) la necesidad de incluir el enfoque de reinserción social; y, (v) el papel de las violencias y de la exclusión social y laboral en la reproducción del delito.²¹⁷

1. Adicionalmente, la CIDH recomendó la “aplicación de medidas alternativas derivadas de una acusación vinculada con el uso problemático de drogas” y el “acceso a servicios comunitarios que consideren cuestiones de género y provean apoyo psicológico”. A título

ilustrativo, la Comisión resaltó que en la República de Costa Rica se adoptaron reformas a la política criminal para abordar la problemática de las drogas con enfoque de género. En efecto, en la Ley 9161 de 2013, el Estado costarricense “contempló la aplicación de medidas alternativas respecto a las mujeres que introdujeron drogas a centros penitenciarios, y que reúnen alguna de las siguientes condiciones: encontrarse en una situación de pobreza, ser “jefas de hogar” o tener a su cargo personas en situación de vulnerabilidad”. En estos casos, la autoridad judicial competente puede disponer el cumplimiento de la pena bajo alguna de las siguientes medidas alternativas: “la detención domiciliaria, la libertad asistida, los centros de confianza, la libertad restringida con dispositivos electrónicos o cualquier otro tipo de medida alternativa a la prisión”.²¹⁸

1. Por su parte, con base las investigaciones adelantadas en la materia, WOLA ha recomendado a los Estados brindar alternativas al encarcelamiento. Estas alternativas –se ha dicho– “pueden abarcar desde cumplir servicio comunitario, asistir a una escuela o recibir formación laboral – oportunidades que puedan brindar a las mujeres las habilidades y recursos que necesitan para llevar adelante vidas dignas y, por consiguiente, reducir la reincidencia en el delito”. En vez de invertir en prisiones, la organización ha sugerido que tales recursos sean destinados a las comunidades; particularmente a invertir en reformas y programas que promuevan la igualdad de género y la justicia socioeconómica.²¹⁹

1. Finalmente, es importante anotar que en el año 2019 el Ministerio de Justicia y del Derecho en conjunto con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés), publicaron un informe titulado “Caracterización de condiciones socioeconómicas de mujeres relacionadas con problemas de drogas. Las mujeres privadas de la libertad por delitos de drogas”.²²⁰ Luego de escrutar el perfil de las mujeres privadas de la libertad, las razones principales para la comisión de los delitos, sus condiciones de vida personal y familiar y las condiciones de reclusión, el informe hace varias reflexiones, a saber: (i) La participación de las mujeres en el negocio de la droga está atravesado por la reproducción de los roles de género imperantes en la sociedad; (ii) la mayoría de estas mujeres provienen de los estratos más bajos, han sufrido embarazo

adolescente, no han culminado su bachillerato y no son plenamente conscientes de las consecuencias que la privación de la libertad puede acarrear para sus vidas; (iii) debe implementarse sistemas de alternatividad penal para las mujeres con especiales condiciones de vida, el estudio pone de presente el caso de las mujeres indígenas; y, (iv) el informe subraya, por último, la pertinencia de “una intervención focalizada que aborde el problema del ingreso de las mujeres al narcotráfico no como un problema individual, sino como un fenómeno social que debe contar con un abordaje colectivo”.²²¹

1. En suma, puede decirse que el Estado, las organizaciones internacionales y la academia han confluído tanto en la necesidad de incorporar el enfoque de género en la formulación de políticas públicas, como en el hecho de que la elaboración de tales iniciativas debe estar precedido por análisis que permitan indagar sobre la situación y las circunstancias en las que las mujeres entran a participar del negocio del narcotráfico y de las cadenas de criminalidad en general. Adicionalmente, estudios e informes internacionales sugieren la importancia de que los Estados implementen medidas alternativas o sustitutivas al encarcelamiento, específicamente dirigidas a las mujeres que, por sus específicas condiciones de vida, cometen delitos asociados al narcotráfico. Es claro entonces que la elaboración de la política pública del Estado no puede pasar por alto ni los datos empíricos ni las sugerencias que, sobre la materia, han sido ampliamente desarrolladas.²²²

G. Doctrina constitucional sobre las omisiones legislativas relativas. Reiteración de la jurisprudencia²²³

1. El artículo 4 de la Constitución dispone expresamente que ésta es “norma de normas”. Así mismo, el artículo 6 superior señala que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes, al tiempo que deben responder por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. De la interpretación armónica de estas disposiciones se sigue que las autoridades deben sujetar su conducta y sus facultades (entre estas, la de creación normativa) a los mandatos constitucionales.²²⁴

1. En línea con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado reiteradamente que el

Congreso de la República está llamado a atender y desarrollar las disposiciones de rango constitucional. Del mismo modo, ha enfatizado en que el ejercicio de la función legislativa puede ser sometida a control constitucional, particularmente porque –por acción o por omisión– el legislador puede afectar tanto mandatos como derechos y garantías constitucionales.

1. Sobre este último aspecto, la Corte ha señalado que la inactividad del Congreso en determinados asuntos puede ser sometida a escrutinio constitucional en el evento en que sea lesivo de disposiciones de estirpe superior.²²⁵ Naturalmente, ello no significa que cualquier inactividad del legislador pueda ser sometida a control constitucional. Por respeto a la autonomía e independencia del Congreso solo pueden ser objeto de control aquellas conductas omisivas de carácter parcial o relativo. En contraste con ello, las omisiones absolutas están excluidas, de suyo, de cualquier tipo de escrutinio judicial.²²⁶

1. Al respecto, la Corporación ha precisado que mientras en las omisiones legislativas absolutas “no existe ningún desarrollo del precepto constitucional en la ley”, por lo que no hay ninguna disposición sobre la que pueda versar el análisis, en las omisiones legislativas relativas, por oposición, existe una disposición legal que resulta incompleta, “pues le hace falta un ingrediente, consecuencia o condición que resultaba esencial para armonizar el texto legal con los mandatos previstos en la Carta Política”.²²⁷ En otras palabras, la omisión legislativa relativa tiene lugar cuando al regular una materia en específico el legislador guarda silencio o no incluye una determinada previsión normativa que resulta indispensable para que el texto de rango legal sea compatible con la Constitución.²²⁸

1. Frente al escenario precedente, esto es, el de la omisión legislativa relativa, la Corte ha sostenido que el análisis de constitucionalidad debe seguir la metodología básica del control constitucional, a saber, la confrontación objetiva entre el precepto legal y la Carta Política. Con la diferencia, claro está, de que en este caso el debate se concentra en determinar si el texto legal se puede reputar imperfecto en su concepción y, con ello, lesivo y transgresor de

ciertos derechos y/o garantías constitucionales.²²⁹ Por esa vía, esta Corporación ha señalado que el escrutinio sobre la existencia o no de una omisión legislativa relativa tiene por propósito determinar si el Congreso, en el ejercicio de su facultad de hacer las leyes,²³⁰ cumplió con el nivel de protección exigido por la propia Carta Política, “con el fin de evitar (i) la afectación directa del principio de igualdad, o (ii) la violación de otros principios y mandatos superiores”.

1. Estos dos últimos escenarios son importantes a efectos de determinar el alcance y la entidad de la omisión. En el primer evento, se ha sostenido que “la omisión legislativa relativa desconoce el principio de igualdad cuando el contenido normativo no abarca, de manera injustificada, a todos los destinatarios que deberían quedar incluidos en la regulación”.²³¹ En el segundo evento, la Corte ha precisado que puede darse el caso en el que, al momento de configurar un texto legal, el Congreso omita incluir condiciones o elementos esenciales para la debida protección de determinados derechos fundamentales, tales como el debido proceso o el libre desarrollo de la personalidad.²³²

1. Dado que no todas las omisiones legislativas contrarían la Constitución, la Sala se ha preocupado por delimitar algunos presupuestos que permitan dar cuenta de la efectiva configuración de una omisión legislativa relativa.²³³ Recientemente la Corte resaltó que dicha omisión tiene lugar cuando:²³⁴

i. Exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo, y que “(a) excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos equivalentes o asimilables o, en su defecto, (b) que no incluya determinado elemento o ingrediente normativo”.

i. Exista un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al Congreso que resulta omitido, pues se constata que el Legislador (a) excluyó un caso equivalente o asimilable o (b) dejó de incluir un elemento o ingrediente normativo. Como lo resaltó la Corte

en la Sentencia C-083 de 2018, solo se configura una omisión legislativa relativa cuando el legislador incumple una concreta “obligación de hacer” prevista en la Constitución. Vale decir que esta exigencia es razonable si se le analiza desde la óptica de la separación de poderes y del respeto por la competencia legislativa. Así, al momento de alegarse la inacción del legislador, la Corte ha dicho que se debe explicar con precisión “cómo el Congreso de la República, en el marco de la expedición de una norma específica y concreta, omitió la inclusión de un ingrediente o de un grupo de sujetos que resultaban imperativos por mandato expreso de la Constitución Política”.²³⁵

i. La falta de justificación y objetividad de la exclusión genere una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma.

1. En lo que toca a este último presupuesto, esta Corporación ha precisado que su escrutinio solo es procedente en el caso en que se alegue una presunta afectación al principio de igualdad. En este escenario, la Corte está llamada a verificar si el precepto acusado excluye de su ámbito de aplicación a sujetos que, por principio, deberían estar inmersos en el régimen legal o en el supuesto de hecho contemplado en la norma. Para estos efectos, se debe revisar la razonabilidad en la diferencia de trato, “que pasa por valorar a) si los supuestos de hecho en que se encuentran los sujetos excluidos del contenido normativo son asimilables a aquellos en que se hallan quienes sí fueron incluidos, y, b) si adoptar ese tratamiento distinto deviene necesario y proporcionado con miras a obtener un fin legítimo”.²³⁶

1. Dicho esto, en el evento en que se acredite la concurrencia de los referidos presupuestos y, con ello, la existencia de una omisión legislativa relativa, esta Corte ha señalado que por regla general, y en garantía del principio democrático, el remedio judicial idóneo es “la adopción de una sentencia que extienda sus consecuencias a los supuestos excluidos de

manera injustificada, es decir, (...) una sentencia integradora tipo aditiva, que mantenga en el ordenamiento el contenido que, en sí mismo, no resulta contrario a la Carta, pero incorporando al mismo aquel aspecto omitido, sin el cual la disposición es incompatible con la Constitución”.²³⁷ En caso de que tal solución no sea admisible, verbigracia, porque la coherencia de la disposición está sujeta a la exclusión del ingrediente que se echa de menos, no habrá otro camino que declarar la inexequibilidad del precepto.²³⁸

1. En todo caso, como se expuso con anterioridad, la mayoría de las veces la Corte ha proferido sentencias integradoras que buscan neutralizar el efecto contrario a la Constitución por la vía de incluir los supuestos o contenidos que fueron indebidamente omitidos por el legislador.²³⁹ Así, como se sostuvo en la Sentencia C-075 de 2021, ante estos eventos “la Corte, en ejercicio de su función de salvaguardar la integridad del ordenamiento superior, en principio, debe disponer la adición del texto de la disposición de forma tal que se ajuste a la Carta Política”.

1. Finalmente, es oportuno señalar que al momento de analizar una objeción gubernamental por la presunta existencia de una omisión legislativa relativa, la Corte debe ser especialmente cuidadosa al escrutar el cumplimiento de los requisitos argumentativos esbozados. Como se anotó en las líneas precedentes, la activación del control de constitucionalidad en estos casos debe estar precedida de un ejercicio argumentativo riguroso. Nótese que el escrutinio de las competencias del Legislador solo es procedente en circunstancias excepcionales. Ello ocurre en el evento en que se demuestra que el Congreso incumplió una obligación prevista en la Carta Política y que, con ello, afectó las garantías y derechos constitucionales de un grupo social determinado. Hay que decir que la rigurosidad anotada cobra mayor relevancia cuando la omisión legislativa relativa es alegada por el Ejecutivo, pues la Corte está llamada a garantizar la separación de poderes y la efectividad del principio democrático. Ante estas circunstancias, en las que el Gobierno cuestiona la labor del Legislador, el juez constitucional debe ser sumamente estricto a la hora de valorar si el Ejecutivo presentó argumentos concretos, claros y específicos tendientes a demostrar que el Congreso, en ejercicio de sus facultades, desatendió un deber que le fue impuesto por

la Constitución. De lo contrario, se pondría en vilo el respeto por las competencias legislativas en cabeza de dicho órgano.

G. Análisis de la Primera objeción: ¿el proyecto de ley afecta la convivencia pacífica, la vigencia de un orden justo y los compromisos internacionales que ha asumido el Estado colombiano en materia de persecución de los delitos asociados al narcotráfico?

Síntesis de la primera objeción formulada por el gobierno

Como se puso de presente en el acápite de antecedentes, la primera razón por la que el Gobierno Nacional objetó por inconstitucionalidad el proyecto de ley de la referencia consiste en que, a su juicio, los artículos 2, 4 y 7 del citado proyecto: (i) vulneran el artículo 2 de la Carta Política, al poner en riesgo la estabilidad social, política y económica del Estado colombiano; y (ii) los artículos 9, 189, 226 y 227 de la Constitución, al afectar los compromisos internacionales asumidos por Colombia para combatir el crimen organizado y el narcotráfico.

1. En lo que concierne al primer reparo, aunque el Gobierno reconoce “las bondades” de la iniciativa y sus “loables fines”, estima que al extender el beneficio del servicio de utilidad pública, como pena sustitutiva de prisión a delitos graves y de alto impacto social, como es el caso del concierto para delinquir (artículo 340 del C.P.), el hurto calificado y agravado (artículos 240 y 241 del C.P.), el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 del C.P.), la destinación ilícita de muebles o inmuebles con fines de narcotráfico (artículo 377 del C.P.) y las demás conductas punibles cuya pena impuesta sea superior a 6 años e igual o inferior a 8 años, se pone en vilo la “obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar severamente -con pena privativa de la libertad- ese tipo de conductas y del derecho de tales delitos a la verdad, a la justicia y a la reparación”.²⁴⁰

1. Según el Gobierno, el Estado está llamado a juzgar y sancionar severamente las conductas que causan un grave daño a la sociedad, como lo son las anteriormente aludidas. Esto último encuentra asidero en el artículo 2 superior, que consagra como fines esenciales la comunidad

política, entre otros, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Así las cosas, por respeto a la Constitución, el Gobierno estima que el beneficio penal del que trata el proyecto de ley sub examine solo resulta constitucionalmente admisible y legítimo si se aplica en los casos en que se ha cometido un delito “cuyo impacto a la colectividad y al Estado es mínimo e irrelevante.” De lo contrario, si en los casos referidos se sustituyen “las condenas a pena privativa de la libertad por una sanción simbólica [como lo es, a su juicio, el trabajo de utilidad pública] (...) [ello] genera un incentivo perverso para la comisión continuada de tales conductas, ante la circunstancia de no ser perseguidas adecuadamente por el Estado con la severidad que las mismas exigen.”²⁴¹

1. Por otro lado, el Gobierno señaló que la aplicación de esta medida sustitutiva de prisión se presta para que las organizaciones criminales instrumentalicen a quienes se ven beneficiados por la misma. Ante este escenario, lejos de lograr el objetivo propuesto, la medida logra fines indeseados, como promover los intereses de las organizaciones criminales foráneas y locales, “en contravía de los intereses de la colectividad y de las víctimas de tales conductas, poniendo en peligro la estabilidad social, política y económica del Estado colombiano.”²⁴²

1. En lo que respecta al segundo reparo, el Gobierno argumenta que el Estado colombiano ha contraído obligaciones con la comunidad internacional en materia de lucha contra el narcotráfico y la delincuencia organizada, que se verían afectadas por la implementación de la medida propuesta en el proyecto de ley en referencia. Así, el Gobierno trajo a colación la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, aprobada por el Congreso mediante la Ley 67 de 1993, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por el Congreso mediante la Ley 800 de 2003, y sostuvo que en términos generales el Estado colombiano se ha comprometido a hacer frente a los delitos asociados con el narcotráfico, a través de la imposición de penas que involucren la prisión u otras formas de privación de la libertad. De ahí que la medida propuesta por el Legislador sea contraria a tales compromisos internacionales.

1. El Viceprocurador General de la Nación se pronunció en términos similares a los expuestos por el Gobierno Nacional. Al respecto, hizo hincapié en que el servicio de utilidad pública frente a conductas graves asociadas al crimen organizado incentiva a que las estructuras delincuenciales instrumentalicen a las madres cabeza de familia en situación de vulnerabilidad económica. Además, resaltó que la medida es innecesaria si se tiene en cuenta que la legislación procesal penal contempla un mecanismo similar que asegura los mismos objetivos del servicio de utilidad pública propuesto, pero sin poner en riesgo importantes finalidades constitucionales, como lo son la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. En igual sentido se pronunciaron el Ministerio de Justicia y del Derecho y el ciudadano Harold Eduardo Sua Montaña. Mientras este último se limitó a reiterar lo expuesto por el Gobierno Nacional, el Ministerio añadió que es desproporcionado que se extienda la medida sustitutiva de prisión a delitos que lesionan gravemente a la sociedad, tales como el concierto para delinquir o en general los ilícitos cuya pena es superior a 6 años.

1. Es importante hacer notar que, en lo que refiere a esta objeción, la Corte encuentra que los argumentos expuestos se enmarcan en la naturaleza del control judicial que realiza la Corporación. En este caso la Sala advierte que el Ejecutivo identificó las disposiciones del proyecto de ley que a su juicio presentan problemas de orden constitucional y los preceptos de la Carta Política que entiende transgredidos. Si bien es verdad que el Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes cuestionó que el Gobierno no hizo un esfuerzo por demostrar que los Convenios aludidos en las objeciones integraban el bloque de constitucionalidad y, por esa senda, se erigían en parámetros de control constitucional, la Corte considera que la objeción en comento no parte de la base de que los tratados invocados sean en estricto sentido parámetros de control. Por el contrario, a juicio del Gobierno, los artículos constitucionales transgredidos son aquellos que aluden al reconocimiento de los principios del derecho internacional (artículo 9 de la C.P.) y al respeto de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano (artículos 226 y 227 de la C.P.). Con base en estas precisiones, la Corte procede con el análisis de fondo de la primera objeción.

Consideraciones de la Corte sobre la primera objeción

1. Luego de exponer a grandes rasgos la primera objeción por inconstitucionalidad planteada por el Gobierno, la Sala empieza por anunciar que la declarará infundada. A continuación se exponen las razones que sustentan este aserto.

1. Sobre la vulneración al artículo 2 de la Constitución Política. La Sala Plena no comparte la afirmación del Gobierno según la cual el servicio de utilidad pública como pena sustitutiva de prisión afecta la convivencia pacífica y la prevalencia de un orden justo. No lo hace, entre otras razones, porque estima que tales afirmaciones no son estrictamente fieles a la naturaleza, alcance y propósito de la medida planteada por el Congreso de la República. A partir de una lectura minuciosa del reproche objeto de valoración, la Sala encuentra que el Gobierno parte de la base de que el servicio de utilidad pública: (1) relaja las obligaciones del Estado a la hora de perseguir, juzgar y sancionar las conductas delictivas tipificadas en los artículos 340, 240, 241, 376, 377 y los delitos cuya pena es superior a los seis (6) años e inferior o igual a ocho (8) años; (2) constituye una sanción simbólica que tiene la virtualidad de incentivar la comisión de dichos punibles; y, (3) alimenta los intereses de las organizaciones criminales, las cuales pueden instrumentalizar a las beneficiarias de las medidas y a sus familias. No obstante, la Sala se aparta de estas afirmaciones por los siguientes motivos.

1. En primer lugar, la medida objeto de escrutinio debe ser analizada de cara a las dimensiones o fases de la política criminal. Tal como se esbozó en líneas precedentes, esta política tiene la característica de intervenir en varios frentes de un proceso complejo que tiene entre sus fines prioritarios la protección de los intereses del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio. Para tales menesteres, la política criminal se enfoca, al menos, en tres escenarios concurrentes pero práctica y analíticamente disímiles: (i) la definición del comportamiento delictivo (criminalización primaria); (ii) la persecución, investigación y judicialización de quienes son declarados responsables de la comisión del ilícito (criminalización secundaria); y, (iii) la ejecución y el cumplimiento de la sanción penal (criminalización terciaria).

1. Según pudo advertirse en la exposición de motivos y en el contenido del articulado, el proyecto de ley objetado se concentra específicamente en la fase de criminalización terciaria, es decir, en la manera como un específico grupo de mujeres condenadas por la comisión de determinados delitos –y que cumplen con particulares condiciones personales y familiares– deben purgar la pena impuesta por la autoridad judicial competente. Así, pues, el proyecto no altera la naturaleza delictiva de las conductas ni mucho menos dispone que el Estado debe dejar de perseguirlas, investigarlas y judicializarlas. Su objeto de intervención, por contraste, es la fase de ejecución y cumplimiento de la pena.

1. Desde luego, esta precisión altera los términos en los que la medida puede ser controvertida. Si su propósito es incidir en la ejecución y cumplimiento de la pena, no es procedente que se afirme que por su conducto el Estado dejará de perseguir y judicializar con rigor a quienes atentan contra la seguridad pública, el patrimonio económico y la salud pública. Al efecto, hay que poner de presente que el artículo 2 del proyecto de ley precisa que el alcance de la medida se circunscribe exclusivamente a la fase de ejecución de la pena. No se trata en este caso de que las conductas enunciadas en el proyecto dejen de ser reprochadas o que se deje de lado la protección de los bienes jurídicos tutelados por la ley penal.

1. Esto último queda totalmente claro en el concepto que, sobre este proyecto, emitió el Consejo Superior de Política Criminal.²⁴³ El citado Consejo afirmó que la medida propuesta por el legislador impulsa “la nueva tendencia de alternatividad penal”, propone “una medida diferente para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad” y busca “el respeto de los principios de mínima intervención y subsidiariedad del derecho penal”. Así mismo, el concepto enfatiza en que la iniciativa legislativa “contribuye con la resocialización como fin de la pena”, pues busca que “la condenada responda adecuadamente por la infracción penal mediante una opción punitiva no privativa de la libertad y, al mismo tiempo, puede trabajar, sintiéndose útil dentro de la sociedad. Esto propende por la inclusión de la condenada en la convivencia social, favoreciendo la rehabilitación y reintegración de esta”.²⁴⁴

1. En suma, la Sala no encuentra que el proyecto de ley afecte en estricto sentido la persecución del delito o que modere su reproche. Por el contrario, el Congreso propone una medida alternativa a la privación de la libertad, sin que ello suponga la despenalización de las conductas o la ausencia de sanción. En este punto es útil traer a colación lo expuesto por las docentes vinculadas al Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia, quienes aseguraron que el escrutinio de esta medida no puede partir de la base de que la justicia es enteramente equiparable a la privación de la libertad, ni mucho menos que la prestación del servicio de utilidad pública no es una “pena responsabilizante”. Por el contrario, en línea con estudios empíricos –algunos traídos a colación a lo largo de esta providencia– las investigadoras señalaron que estas medidas pueden resultar más efectivas desde la óptica de la resocialización y las garantías de no reincidencia.

1. Sobre estos aspectos, la Sala destaca que el Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes y la Comisión de Seguimiento aciertan en sus valoraciones. Por un lado, como queda claro en el artículo 5 del proyecto de ley, el servicio de utilidad pública es un servicio no remunerado que se debe prestar en favor de las instituciones públicas, organizaciones sin ánimo de lucro y no gubernamentales, que debe cumplir con un mínimo de 5 horas y un máximo de 20 horas semanales y cuya jornada no podrá superar las 8 horas diarias. Por otro lado, como se advierte en el artículo 8 del proyecto, en el momento en que se individualiza la pena es el juez de conocimiento el que, previa solicitud de la condenada o su defensor, está llamado a determinar y aprobar el lugar, horario y plan de cumplimiento del servicio de utilidad pública. Lo propio ocurre cuando la solicitud de sustitución de la pena no tiene una propuesta de plan de servicios. En estos casos el juez de conocimiento podrá conceder la medida, definir el número de horas que deberá cumplir la condenada y ordenarle que se presente ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para que sea este el que elabore el plan de servicios (lo cual, por lo demás, tendrá que llevarse a cabo en conjunto con la beneficiaria). Como se puede ver, el servicio de utilidad es una medida impuesta por una autoridad judicial que exige a la condenada destinar varias horas de la jornada semanal para la prestación de un servicio a la comunidad, de manera rigurosa y estricta. A esto debe

agregarse que por este servicio no se recibirá ningún tipo de contraprestación monetaria.

1. De otro lado, el artículo 10 del proyecto de ley señala que “las entidades que hayan facilitado la prestación del servicio informarán mensualmente al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, la actividad desarrollada por la condenada y las incidencias relevantes para juzgar el cumplimiento de la pena durante el desarrollo del plan de ejecución.” Al tiempo que el artículo 11 prescribe, entre otras cosas, que además de la prestación del servicio de utilidad pública, el juez de conocimiento o el de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá exigir a la condenada el cumplimiento de otros requisitos adicionales, tales como: no residir o acudir a determinados lugares; no salir del país sin previa autorización judicial; someterse voluntariamente a tratamientos médicos o psicológicos; colaborar activa y efectivamente en el tratamiento para la recuperación de las víctimas, entre otros. De esa suerte, es claro que esta medida no comporta las características de una sanción puramente simbólica, pues afecta la vida cotidiana de la beneficiaria, le impone tareas de obligatorio cumplimiento, la somete a la evaluación constante de las autoridades judiciales y le exige un compromiso irrestricto con el plan de servicios y con el proceso de resocialización.

1. Para terminar el primer apartado de análisis, merece la pena anotar que la Corte también estima que le asiste razón a la Comisión de Seguimiento de la Sentencia T-388 de 2013 en lo que atañe a la crítica a la noción de gravedad que defiende el Gobierno en sus objeciones. Al respecto, la citada Comisión relievó que la lesividad o gravedad de la conducta no solo debe analizarse en abstracto, sino a partir del grado de afectación al bien jurídico que la conducta, individualmente considerada, genera. Por esa vía, los intervinientes también señalaron que si se mira en su conjunto, no es cierto que el sistema penal estime que las conductas punibles que son penadas con más de 6 años de prisión, de suyo, no puedan ser merecedoras de un tratamiento penal sustitutivo, pues el estatuto penal en vigor dispone, por ejemplo, que “la pena de 8 años es el estándar para utilizar la prisión domiciliaria como subrogado penal.”

1. Las premisas anteriormente reseñadas son fundamentales a la hora de escrutar el reproche asociado a la proporcionalidad de la sanción de cara a la gravedad del delito cometido. Aunque en los apartados ulteriores se ahondará en razones adicionales, en este punto podría sostenerse dos cosas. Por un lado, que la comisión del delito no es el único criterio o requisito que se debe valorar para establecer si hay lugar a la concesión del beneficio. En estos casos también se debe acreditar, entre otros aspectos, que se trata de una mujer cabeza de familia, que cometió el delito por circunstancias de marginalidad que afecten la manutención del hogar y que cuenta con determinado perfil criminal (artículo 7.2 del proyecto de ley). Por otro lado, y como lo sostuvo la Comisión, es el propio sistema penal el que encuentra proporcional que las personas condenadas a una pena superior a los 6 años e igual o menor a 8 años puedan ser beneficiarios de medidas sustitutivas de la pena de prisión, tal como lo dispone el artículo 38B de la Ley 599 de 2000.²⁴⁵

1. En segundo lugar, la Corte no desconoce que las preocupaciones del Gobierno y del Ministerio Público son relevantes de cara a los efectos que, en la práctica, la aplicación de la medida puede suscitar. No hay duda de que la implementación de este instrumento de política criminal impacta la manera como socialmente se concibe la sanción y el castigo –mas no necesariamente el reproche– de determinadas conductas punibles, particularmente de las asociadas al narcotráfico. En todo caso, la Sala estima que –desde una dimensión estrictamente constitucional– esta preocupación se matiza en el momento en que se valora las finalidades subyacentes a la medida; las condiciones que el propio articulado exige para la concesión del beneficio; las autoridades judiciales llamadas a realizar tal escrutinio y el grupo poblacional que sería beneficiario del mismo.

1. A lo largo del proceso pudo verse que el servicio de utilidad pública como medida sustitutiva de la pena de prisión fue formulada con base en tres elementos concurrentes. El primero de ellos está relacionado con las condiciones de las mujeres en prisión. Para la Corte es claro que el articulado propuesto por el Congreso se soporta en investigaciones cualitativas y cuantitativas que revelan el perfil demográfico, socioeconómico y delictivo de quienes se encuentran internas en los establecimientos penitenciarios y carcelarios. Sobre

este punto hay que anotar que las referidas investigaciones dan cuenta de que casi la mitad de las mujeres privadas de la libertad lo están por delitos asociados al narcotráfico, y que de ese universo de internas una buena parte de ellas cometió el delito en condiciones de vulnerabilidad económica y marginación social. Adicionalmente, los datos revelan que en muchos casos las mujeres condenadas solo han cometido el ilícito una vez en su vida y, en su consumación, no mediaron circunstancias violentas (v. gr. porte ilegal de armas).

1. Lo segundo que hay que destacar es que el proyecto no solo se soporta en análisis empíricos, sino que, a partir de estos, focaliza el ámbito de aplicación de la medida a un grupo poblacional específico. Así, el articulado dispone una serie de condiciones que deben cumplirse para que la medida pueda ser aplicada:

a. Solo opera para mujeres cabeza de familia, condenadas por los delitos establecidos en los artículos 239, 240, 241, 375, 376 y 377 del Código Penal, o condenadas a otros delitos cuya pena impuesta sea igual o inferior a ocho (8) años de prisión (art. 2 y art. 7.1).

a. Se debe demostrar que la comisión del delito está asociada a condiciones de marginalidad que afecten la manutención del hogar (art. 2 y art. 7.6).

a. La medida prevista en el proyecto no se aplicará cuando haya condena en firme por otro delito doloso dentro de los (5) años anteriores a la comisión del nuevo ilícito o exista concurso con conductas punibles distintas a las señaladas con anterioridad (art. 2), salvo que se trate de delitos culposos, que tengan como pena principal la multa o que sea por los punibles anteriormente enunciados (art. 7.2).

a. Se debe demostrar que la beneficiaria es madre cabeza de familia. Lo cual significa, para

los efectos del proyecto de ley, “tener vínculos familiares, demostrando que la condenada ejerce la jefatura del hogar y tiene bajo su cargo afectiva, económica y socialmente de manera permanente hijos menores o personas en condición de discapacidad permanente” (art. 7.4).

a. La medida no podrá ser aplicada cuando la pena inferior a 8 años se refiera al tipo penal de violencia intrafamiliar consagrado en el artículo 229 del Código Penal o cuando se refiera al tipo penal consagrado en el artículo 188-D del Código Penal²⁴⁶ (art. 7.5 y 7 inc. 3).

1. Nótese que la propuesta está plenamente focalizada. Las condiciones anotadas buscan que las beneficiarias de la medida sustitutiva de la pena de prisión sean mujeres con un determinado perfil delictivo, que no representen un riesgo alto para la seguridad ciudadana y que tengan responsabilidades de cuidado, de suerte que el encarcelamiento recaiga sobre aquellas que cometan delitos que generen un mayor impacto para la sociedad. Esto último se refuerza si se tienen en cuenta los tipos penales y el límite máximo de condena exigido para la aplicación de la medida. En uno y otro caso el Legislador, en ejercicio de sus facultades constitucionales y a partir de su margen de configuración normativa en materia penal, partió de la base de que los delitos enunciados en la norma y el máximo de ocho (8) años de pena de prisión impuesta daban cuenta de la consumación de punibles que, aunque reprochables y por supuesto sancionables, no necesariamente comportaban un peligro para la seguridad ciudadana; esto si se tiene en cuenta que, por ejemplo, estos límites dejan por fuera de la concesión del beneficio a quienes hayan cometido (i) delitos violentos;²⁴⁷ (ii) delitos contra la vida; (iii) delitos contra la integridad y formación sexual; (iv) delitos contra la libertad individual; (v) algunos delitos contra la seguridad pública,²⁴⁸ entre otros.

1. La aplicación del beneficio no es entonces indiscriminada. Se basa en condiciones empíricas contrastables y contribuye a la formulación de una política criminal con enfoque de género, que ofrezca alternativas a la acción punitiva del Estado en contra de personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad y que se vieron obligadas a participar de las

economías ilegales. En este punto, la Corte, a diferencia del Gobierno, encuentra que no hay elementos de juicio que lleven a concluir que la iniciativa puede incentivar la instrumentalización de las mujeres y sus familias. Por el contrario, encuentra que el articulado es una respuesta de política criminal con enfoque de género a un fenómeno que sí ha sido empírica y estadísticamente demostrado, a saber, la efectiva instrumentalización de las mujeres por parte de las organizaciones criminales y la feminización de los delitos asociados al narcotráfico.

1. En su concepto, el Ministerio Público hizo énfasis en que el servicio de utilidad pública puede derivar en un riesgo para el entorno familiar, si se tiene en cuenta que las bandas criminales a menudo buscan individuos con específicas condiciones personales que puedan ser objeto de beneficios penales. De ahí que el legislador, por ejemplo, “haya penalizado la conducta denominada uso de menores de edad para la comisión de delitos mediante la Ley 1453 de 2011”. No obstante, la Sala advierte que el diseño normativo de la medida busca minimizar los riesgos ínsitos a la medida sustitutiva de la pena de prisión. A propósito del reparo del Viceprocurador, no hay que perder de vista que la medida no es aplicable en los casos en que la pena esté asociada a delitos relacionados con la violencia intrafamiliar o cuando el delito cometido sea justamente el invocado por el citado funcionario, esto es, el de “uso de menores de edad en la comisión de delitos” (artículo 188D del Código Penal).

1. Por otra parte, el uso fraudulento de las medidas sustitutivas de la pena de prisión no es un problema exclusivo del instrumento de política que hoy se analiza. De hecho, una de las medidas más relevantes en la materia, esto es, la prisión domiciliaria, a menudo es blanco de abusos por parte de quien se encuentra amparado por el beneficio.²⁴⁹ En todo caso, justamente por esa realidad, varios acápites del proyecto de ley se refieren a las condiciones para acceder al servicio de utilidad pública, los cuales deben ser verificados por la respectiva autoridad judicial a efectos de otorgar el beneficio (v. gr. asegurarse de que el servicio incluya labores para la formación educativa y/o profesional de condenado –art. 5, parágrafo, inc. 2–; entienda acreditados la condición de ser madre cabeza de familia y que la comisión del delito está asociada a condiciones de marginalidad –art. 7, numeral 4 y 6, entre otros).

Por lo tanto, aunque la Corte es consciente de las vicisitudes de los instrumentos de política criminal, lo cierto es que el articulado concede facultades precisas a las autoridades judiciales para que realicen una verificación acuciosa de los elementos reseñados y para que vigilen que el cumplimiento del servicio de utilidad pública sea coherente con sus finalidades.

1. En tercer lugar, la Sala advierte que la iniciativa guarda relación o conexión con las prioridades del Plan Nacional de Política Criminal y con los objetivos estratégicos definidos por la Fiscalía General de la Nación en la persecución del delito. Frente a lo primero, a lo largo del proceso, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia y la Presidenta del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de miembros del Consejo Superior de Política Criminal, señalaron que el proyecto se alinea con las prioridades referidas “al mayor uso de mecanismos alternativos a la privación de la libertad y a la superación del estado de cosas inconstitucional surgido con ocasión del hacinamiento carcelario”. Igualmente, sostuvieron que el proyecto apunta a humanizar el sistema penitenciario, fortalecer la resocialización, disminuir la reincidencia criminal y modernizar la acción estatal para combatir el crimen, tal como lo sugiere el citado Plan Nacional de Política Criminal.

1. Por su parte, a partir del perfil delictivo de las mujeres en beneficio de las cuales, en principio, fue concebido el instrumento de política criminal, es claro que el proyecto de ley pretende que en estos casos el Estado redirija sus esfuerzos punitivos hacia penas alternativas a la prisión. Esto es razonable si se tiene en cuenta que, como lo expuso la Fiscalía General de la Nación, aunque uno de los objetivos estratégicos de la entidad es “atacar las organizaciones y las economías criminales”, para el logro de tal propósito las estrategias deben estar dirigidas “a concentrar los esfuerzos investigativos en los objetivos de alto valor y en los fenómenos criminales que producen mayores rentas a las organizaciones criminales”. De ese modo, si las políticas de criminalización secundaria están enfocadas hacia tal cometido, es coherente que la política de criminalización terciaria transforme sus esfuerzos punitivos de cara a la ejecución de las penas cometidas por personas que, entre otras cosas, no son objetivos de alto valor, no desempeñan labores

importantes en tales organizaciones y, desde una perspectiva individual, tampoco contribuyen en gran medida a las rentas criminales de tales organizaciones.

1. Además, la Corte estima que la medida hoy cuestionada está en consonancia con el contenido del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, el cual, en lo que respecta al punto 4, relativo a la “solución al problema de las drogas ilícitas”, reconoce que “la producción y comercialización de drogas ilícitas y las economías criminales han tenido graves efectos sobre la población colombiana, tanto en el campo como en la ciudad, (...) y que las mujeres y jóvenes han sido afectados de forma particular por estas economías criminales.” Adicionalmente, dispone la necesidad de que, en aras del cumplimiento de lo acordado, se haga un “uso más efectivo de los recursos judiciales contra las organizaciones criminales vinculadas al narcotráfico y a partir de una visión integral de la solución definitiva al problema de los cultivos de uso ilícito, que tiene un origen multicausal, incluyendo causas de orden social.”²⁵⁰ Naturalmente, el articulado responde a la afectación diferenciada y a la necesidad de usar efectivamente el poder punitivo del Estado, pues estima que ello es indispensable para garantizar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, tal como lo prescribe el artículo 2 de la Constitución Política.

1. Por último, el Viceprocurador General de la Nación señaló que la medida no era necesaria, si se tiene en cuenta que en el ordenamiento jurídico nacional ya existe un mecanismo similar que comporta menos riesgos para la seguridad ciudadana, a saber, la prisión domiciliaria como sustituto de la pena privativa de la libertad en centro carcelario. Sobre el particular merece la pena señalar lo siguiente. De un lado, la exposición de motivos da cuenta de que el Legislador contempló esta circunstancia a la hora de configurar la medida. Al efecto, los congresistas ponentes determinaron que el servicio de utilidad pública estaba llamado a complementar el beneficio penal contemplado en la Ley 750 de 2002 para madres y padres cabeza de familia “cuyo desempeño personal, laboral, familiar o social (...) permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad permanente.”²⁵¹ La

medida, entonces, pretende ampliar las alternativas de prisión por medio de la prestación del servicio de utilidad pública en garantía de la resocialización y la justicia restaurativa.

1. De otro lado, la exposición de motivos pone de presente que la normativa vigente en materia de política criminal con enfoque de género ha resultado insuficiente. Pese a que la Ley 750 de 2002 concede la posibilidad de otorgar la prisión domiciliaria para madres y padres cabeza de familia, esta medida “ha sido obstaculizada en mayor parte por la ausencia de parámetros interpretativos (...) por lo cual los jueces de ejecución de penas se abstienen de concederlas.”²⁵² Así las cosas, el proyecto de ley busca establecer criterios más precisos para que las autoridades judiciales competentes concedan la medida sustitutiva de servicio de utilidad pública, al tiempo que pretende superar las limitaciones que las investigaciones empíricas han relevado sobre la materia, en particular los efectos negativos de la privación de la libertad en el lugar de domicilio.

1. En conclusión, la Corte no encuentra que los artículos 2, 4 y 7 del proyecto de ley en referencia contraríen el artículo 2 constitucional, habida cuenta de que, por lo expuesto, no hay razones para concluir que su implementación pone en riesgo la estabilidad social, política y económica del Estado colombiano.

1. Sobre la presunta transgresión de los artículos 9, 189, 226 y 227 de la Constitución. En punto a este segundo reparo, la Corte encuentra que de los Tratados traídos a colación por el Gobierno no se sigue la consecuencia normativa que el Ejecutivo enuncia, esto es, que los compromisos internacionales del Estado colombiano obligan a que los delitos asociados al narcotráfico sean castigados con penas privativas de la libertad.

1. Recuérdesse que el Gobierno trajo a colación dos Convenciones en particular. La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, aprobada mediante la Ley 67 de 1993, y la Convención de las Naciones Unidas

contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada mediante la Ley 800 de 2003.

1. En lo que respecta a la primera Convención, en la Sentencia C-176 de 1994 (que analizó su constitucionalidad y la de su ley aprobatoria) la Corte puso de presente que ella fue la culminación de un proceso relativo al control del “consumo y abuso” de sustancias sicotrópicas en el que la comunidad internacional, bajo la senda trazada por los Estados Unidos, se comprometió a prohibir “en forma absoluta la producción, el uso o tráfico de esas sustancias cuando éstos se efectúan con finalidades diferentes a las estrictamente médicas o científicas”.

1. Es verdad que, como lo establece el Gobierno, la Convención dispone en su artículo 3, numeral 4, literal a), que las Partes dispondrán que “por la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el parágrafo 1 del presente artículo [el cual alude, entre otras cosas, a la producción, fabricación, venta, tránsito o envío de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica] se apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de la libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso”.²⁵⁴ En todo caso, a partir del enunciado en cita, el Gobierno concluye que “la prisión u otras formas de privación de la libertad ante los delitos de narcotráfico es un compromiso adquirido por el Estado colombiano para hacer frente a este tipo de delito”, por lo que “se requiere excluir de los beneficios del proyecto de ley de la referencia la posibilidad de una forma de castigo distinta a la acordada por la comunidad internacional, a pesar de que se trata de personas cabeza de familia”.

1. La Corte no estima que de la Convención en comento se desprenda la consecuencia normativa expuesta por el Gobierno, así como tampoco que el articulado normativo objetado contraría dicha Convención o los demás compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano en la materia. Primero, como se expuso con antelación, el instrumento de

política criminal objeto de discusión no conlleva a que el Estado renuncie a la persecución, investigación y sanción de los delitos asociados al narcotráfico; la medida sustitutiva de la pena de prisión, valga decir, no descriminaliza ninguna de las conductas enunciadas en el artículo 3, numeral 1, de la Convención. Segundo, como también se puso de presente con antelación, el proyecto de ley objetado diseña una específica sanción –que no simbólica– para ser aplicada a un grupo particular de mujeres, de cara al cumplimiento de finalidades y principios constitucional e internacionalmente relevantes, como la resocialización, la intervención mínima y la proporcionalidad.

1. Tercero, tanto desde una interpretación sistemática del enunciado como desde una interpretación literal, la Corte no encuentra que la Convención prescriba que los delitos asociados al narcotráfico solo pueden ser sancionados con penas privativas de la libertad. Hay que hacer notar que la expresión “tales como”, insertada en el literal a) del numeral 4 del artículo 3, tiene por propósito enunciar algunas formas de castigo de los ilícitos, sin que de ello se derive una obligación perentoria para los Estados de, en todos los casos, penar los delitos asociados al narcotráfico con la privación de la libertad. Incluso, en el literal c) del numeral 4 ibídem, la Convención se expresa en los siguientes términos: “No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, en los casos apropiados de infracciones de carácter leve, las Partes podrán sustituir la declaración de culpabilidad o la condena por la aplicación de otras medidas tales como las de educación, rehabilitación o reinserción social (...)”.²⁵⁵

1. Ciertamente, en esta oportunidad el proyecto de ley no pretende afectar en modo alguno la condena, sino que prevé una medida sustitutiva a la de prisión, para aquellos eventos en los que, de cara al principio de proporcionalidad e intervención mínima, así resulte procedente. Por último, no está de más anotar que al valorar la constitucionalidad de la Convención, y al tenor de las reservas realizadas por el Estado colombiano a algunos de los artículos de la misma, la Corte hizo énfasis en que la aplicación de sus disposiciones debía respetar, entre otros, las garantías del debido proceso, los compromisos internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos y la independencia de la Rama Judicial del Poder Público.

1. Cuarto, los “Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988” señalan algunos elementos de suma relevancia en la interpretación de las disposiciones allí contenidas.²⁵⁶ Por un lado, se expone que “[l]a estructura del artículo 4 da prioridad a penas más rigurosas en el inciso a) y, a modo de excepción o calificación, permite en el inciso c) sanciones menos rigurosas en caso de ‘infracciones de carácter leve’”. Por otra parte, se señala que la frase “otras formas de privación de la libertad” da cuenta de que las medidas sancionatorias no necesariamente deben implicar la “privación de la libertad completa”, sino que también pueden involucrar “la detención domiciliaria, el “toque de queda”, que se puede complementar con otros medios de supervisión, como la vigilancia electrónica.” Así mismo, el documento deja en claro que la enumeración de las sanciones no son exclusivas ni necesariamente acumulativas, al tiempo que sugiere que la interpretación de estas normas debe ser concordante con lo consignado en las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad.”

1. Por otra parte, en lo que refiere a la segunda Convención invocada por el Gobierno, esto es, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, aprobada mediante la Ley 800 de 2003, es preciso señalar lo siguiente.

1. En la Sentencia C-962 de 2003, que revisó la constitucionalidad de la citada Convención y de su ley aprobatoria, la Corte sostuvo que ese instrumento es el corolario de una serie de esfuerzos liderados por la Organización de las Naciones Unidas para fortalecer la cooperación internacional en la lucha contra el crimen organizado transnacional. Uno de sus más preciados objetivos, precisó la Corte, es el de promover la cooperación entre Estados “con el fin de combatir y prevenir la actividad de la delincuencia transnacional, conocer el modus operandi de las organizaciones internacionales dedicadas a la ejecución de delitos transnacionales, con el fin de su desarticulación y juzgamiento de los responsables de dichos ilícitos”.²⁵⁷ De ahí que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 226 de la Constitución, su finalidad se ajusta al ordenamiento constitucional.

1. En línea con ello, en lo que respecta al contenido de la Convención, la Corte señaló que aun cuando el instrumento internacional persigue loables propósitos, sus normas deben entenderse de manera tal que no afecten las garantías constitucionales ni los derechos fundamentales. A este respecto, sostuvo que las reglas sobre decomiso e incautación de bienes, por ejemplo, deben respetar lo dispuesto en el artículo 29 superior. Del mismo modo, la Corte señaló que las normas en materia probatoria y de protección de testigos también deben ser respetuosas del debido proceso y de la presunción de inocencia.

1. Finalmente, la Sala estimó que las disposiciones establecidas tanto en la Convención como en su Protocolo “se encuentran subordinadas a las regulaciones del derecho interno y a la adopción en nuestro ordenamiento penal de los tipos y sanciones acordados en los instrumentos internacionales y, en todo caso, ninguna de las disposiciones contenidas en el Convenio objeto de control podrá afectar en nada el plexo de garantías a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política y en los Convenios y Tratados sobre Derechos Humanos suscritos y aprobados por Colombia que forman parte del bloque de constitucionalidad”.²⁵⁸

1. Dicho esto, se destaca que la referida Convención establece, entre otras cosas, que los Estados Parte deben penalizar los delitos enunciados en el párrafo 1 del artículo 5 y deben velar porque “su derecho interno comprenda todos los delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados” (Art. 5, numeral 3.). Sobre este punto, el literal b) del artículo 2 de la Convención señala que por “delito grave” se entenderá “la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave”. Por otra parte, el numeral 4 del artículo 11 dispone que “[c]ada Estado Parte velará por que sus tribunales u otras autoridades competentes tengan presente la naturaleza grave de los delitos comprendidos en la presente Convención al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de tales delitos”.

1. Uno de los reparos principales tanto del Gobierno como del Viceprocurador está relacionado con la gravedad de los delitos a los que podría ser extensivo el servicio de utilidad pública. A su juicio, esto podría suponer una afrenta a los compromisos internacionales adquiridos de buena fe por el Estado colombiano, entre estos los consagrados en la Convención antes aludida. No obstante, la Corte estima que la medida cuestionada no desconoce tales compromisos al menos por dos razones fundamentales. En primer lugar, el ordenamiento jurídico sigue penalizando aquellos delitos graves enunciados por la citada Convención; en otras palabras, el reproche hacia las conductas sigue incólume. En segundo lugar, la concesión de la medida sustitutiva de la pena de prisión, en línea con lo dispuesto en el artículo 4 de la Convención, requiere que la autoridad judicial competente escrute el cumplimiento de los requisitos indispensables de cara a su gravedad. Recuértese que estos criterios involucran análisis respecto del ejercicio de la violencia, la reincidencia, las características del delincuente y sus vínculos afectivos.

1. Huelga precisar que, como se expuso supra y lo sugirió la Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013, el proyecto de ley es concordante con las Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (que prevén sanciones como el trabajo comunitario) y con las Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, que disponen el deber de los Estados de ofrecer medidas alternativas a la prisión dirigidas en particular a mujeres que cuentan con un historial de victimización y vulnerabilidad.

1. A la par, como lo sostuvo el Semillero en Derecho Penitenciario de la Pontificia Universidad Javeriana a lo largo de este trámite, el proyecto tampoco desatiende las sugerencias de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) –principal organismo de Naciones Unidas encargado de la formulación de políticas del sistema de fiscalización de estupefacientes–, el cual ha alentado a los estados a promover “políticas, prácticas y directrices nacionales proporcionadas (...), de modo que la severidad de las penas sea proporcional a la gravedad de los delitos y que se tengan en cuenta factores tanto

atenuantes como agravantes.” Y, a la par, ha invitado a los Estados a “elaborar o adoptar medidas como la educación, el tratamiento, la rehabilitación o la reinserción social que sustituyan o complementen las condenas o sanciones por delitos relacionados con las drogas, en plena conformidad con lo dispuesto al respecto en el artículo 3 de la Convención de 1988.”²⁵⁹

1. Por cierto, el Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de medidas sustitutivas del encarcelamiento, preparado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y publicado en 2010, presenta algunas premisas que valdría la pena tener presente en esta ocasión. Por una parte, señala que no puede tenerse por obvio que la prisión es la forma natural del castigo. Investigaciones empíricas han dado cuenta de que el encarcelamiento “puede ser contraproducente si se pretende rehabilitar y reinsertar a los inculpados de delitos menores, así como para determinados grupos vulnerables de la población”.²⁶⁰ De igual manera, sostiene que el uso de medidas sustitutivas del encarcelamiento contribuye a reducir el hacinamiento en las prisiones, facilita su gestión y permite que los Estados puedan cumplir con sus obligaciones básicas de atención a los reclusos y protección de sus derechos humanos.²⁶¹

1. La UNODC especifica, además, que el encarcelamiento supone el gasto de cuantiosos recursos e impacta de forma desproporcionada a los grupos más pobres y vulnerables de la sociedad. Ante esta realidad, el Manual determina que “la mayoría de los objetivos del encarcelamiento puede lograrse por otros medios con mayor eficacia”.²⁶² Para esos efectos, invita a los Estados a explorar el establecimiento de medidas sustitutivas del encarcelamiento que, sin ser crueles, inhumanas o degradantes, sean asumidas por el delincuente como punitivas. A partir de las Reglas Tokio, resalta medidas como el arresto domiciliario, el régimen de prueba y vigilancia judicial y la imposición de servicios a la comunidad. Sobre esta última medida, especifica que se trata de un tipo de pena bajo la cual se debe “obligar al delincuente a trabajar sin remuneración un determinado número de horas o realizar una labor concreta”.²⁶³ Este tipo de servicios requieren de una vigilancia constante de las autoridades judiciales competentes, de suerte que la medida cumpla con la

finalidad propuesta y que, en su ejecución, la persona condenada no sea explotada ni obligada a trabajar más de lo exigido.

1. Por otra parte, el documento señala que “[l]os delincuentes encarcelados por delitos relacionados con drogas son una parte importante de la población carcelaria en muchos países”. Con el agregado de que buena parte de ellos “no son personajes importantes en el mercado de las drogas”, por lo que es oportuno que existan alternativas al encarcelamiento pensadas para estas personas.²⁶⁴ A la par, la UNODC recomienda no perder de vista que aun cuando las mujeres son una minoría de los reclusos en todos los sistemas carcelarios, “en muchos países el número de mujeres encarceladas crece rápidamente”.²⁶⁵

1. A este respecto, el Manual sostiene que en términos generales “el comportamiento delictivo de las mujeres difiere del de los hombres”, lo cual se ve reflejado en el hecho de que “un elevado porcentaje de las mujeres detenidas lo son por delitos no violentos”. Así las cosas, a juicio de la UNODC, las autoridades deben tener en cuenta el perfil delictivo, las circunstancias en las que se cometen los ilícitos y las responsabilidades de cuidado que muchas de ellas tienen al momento de ser encarceladas.²⁶⁶ Por otra parte, el documento pone de manifiesto que “[l]os tribunales han de tener en cuenta la posición de las mujeres en la sociedad cuando consideren alternativas al encarcelamiento”.²⁶⁷ Para esos efectos advierte que “[q]uizá resulte necesario modificar los requisitos establecidos para dictar una sentencia a cumplir en la comunidad cuando se trate de mujeres, con el fin de satisfacer sus necesidades y permitirles seguir atendiendo a sus responsabilidades en el cuidado de sus hijos”.²⁶⁸

1. Por lo expuesto, la Corte no encuentra que la aplicación del servicio de utilidad pública como pena sustitutiva de prisión afecte en estricto sentido los compromisos internacionales que se derivan de los tratados invocados y, por esa vía, tampoco encuentra que el proyecto desatienda los mandatos que, en esta materia, se derivan de los artículos 9, 189, 226 y 227 de la Constitución Política. Así, la Sala considera que le asiste razón al Congreso al momento

de insistir en el articulado, pues en definitiva (a) la norma objetada no altera los tipos penales ni legaliza las conductas delictivas que las convenciones aludidas exigen tipificar, perseguir, judicializar y sancionar; (b) los tratados no resultan ser tan inflexibles como lo sostiene el Gobierno, entre otras cosas porque avalan la concesión de subrogados penales siempre y cuando las autoridades judiciales competentes tengan en cuenta la naturaleza y gravedad del ilícito cometido; y, (c) como lo sostuvo la Corte en el escrutinio de su contenido, las Convenciones deben ser interpretadas a la luz de los derechos y las garantías reconocidas en la Constitución y en los demás tratados de Derechos Humanos, así como a partir de las recomendaciones que, al respecto, han sido elevadas por los organismos internacionales. En su conjunto, como se expuso a lo largo de esta providencia, estos instrumentos y recomendaciones enfatizan en el fin resocializador de la pena y en la imperiosa protección de los derechos de las personas privadas de la libertad, particularmente de las mujeres.

1. En conclusión, con fundamento en los fundamentos jurídicos precedentes, en la parte resolutive de esta providencia la Sala Plena de la Corte Constitucional declarará infundada la primera objeción por inconstitucionalidad parcial presentada por el Gobierno Nacional en contra el proyecto de ley en referencia.

H. Análisis de la segunda objeción: ¿el proyecto de ley incurre en una omisión legislativa relativa por excluir de su ámbito de aplicación a los hombres padres cabeza de familia?

Síntesis de la segunda objeción formulada por el Gobierno

1. La segunda razón por la que el Gobierno objetó parcialmente por razones de inconstitucionalidad el Proyecto de Ley 093 de 2019 – Senado y 498 de 2020 – Cámara es porque, a su juicio, en la configuración del proyecto, el Congreso incurrió en una omisión legislativa relativa al reducir el ámbito de aplicación de la medida sustitutiva de la pena de prisión a las madres cabeza de familia y, por esa vía, excluir a los hombres con las mismas características familiares. Según el Gobierno, aunque el Congreso puede conceder ciertos beneficios a las mujeres cabeza de familia, sin que ello implique una violación al principio de igualdad, dicho trato diferenciado “debe respetar los derechos fundamentales de los

menores de edad que se encuentran bajo el cuidado de sus padres”.²⁶⁹

1. En sustento de su postura, el Presidente de la República señaló que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte²⁷⁰ “una diferenciación que implique desconocer los derechos de los menores de edad que se encuentren en la misma situación fáctica que los hijos de una mujer cabeza de familia, solo porque la persona a su cuidado es un hombre, constituye una violación a sus derechos fundamentales a la asistencia y cuidado en igualdad de condiciones con los demás menores que se encuentran en la misma situación de hecho (...)”.²⁷¹ De ese modo, pese a que las distinciones entre hombres y mujeres son procedentes, ello no puede dejar de lado lo prescrito por el artículo 44 superior ni mucho menos desamparar a los niños y niñas y personas en condición de discapacidad que dependen de un padre cabeza de familia. Adicionalmente, el Gobierno destacó que con base en la Encuesta Nacional de Demografía y Salud (ENDS) el 2015, a partir de la mayor vinculación de las mujeres al mercado laboral y el cambio en las relaciones familiares, cada vez son más los hombres que se encargan de las personas en condición de discapacidad y del trabajo del cuidado en general.

1. Por lo anterior, el Gobierno manifestó que las expresiones “mujeres” y “madres” contenidas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 14, 16, 17 y 19 del proyecto de ley resultan contrarias a la Carta Política, al omitir a los hombres que se encuentran en la misma situación fáctica. Dicha omisión, sostuvo el Gobierno, vulnera los derechos fundamentales de los menores de edad y de las personas al cuidado de un padre cabeza de familia.

1. El Viceprocurador General de la Nación resaltó, al igual que el Gobierno, que el proyecto desconoce el estándar de protección constitucional de los niños, niñas y adolescentes que, para estos efectos, fijó la Sentencia C-184 de 2003. Por tal virtud, solicitó a la Corte que declarara fundada la objeción presentada por el Ejecutivo. Esta postura fue igualmente secundada por el Ministerio de Justicia y del Derecho y por el ciudadano Harold Eduardo Sua Montaña.

1. Con base en la síntesis reseñada, la Sala se pronunciará sobre la segunda objeción formulada por el Presidente de la República.

Consideraciones de la Corte sobre la segunda objeción

1. Tal como se expuso en los acápites anteriores, el análisis de la objeción gubernamental por la existencia de una omisión legislativa relativa debe estar precedido de una valoración sobre el cumplimiento de una carga argumentativa mínima en cabeza del Ejecutivo. En estos eventos, en garantía del principio de separación de funciones entre los distintos órganos del poder público y del principio democrático, el Gobierno está en la obligación de cumplir con las exigencias que, al efecto, ha decantado la jurisprudencia constitucional.

1. En varias oportunidades la Corte ha resaltado la importancia de que las objeciones gubernamentales estén debidamente argumentadas a efectos de activar el control judicial propio de esta Corporación. En la Sentencia C-110 de 2019, la Corte hizo hincapié en que las objeciones gubernamentales, al igual que sucede en el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, deben cumplir con requisitos argumentativos mínimos, pues de lo contrario la Corporación tendría que inhibirse de analizar de fondo el reproche elevado. Y, aunque es claro que entre la acción pública de inconstitucionalidad y la potestad del gobierno de objetar por inconstitucional –parcial o totalmente– un proyecto de ley no existe plena identidad, las exigencias argumentativas propias del primer escenario aludido pueden ser utilizadas “para dar cuenta de la imposibilidad de adoptar una decisión de fondo en el marco del control de constitucionalidad de las objeciones”.²⁷²

1. No hay duda de que esta atribución de estirpe constitucional en cabeza del Presidente de la República no está sujeta al cumplimiento de requisitos especiales. Con todo, en el ejercicio de dicha facultad, el Gobierno debe satisfacer unos mínimos argumentativos que le permitan a la Corte activar el control de constitucionalidad a su cargo. Así, aunque esta exigencia no puede comportar una restricción indebida a las facultades que la Constitución le atribuye al

Presidente de la República para objetar total o parcialmente un proyecto de ley por razones o motivos de inconstitucionalidad, en todo caso, el Presidente sí está llamado a formular tales objeciones en forma tal que permitan activar la competencia de la Corte Constitucional prevista en el artículo 241.8 de la Carta Política.²⁷³

1. Como se expuso en el acápite relativo a la doctrina constitucional sobre las omisiones legislativas relativas, la formulación de este tipo de reproches lleva aparejado la satisfacción de una metodología argumentativa que debe ser acreditada para el análisis constitucional respectivo. En vista de que tales cuestionamientos pueden entrar en tensión con el principio democrático y con el principio de separación de funciones de los distintos órganos que integran el poder público, la Corte exige que su proposición esté sustentada, a lo sumo, en razones tendientes a demostrar: “(a) la existencia de una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo y que (i) excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos equivalentes o asimilables o (ii) que no incluya determinado elemento o ingrediente normativo; (b) que exista un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al legislador que resulta omitido, por los casos excluidos o por la no inclusión del elemento o ingrediente normativo del que carece la norma; (c) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (d) que en los casos de exclusión, la falta de justificación y objetividad genere una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma.”²⁷⁴

1. Es lógico que cuando este tipo de reproche es formulado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 165 de la Constitución Política, las exigencias anotadas cobran una mayor relevancia, pues se trata de un cuestionamiento directo al ejercicio de las competencias legislativas que impide que un proyecto aprobado por ambas Cámaras durante un proceso legislativo se convierta en ley de la República conforme a lo previsto en el artículo 157 de la Constitución y tenga que ser devuelto entonces a la Cámara en que tuvo origen. Así, entonces, cuando el Presidente de la República cuestiona la actividad legislativa del Congreso y formula una objeción por inconstitucionalidad respecto de un proyecto de ley, sea total o parcial, por vicios de procedimiento o por defectos

materiales, con el fin de garantizar tanto el principio de separación de funciones como el principio del equilibrio del poder público, es necesario que explique y sustente con rigor tales objeciones. Si a todo ciudadano se le exige cumplir con una carga argumentativa cuando ejercita ante esta Corporación la acción pública de inconstitucionalidad respecto de una ley o un decreto ley en los términos de los numerales 4 y 5 del artículo 241 de la Constitución, de esta obligación no está exceptuado el Presidente de la República cuando formula una objeción de inconstitucionalidad respecto de un proyecto de ley que, de ser rechazada o improbadada por el Congreso, que insiste en la constitucionalidad del respectivo proyecto de ley, activa el control de constitucionalidad previsto en los artículos 167 y 241-8. En caso contrario, la Corte Constitucional no tendrá otro camino que el de inhibirse de estudiar la respectiva objeción.

1. De conformidad con lo anterior, la Corte debe advertir de entrada que en esta oportunidad tendrá que inhibirse de estudiar la segunda objeción por inconstitucionalidad parcial, relacionada con la presunta configuración de una omisión legislativa relativa, tan solo en lo que respecta a las expresiones “mujeres” y “madre” contenidas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, y 19 del Proyecto de Ley No. 093 de 2019 y 498 de 2020 Cámara, por ineptitud de la objeción. Las razones que fundamentan tal decisión son las siguientes:

1. En primer lugar, como se ha dicho, al momento de formular una objeción por omisión legislativa relativa, quien cuestiona la labor del legislador, en este caso el Presidente de la República, está llamado a demostrar cuál fue el deber impuesto por el Constituyente que resultó omitido. Así, como se expuso supra, este elemento es indispensable para que el escrutinio de la labor del Congreso de la República tenga un parámetro de valoración objetivo dado por la propia Carta Política. En el caso sub judice, la Sala no encuentra que el Presidente de la República haya demostrado con precisión y claridad cuál fue el deber o la obligación de rango constitucional desatendida por el Congreso. Aun cuando el Presidente de la República invocó los artículos 13 y 44 de la Constitución Política y trajo a colación algunas de las consideraciones más relevantes de la Sentencia C-184 de 2003,275 no expuso con claridad qué deberes se desprendían de tales disposiciones, y cuáles y de qué manera en

particular fueron omitidos por el Congreso de la República.

1. En segundo lugar, tampoco la Corte encuentra que el Presidente de la República haya seguido la metodología que para estos efectos ha decantado la jurisprudencia constitucional. El Presidente se limitó en buena parte de su objeción a citar in extenso las consideraciones previstas en la Sentencia C-184 de 2003, pero no realizó consideraciones propias sobre la especificidad del proyecto, sobre su sustento empírico y sobre sus propósitos y alcances prácticos. En este punto, no sobra reiterar que el objetivo del proyecto consiste en “adoptar acciones afirmativas para las mujeres cabeza de familia en materia de política criminal y penitenciaria” (artículo 1), para cuyos efectos, señaló que “las mujeres cabeza de familia condenadas por los delitos establecidos en los artículos 239, 240, 241, 375, 376 y 377 del Código Penal, o condenadas a otros delitos cuya pena impuesta sea igual o inferior a ocho (8) años de prisión”, en los que se demuestre que la comisión del ilícito responde a condiciones de marginalidad que afectan la manutención del hogar, y siempre y cuando se cumplan las condiciones definidas en la ley, “podrán obtener como medida sustitutiva de la pena de prisión, de oficio o a petición de parte, el servicio de utilidad pública” (artículo 2).

1. Sobre la base del tal objetivo y alcance descritos, el proyecto contempla un conjunto de modificaciones al Código Penal y de medidas legislativas que, entre otras cosas, buscan: (i) establecer penas sustitutivas de la de prisión en el caso de mujeres cabeza de familia (artículo 3); (ii) consagrar la prestación del servicio de utilidad pública como pena sustitutiva de la prisión para mujeres cabeza de familia (artículos 4 y 5); (iii) diseñar una política pública de empleabilidad, formación y capacitación para el emprendimiento, que redunde en una ruta de empleo, emprendimiento y educación al interior de los establecimientos carcelarios para las mujeres cabeza de familia (artículo 6); (iv) definir el cause procesal idóneo para que las mujeres que cumplan con los requisitos previstos en el estatuto normativo puedan acceder a los beneficios penales dispuestos en la ley (artículo 7, 8 y 9); y, (v) establecer los requisitos y condiciones para obtener la sustitución de la pena de prisión, las faltas en la prestación del servicio de utilidad pública y las consecuencias del cumplimiento de la ejecución del plan de servicios (de utilidad pública) fijado por el juez competente (artículos

10, 11, 12, 13).

1. Además, el proyecto busca (vi) implementar una política de atención integral para la promoción, prevención y seguimiento en materia de salud mental, cuidado psicológico y acompañamiento psicosocial al interior de los establecimientos carcelarios del país (artículo 15); (vii) promover medidas de prevención de los delitos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones que trata el Capítulo II del Título XIII del Código Penal, para las mujeres cabeza de familia, al interior de los establecimientos educativos y lugares de trabajo (artículo 16); (viii) complementar las causales en las que es procedente la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la del lugar de residencia (artículo 17); y, (ix) exceptuar a las mujeres cabeza de familia, que cumplan con los requisitos establecidos en la ley, de la exclusión de los beneficios y subrogados penales (artículo 19).

1. En tal virtud, las medidas contenidas en el proyecto de ley objetado responden ante todo al perfil delictivo y a las condiciones penitenciarias de las mujeres que cometen delitos asociados al narcotráfico, lo que involucra los impactos socioeconómicos y familiares de la prisión y hace de las medidas un instrumento de política criminal. Naturalmente esto contrasta con el contexto, el alcance y los objetivos de la medida sustitutiva a la pena de prisión contemplada en la Ley 750 de 2002. Aunque el parangón no es del todo improcedente, el Presidente de la República no realizó un esfuerzo mayor por sustentar por qué, aún en las condiciones reseñadas, la Corte debía extrapolar los análisis efectuados en tal ocasión a este caso concreto.

1. Por otra parte, en lo atinente a las exigencias argumentativas propiamente dichas, la Sala encuentra deficiencias en dos aspectos cruciales. Uno de ellos es el que atañe al criterio de comparación. En este aspecto la Sala advierte que el Presidente de la República no fue claro al momento de exponer (i) por qué los hombres y mujeres cabeza de familia son sujetos comparables, si se tiene en cuenta que el proyecto de ley se sustenta en distinciones empíricas sobre la experiencia de las mujeres en la prisión y el específico efecto que ello

comporta en sus familias; y, (ii) por qué la creación de la acción afirmativa supone un desconocimiento de los derechos de los niños y niñas y de las personas en condición de discapacidad al cuidado de un hombre cabeza de hogar, cuando la medida de política criminal fue concebida para hacer frente a una realidad que viven específicamente las mujeres en prisión y sus familias.

1. Otra de las deficiencias que la Sala pudo advertir se refiere a la exigencia de demostrar la inexistencia de un principio de razón suficiente y de una justificación constitucionalmente admisible a la hora de excluir el ingrediente normativo que se echa de menos. Al respecto, la Sala encuentra que el Presidente de la República dejó de lado que a lo largo del trámite legislativo las y los congresistas impulsores de la propuesta defendieron la relevancia de que el ámbito de aplicación de la medida se concentrara en un específico grupo de mujeres con perfiles delictivos, socioeconómicos y familiares determinados. Aunque el Presidente de la República reprocha el hecho de que la ampliación de la protección a los menores de edad cuyos cuidadores se encuentran en prisión no hubiese sido valorada ni discutida por el Congreso, deja de lado que tanto en la exposición de motivos como en el debate del proyecto en general sí se ventilaron razones empíricas y normativas que, a juicio de la Sala, tenían por propósito sustentar la exclusión de los hombres cabeza de familia. Quizás la más importante es la llamada “feminización” de los delitos asociados a las drogas y las consecuencias diferenciadas que la prisión tiene en la vida de las mujeres. Por esa senda, no se advierte ningún esfuerzo del Presidente de la República por encarar uno de los elementos medulares del proyecto: el interés del Congreso por diseñar acciones afirmativas que contribuyan a la consolidación de una política criminal con enfoque de género.

1. Por último, dado que el Presidente no profundizó ni encaró la manera como la exclusión del ingrediente normativo pudo haber sido justificado por el Congreso, ello resta solidez a la afirmación según la cual los hombres y las mujeres cabeza de familia son comparables y merecedores de la aplicación de una misma acción afirmativa, así como también a la necesidad y proporcionalidad de este trato igualitario desde la perspectiva del fin último del proyecto, que es, se insiste, diseñar un mecanismo de política criminal con enfoque de

género. De ese modo, aunque la ausencia de este análisis no desdice de la plausibilidad del reproche del Presidente de la República, sí impide hacer efectivo el control de constitucionalidad de rigor.

1. Ahora bien, pese a que la segunda objeción cuenta con las deficiencias argumentativas anotadas, es importante realizar una precisión en lo relativo a los artículos del proyecto que fueron cuestionados con base en el reproche reseñado. En su escrito de objeciones, el Presidente de la República señaló que la omisión legislativa relativa (por la exclusión de los hombres cabeza de familia) se predicaba de las expresiones “mujeres” y “madre” contenidas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 14, 16, 17 y 19 del proyecto de ley sub examine. Sin embargo, luego de analizar cada una de estas disposiciones, la Corte estima que la omisión alegada no podría predicarse de la expresión “mujeres” contenida en el inciso segundo del párrafo del artículo 5,276 en el artículo 6,277 en el artículo 14,278 en el artículo 16279 y en el artículo 17280 del proyecto de ley objetados.

1. En estas disposiciones, a diferencia de su uso en los otros preceptos objetados, la expresión “mujeres” no podría comportar una exclusión injustificada por dos razones. La primera de ellas es que en estos casos el proyecto no alude al ámbito de aplicación de la medida sustitutiva de la pena de prisión. La segunda es que en los artículos referidos el Congreso de la República se propuso implementar medidas en pos de los derechos de las mujeres, las cuales, según lo expuesto a lo largo de esta Sentencia, son constitucionalmente admisibles si se tiene en cuenta las necesidades particulares que ellas experimentan en la prisión.

1. Como quedó claro a lo largo de esta providencia, la ejecución y formulación de los instrumentos de la política criminal deben tener en cuenta la condición personal de quien es condenado y preocuparse por sus actividades resocializadoras. Del mismo modo, a la hora de formular las medidas de política criminal, el Congreso debe ser sensible a las circunstancias de las mujeres privadas de la libertad. Al respecto, la política penitenciaria y carcelaria,

además de aplicar el enfoque de género, debe remover las barreras y obstáculos que enfrentan las mujeres para gozar efectivamente de sus derechos fundamentales.

1. Con sujeción a lo anterior, la Corte estima que el inciso segundo del párrafo del artículo 5, el artículo 6, el artículo 14 y el artículo 16 del proyecto de ley aluden a medidas específicamente encaminadas a la protección de los derechos de las mujeres en prisión y a garantizar su efectiva resocialización con fundamento en sus particulares condiciones y necesidades. Así, el proyecto resalta, entre otras cosas, que el servicio de utilidad pública no debe reproducir estereotipos y roles de género (art. 5, par. 1); que debe existir una política de empleabilidad pensada en las mujeres y su resocialización (art. 6), esto último si se tiene en cuenta que según las investigaciones socio-jurídicas las habilidades que adquieren en prisión tienen poca relevancia para el mercado laboral; y, que las mujeres pueden participar en planes, programas y proyectos de voluntariado que adelanten entidades sin ánimo de lucro en estos, y que desarrollen actividades de interés general (art. 14), lo cual contribuye ciertamente a su resocialización.

1. Así mismo, el proyecto dispone que el Gobierno promoverá medidas de prevención de los delitos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones enfocadas específicamente en las mujeres, y gestionará la articulación para que las mujeres objeto del beneficio en este proyecto puedan efectivamente ser resocializadas y encontrar alternativas diferentes al delito (art. 16). Naturalmente, estas medidas de prevención encuentran un sustrato empírico insoslayable, esto es, que del universo de mujeres condenadas, la mayoría lo ha sido por la comisión de delitos asociados al narcotráfico.

1. Finalmente, el artículo 17 del proyecto de ley sub examine enfatiza en que la detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de residencia en los siguientes eventos: “(...) Cuando la procesada fuere mujer cabeza de familia de hijo menos de edad o sufre incapacidad permanente; o tenga a un adulto mayor o una persona que no puede valerse por sí misma bajo su cuidado. La persona que haga sus veces podrá

acceder a la misma medida. En estos eventos, el juez atenderá especialmente a las necesidades de protección de la unidad familiar y a la garantía de los derechos de las personas que se encuentran bajo su dependencia”. (Énfasis añadido).

1. Nótese que en este caso la medida contemplada en el artículo 17, por expresa disposición del Legislador, puede ser extendida a la persona que desempeñe el cuidado de su prole o de una persona en condición de discapacidad. Ciertamente esto lleva a concluir que el reproche del gobierno no tiene fundamento, pues la propia norma contempla la aplicación de la medida a toda persona que se encuentre en el supuesto allí determinado, incluido, claro está, el hombre cabeza de familia.

1. De ese modo, como quiera la Corte no encuentra que de las expresiones contenidas en los preceptos reseñados se puedan predicar los cuestionamientos elevados por el Presidente de la República, en la parte resolutive de esta providencia la Sala Plena tendrá que proceder de la siguiente manera:

1. Declarará parcialmente infundada la segunda objeción por inconstitucionalidad parcial formulada en lo que atañe a la expresión “mujeres” contenida en el parágrafo del artículo 5, el artículo 6, el artículo 14, el artículo 16 y el artículo 17 del proyecto de ley sub examine y, en consecuencia, declarará la constitucionalidad del proyecto de ley No. 093 de 2019 Senado y 498 de 2020 Cámara en punto a este reproche.

1. Por las razones expuestas en la presente providencia, se inhibirá de estudiar la segunda objeción por inconstitucionalidad parcial relativa a la configuración de una omisión legislativa relativa, tan solo en lo que respecta a las expresiones “mujeres” y “madre” contenidas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 19 del Proyecto de Ley No. 093 de 2019 – Senado y 498 de 2020 – Cámara, por ineptitud de la objeción.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- Por las razones expuestas en la presente providencia, declarar INFUNDADA la primera objeción por inconstitucionalidad parcial formulada por el Gobierno Nacional en contra de los artículos 2, 4 y 7 del Proyecto de Ley No. 093 de 2019 Senado y 498 de 2020 Cámara. En consecuencia, declarar la CONSTITUCIONALIDAD del proyecto de ley en lo que concierne a dicha objeción.

SEGUNDO.- Por las razones expuestas en la presente providencia, declarar PARCIALMENTE INFUNDADA la segunda objeción por inconstitucionalidad parcial formulada por el Gobierno Nacional en lo que atañe a la expresión “mujeres” contenida en el parágrafo del artículo 5, el artículo 6, el artículo 14, el artículo 16 y el artículo 17 del proyecto de ley sub examine. En consecuencia, declarar la CONSTITUCIONALIDAD del Proyecto de Ley No. 093 de 2019 - Senado y 498 de 2020 - Cámara en lo que se refiere a esta objeción.

TERCERO.- Por las razones expuestas en la presente providencia, INHIBIRSE de estudiar la segunda objeción por inconstitucionalidad parcial relativa a la configuración de una omisión legislativa relativa, tan solo en lo que respecta a las expresiones “mujeres” y “madre” contenidas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 19 del Proyecto de Ley No. 093 de 2019 - Senado y 498 de 2020 - Cámara, por ineptitud de la objeción.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Presidenta

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

HERNÁN CORREA CARDOZO

Magistrado (E)

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 En sustento de las medidas propuestas en el proyecto, con fundamento en la obra de Michel Foucault, partieron de la premisa de que “el proyecto reformador de las prisiones ha demostrado ampliamente su fracaso”, pues lejos de lograr la resocialización del delincuente y la supresión de las infracciones, ha obtenido justamente lo contrario, convertir al infractor en delincuente. Expediente digital OG-165, p. 18.

2 Ibid., p. 19.

3 Ibid.

4 La investigación se encuentra disponible en el repositorio de la Pontificia Universidad Javeriana:

<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/41010/9789587812862.pdf?sequence=6&isAllowed=y>

5 Ibid., p. 20.

6 Ibid.

7 Ibid.

8 Artículo 10 de la Ley 65 de 1993.

9 Ibid., p. 28.

10 Ibid.

12 Ibid., p. 34.

13 Ibid., p. 35.

14 Ibid., p. 36.

15 Ibid., p. 38.

16 Ibid., p. 39.

17 Ibid., pp. 40-41.

18 Ibid., p. 41. Frente a este punto, la exposición de motivos encuentra un nexo inescindible entre la tasa de condenas y la tasa de crecimiento de la población carcelaria femenina. Según se evidencia en la investigación Mujeres, Políticas de Drogas y Encarcelamiento. Una Guía para la Reforma de Políticas en Colombia: “La tasa de crecimiento de la población femenina en cárceles ha sido mucho más alta que la masculina, y la de mujeres internas por delitos de drogas ha sido todavía más alta en relación con la población femenina en general. Mientras dicha población creció en las cárceles en un 268% entre 2000 y 2015 (superior al crecimiento de la población masculina de 240%), para el caso de las mujeres privadas de la libertad por delitos de drogas este incremento fue por lo menos del 314%. Esto ha llevado a que actualmente al menos el 45% de las mujeres internas se encuentre en la cárcel por

delitos de drogas.” La referencia bibliográfica contenida en la exposición de motivos es la siguiente: “Dejusticia, WOLA. “Mujeres, Políticas de Drogas y Encarcelamiento. Una Guía para la Reforma de Políticas en Colombia”. El documento puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_834.pdf.

19 Ibid., p. 44.

20 Ibid., p. 48.

21 Ibid., p. 54.

22 Ibid., p. 54-55.

23 Ibid., p. 723.

24 Ibid., p. 724.

25 Al efecto, se menciona la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, aprobada por el Congreso mediante la Ley 67 de 1993, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por el Congreso mediante la Ley 800 de 2003.

26 Ibid., p. 728.

27 Ibid., pp. 729-730.

28 Ibid., p. 730.

29 Ibid.

30 Ibid., p. 732.

31 Ibid., p. 733.

32 Integrada por la Representante a la Cámara Juanita María Goebertus Estrada y el Senador Rodrigo Lara Restrepo.

33 Ibid., p. 741.

34 Ibid.

35 Ibid., p. 744.

37 Ibid., p. 749.

38 Ibid., p. 757.

39 Ibid., p. 758.

40 Ibid., p. 760.

41 Ibid., p. 735.

42 Ibid., p. 762.

43 Ibid., p. 793.

44 Ibid., p. 791.

45 “Artículo 17. El Viceprocurador General tiene las siguientes funciones: (...) 3. Reemplazar al Procurador General en todos los casos de impedimento.”

46 Expediente digital. Oficio MJD-OFI22-0000533-DPC-3200 remitido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, p. 8.

47 Ibid., pp. 9-10.

48 Ibid., p. 11.

49 Ibid., pp. 18-19.

50 Ibid., p. 15.

51 Ibid., pp. 15-16.

52 Ibid., pp. 16-17.

53 Ibid., p. 12.

54 Ibid., p. 14.

55 Expediente digital. Oficio No. DAJ-10400-14/01/2022 remitido por la Fiscalía General de la Nación, pp. 4-5.

56 Ibid., p. 6.

57 La profesora Astrid Liliana Sánchez Mejía ha sido profesora asociada de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Directora del Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas de esa misma Universidad y actualmente se desempeña como Vicerrectora de Investigación de la misma.

58 La investigación “Mujeres y prisión en Colombia, desafíos para una política criminal desde un enfoque de género”, publicada en el 2018, contó con la participación de las investigadoras Astrid Liliana Sánchez Mejía y Juliana Morad Acero, y los investigadores Leonardo Rodríguez Cely y Gustavo Fondevila. Adicionalmente, contó con el apoyo institucional de las Facultades de Ciencias Jurídicas y de Psicología de la Pontificia Universidad Javeriana, del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR, Colombia) y del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) de México. (El documento puede ser consultado en la web, ver: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/41010/9789587812862.pdf?sequence=6&isAllowed=y>). De aquí en adelante el informe será citado de la siguiente manera: SÁNCHEZ MEJÍA, Astrid Liliana, et. al. Mujeres y Prisión en Colombia (...). Óp. Cit., pp.

59 Expediente digital. Documento pdf titulado: “Concepto Astrid Liliana Sánchez Mejía (2022-01-18 15-51-38).pdf”, p. 3.

60 Ibid. Al efecto, la profesora cita las sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015.

61 Ibid. Alude al Informe Final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano, presentado por la Comisión Asesora de Política Criminal en 2012.

62 Ibid., p. 4.

63 Ibid., p. 5.

64 Ibid., p. 6. En este punto, cita el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas”.

65 Ibid., p. 6. Trae a colación el artículo “Una perspectiva general sobre mujeres y prisiones en América Latina y Colombia”, escrito por los profesores Libardo José Ariza y Manuel Iturralde.

66 Según se advierte en el Anexo de la investigación, relativo a la “metodología y estrategia analítica” (ver, SÁNCHEZ MEJÍA, Astrid Liliana, et. al. Mujeres y Prisión en Colombia (...). Óp. Cit., pp. 173-178), la muestra utilizada para la investigación cuantitativa tuvo las siguientes características: (i) “sumó un total de 1123 personas privadas de la libertad entrevistadas en varios establecimientos penitenciarios del país, tales como el Buen Pastor, Cóbbita, Jamundí, Montería, Cúcuta, Pedregal y Picalaña; (ii) el diseño muestral “siguió un procedimiento sistemático de selección aleatoria de las unidades de observación e información. Se trata de un procedimiento complejo estratificado por conglomerados, polietápico, con selección sistemática de observaciones. Se utilizaron dos marcos muestrales: 1. Los centros penitenciarios y 2. Las personas privadas de la libertad enlistadas o enumeradas en cada Centro. Cada marco muestral se utilizó en etapas diferentes del procedimiento de selección: a. En la selección del Centro Penitenciario y b. La del encuestado/a”; (iii) “[p]ara el cálculo del tamaño efectivo de la muestra en todas las regiones se asignó la máxima variabilidad posible, un nivel de confianza del 95% y un nivel de precisión teórico máximo del +- 5% de los estimados. Los resultados de la encuesta ofrecieron mayores o menores niveles de precisión para efectos de calcular los intervalos de confianza según el reactivo y el efecto de diseño particular. El error estándar no fue constante a través de todos los reactivos”; y, finalmente (iv) “[s]e realizaron dos muestras separadas de personas privadas de la libertad por sexo. En el caso de los hombres la muestra fue representativa, pero en el de mujeres, se eligió sobrerrepresentarlas numéricamente (536 mujeres) para tener un número suficiente para contar con variabilidad y lograr una significancia estadística adecuada en posteriores pruebas de hipótesis en comparación con los hombres”. Para más información sobre la metodología empleada en la recolección de los datos, puede consultarse directamente la investigación en cita.

67 En adelante, el informe se citará así: Sánchez Mejía, Astrid Liliana, et. al. Mujeres y Prisión en Colombia (...). Óp. Cit.

68 Incluso, como lo esboza el documento, esta estadística es más alentadora que los datos contenidos en el informe proferido por el INPEC en el año 2018. En tal ocasión, la entidad presentó los siguientes datos en materia de formación académica de las mujeres privadas de la libertad: “iletradas (3.9%), nivel de estudios inferior a la secundaria (69.7%), secundaria completa (20.5%), universitarios (2.4%), y estudios técnicos y tecnológicos (3.6%)”. Citado en: Sánchez Mejía, Astrid Liliana, et. al. *Mujeres y Prisión en Colombia (...)*. Óp. Cit., p. 42.

69 Sánchez Mejía, Astrid Liliana, et. al. *Mujeres y Prisión en Colombia (...)*. Óp. Cit., pp. 43-45.

70 Ibid., p. 45-46.

71 Ibid., pp. 47-48.

72 Ibid., pp. 51 y 55.

73 Ibid., pp. 57-58. Esta información coincide con algunas de las reflexiones expuestas en el informe *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento*, elaborado con apoyo de la Organización de Estados Americanos (OEA), la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) de la Organización de los Estados Americanos (OEA), WOLA, IDPC y Dejusticia. Disponible en la web: <https://www.oas.org/es/cim/docs/womendrugsincarceration-es.pdf>. Entre otras cosas, el documento pone de manifiesto que las condenadas por delitos asociados al narcotráfico comparten un patrón común. Se trata de mujeres cuyo involucramiento en estas redes ilícitas está asociada a “la exclusión social, la pobreza y la violencia de género”. Además, se trata de personas que ordinariamente “tienen poca o nula educación, viven en condiciones de pobreza y son responsables del cuidado de dependientes, sean ellos niños/as, jóvenes, personas de mayor edad o personas con discapacidad”.

74 Sánchez Mejía, Astrid Liliana, et. al. *Mujeres y Prisión en Colombia (...)*. Óp. Cit., p. 63.

75 Ibid., p. 64.

77 Ibid.

78 Ibid., p. 65.

79 Ibid.

80 Ibid., p. 66.

81 Ibid.

82 Uprimny Yepes, Rodrigo; Martínez Osorio, Margarita, et. al. Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento. Una guía para la reforma de políticas en Colombia. Bogotá D.C.: Dejusticia, 2016, p. 15.

83 Sánchez Mejía, Astrid Liliana, et. al. Mujeres y Prisión en Colombia (...). Óp. Cit., p. 69.

84 Ibid., p. 70.

85 Ibid., p. 72.

86 Ibid., p. 73.

87 Ibid., p. 9.

88 Ibid., p. 10.

89 Ibid.

90 Ibid., pp. 12-13.

91 Ibid., pp. 13-14.

92 Ibid., p. 14.

93 Ibid., p. 15.

94 Expediente digital. Documento pdf titulado: “Respuesta INPEC (2022-02-15 16-47-44).pdf”, p. 2.

95 Ibid.

96 Ibid., p. 3.

97 Ibid.

98 Ibid., p. 27.

99 Ibid., p. 38.

100 Ibid., p. 40.

101 Expediente digital. Documento pdf titulado “OG165-Respuesta DANE-(2022-02-17 15-30-06).pdf”, p. 5.

102 Ibid., p. 9.

103 Para el efecto, el Ministerio trae a colación la Sentencia C-936 de 2010.

104 Integrado por Juan Pablo Uribe Barrera, María Isabel Mora Bautista y Melissa Osorno Caro.

105 La intervención fue suscrita por los ciudadanos Jorge Kenneth Burbano Villamarín, Jessica Tatiana Jiménez Escalante, Angelith Alarcón Solano, Deisy Xiomara Arévalo Forero y Daniela Valentina Rangel Angulo.

106 Según se advierte en la firma del documento, la intervención fue suscrita por el Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia, la Corporación Humanas, Dejusticia y la Secretaría Técnica de la Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013.

107 La intervención remite al artículo 38B de la Ley 599 de 2000, que dispone: “Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria: / 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos”. (Énfasis añadido).

108 La intervención fue suscrita por los siguientes ciudadanos integrantes del Semillero en Derecho Penal Penitenciario de la Pontificia Universidad Javeriana: Norberto Hernández Jiménez, Paula Andrea Gutiérrez Avendaño, María Andrea Prieto Sanín, María Alejandra Gómez Fragozo, María Camila Hartmann Melo, Felipe Andrés Mesa Motta y María Isabella Salcedo Franco.

109 La intervención fue suscrita por el Decano de la Facultad de Jurisprudencia, José Alberto Gaitán, y por las profesoras Vanessa Suelto Cock, María Camila Correa Flórez, Mariana Enamorado Ibarra, Mariana Botero Ruge y Luisa Fernanda Téllez Dávila.

110 Expediente digital. Documento titulado: “OG-165 – Concepto Viceprocurador General.pdf”, pp. 5-6.

111 Ibid., p.8.

112 Ibid., p. 9.

113 Ibid., p. 9.

114 Ibid., p. 10.

115 Ibid.

116 Ibid.

117 Ibid., pp. 11-12.

118 Ibid., pp. 12-13.

119 Artículo 242 de la C.P. “Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones: (...) 3. Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto”.

121 Ibid.

122 Expediente digital OG-165, p. 702.

123 Artículo 166 de la C.P. “El Gobierno dispone del término de seis días para devolver con objeciones cualquier proyecto cuando no conste de más de veinte artículos (...)”. Nótese que el proyecto de ley objetado en esta oportunidad consta de 20 artículos. (Cfr. Expediente digital OG-165, p. 709).

124 Cfr. Gaceta del Congreso No. 784 del 15 de julio de 2021.

125 Cfr. Gaceta del Congreso No. 1384 del 5 de octubre de 2021.

126 Cfr. Gaceta del Congreso No. 1330 del 21 de septiembre de 2021.

127 En efecto, el inciso del Artículo 160 de la Constitución Política (adicionado mediante el Acto Legislativo 01 de 2003) dispone: “Ningún proyecto de ley será sometido a votación en sesión diferente a aquella que previamente se haya anunciado. El aviso de que un proyecto será sometido a votación lo dará la presidencia de cada Cámara o comisión en sesión distinta a aquella en la cual se realizará la votación”.

128 Cfr. Gaceta del Congreso No. 93 del 17 de febrero de 2022, p. 4.

129 Cfr. Gaceta del Congreso No. 178 del 14 de marzo de 2022, p. 72.

130 Cfr. Gaceta del Congreso No. 94 del 17 de febrero de 2022, p. 47.

131 Cfr. Gaceta del Congreso No. 94 del 17 de febrero de 2022, p. 27.

132 Cfr. Gaceta del Congreso No. 172 del 10 de marzo de 2022, p. 23.

133 Al efecto, en la Sentencia C-295 de 2019, la Corte sostuvo lo siguiente: “[a]unque este no es un requisito expresamente establecido por la Constitución, la Sala Plena ha considerado que es una exigencia consustancial al trámite de las objeciones gubernamentales, en el entendido que la reedición de este segundo debate parlamentario se encuentra circunscrita a los puntos objeto de discrepancia y, por consiguiente, la insistencia del Congreso que activa la competencia de la Corte debe versar, total o parcialmente, sobre el mismo texto objetado.”

134 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-108 de 2017.

135 Ibid.

136 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-599 de 1999.

137 Ibid.

138 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-233 de 2019.

139 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-108 de 2017, en la que se reitera lo dicho en las Sentencias C-070 de 1996 y C-468 de 2009.

140 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-762 de 2015.

141 Sentencia T-762 de 2015.

142 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 2021, que reitera para el efecto la Sentencia T-762 de 2015.

143 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-108 de 2017, en la que se reitera las sentencias C-070 de 1996, C-118 de 1996 y C-205 de 2003.

144 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-762 de 2015.

145 Ibid.

146 Ibid.

148 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-122 de 2022.

149 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 2021.

150 Ver, entre otras: Corte Constitucional, Sentencias C-430 de 1996, T-153 de 1998, T-388 de 2013, T-762 de 2015, C-026 de 2016 y C-294 de 2021.

151 Énfasis añadido.

152 El inciso primero del artículo 79 del Código Penitenciario y Carcelario señala lo siguiente: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza en todas sus modalidades de la protección especial del Estado. Todas las personas privadas de la libertad tienen derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. En los establecimientos de reclusión es un medio terapéutico adecuado a los fines de la resocialización. Los procesados tendrán derecho a trabajar y a desarrollar actividades productivas. No tendrá carácter aflictivo ni podrá ser aplicado como sanción disciplinaria. Se organizará atendiendo las aptitudes y capacidades de los internos, permitiéndoles dentro de lo posible escoger entre las diferentes opciones existentes en el centro de reclusión. Debe estar previamente reglamentado por la Dirección

General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec). Sus productos serán comercializados”. (Énfasis añadido).

153 El inciso primero del artículo 94 del Código Penitenciario y Carcelario prescribe: “La educación al igual que el trabajo constituye la base fundamental de la resocialización. En las penitenciarías y cárceles de Distrito Judicial habrá centros educativos para el desarrollo de programas de educación permanente, como medio de instrucción o de tratamiento penitenciario, que podrán ir desde la alfabetización hasta programas de instrucción superior. La educación impartida deberá tener en cuenta los métodos pedagógicos propios del sistema penitenciario, el cual enseñará y afirmará en el interno, el conocimiento y respeto de los valores humanos, de las instituciones públicas y sociales, de las leyes y normas de convivencia ciudadana y el desarrollo de su sentido moral”. (Énfasis añadido)

154 Corte Constitucional. Sentencia T-714 de 1996.

155 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2013.

156 “Por medio del cual se modifica el artículo 34 de la constitución política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable”.

157 Al respecto, la citada Sentencia C-294 de 2021 se refiere a la Sentencia C-430 de 1996.

158 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-144 de 1997.

159 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-714 de 1996; T-153 de 1998; T-881 de 2002.; T-020 de 2008; T-324 de 2011; T-588A de 2014; T-323 de 2015; C-026 de 2016; y, T-002 de 2018.

160 Cfr. Chaparro Hernández, Sergio y Pérez Correa, Catalina. Sobredosis carcelaria y política de drogas en América Latina. Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2017, p. 17.

161 Subrayado fuera del texto original.

162 Sobre las dimensiones del proceso de resocialización puede consultarse: Hernández, Norberto. La Resocialización como fin de la pena – una frustración en el sistema penitenciario

y carcelario colombiano. Salvador: Caderno CHR, v. 30, n. 81, pp. 539-559, Sept/Dic, 2017, pp. 549-550.

163 Ibid.

164 A este respecto, Melossi y Pavarini inician la conclusión de su ensayo Cárcel y fábrica de la siguiente manera: “De modo sintético se puede decir que el núcleo teórico del problema se puede expresar en esta contradicción: la concepción de la cárcel como instrumento de reformation del encarcelado para llevarlo a la subordinación por medio de la disciplina (interpretación no “ideológica” del concepto de reeducación) está acompañada y compenetrada por la lucha para llevar a la certeza de que se impone una pena, y en último análisis, por la pena como retribución (léase pena carcelaria como privación de un quantum de libertad preventivamente, abstracta y proporcionalmente determinado)”. (Cfr. MELOSSI, Darío y PAVARINI, Massimo. Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX). México D.F.: Siglo XXI, 1980, p. 226).

165 En este punto, la Corte trae a colación la siguiente referencia bibliográfica: “H.L.A Hart- “Introducción a los principios de la pena” en Jerónimo Bertegón, Juan Ramón de Páramo. Derecho y moral. Ensayos analíticos. Barcelona: Ariel, 1990, pp 163 y ss. Igualmente, Juan Fernández Carrasquilla. Derecho Penal Fundamental. Bogotá: Temis, 1989, pp. 84 y ss.”

166 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-261 de 1996.

167 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-328 de 2016, providencia en la que se reitera las sentencias C-185 de 2011 y T-267 de 2015.

168 Ibid.

169 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-806 de 2002, en la que se reitera la Sentencia C-565 de 1993.

170 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 2021.

171 “Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.”

172 La aplicación del enfoque diferencial en las medidas penitenciarias también irradia otras normas de carácter carcelario. Así, por ejemplo, el artículo 66 de la Ley 1709 de 2014, prescribe que “[e]l Ministerio de Salud y Protección Social y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) deberán diseñar un modelo de atención en salud especial, integral, diferenciado y con perspectiva de género para la población privada de la libertad, incluida la que se encuentra en prisión domiciliaria.”

173 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2013.

174 Ibid.

175 Ibid.

176 Expediente digital. Documento pdf titulado: “Respuesta INPEC (2022-02-15 16-47-44).pdf”, p. 3.

177 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). “Informe mundial sobre las drogas 2018. Resumen, conclusiones y consecuencias en materia de políticas”, p. 15. Disponible en la web: https://www.unodc.org/wdr2018/prelaunch/WDR18_ExSum_Spanish.pdf

178 Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) de la Organización de los Estados Americanos (OEA), WOLA, IDPC, Dejusticia. Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento. Óp. Cit., p. 10. En sentido análogo, los investigadores Sergio Chaparro y Catalina Pérez Correa también han señalado que las personas encarceladas por drogas ordinariamente: (i) tienen un bajo nivel de escolaridad; (ii) son condenadas por haber cometido el delito por primera vez; (iii) suelen desempeñar funciones de bajo nivel en las organizaciones; (iv) son fácilmente reemplazables en las actividades que realizan; (v) no tienen posibilidades de enriquecerse en el ejercicio de la labor delictiva; y, (vi) dependen de economías de subsistencia y viven en condiciones de vulnerabilidad. Véase, Chaparro Hernández, Sergio y Pérez Correa, Catalina. Sobredosis carcelaria y política de drogas en América Latina. Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2017, p. 87-91.

179 Ver, Corte Constitucional, Sentencias T-388 de 2013, T-581 de 2017 y T-288 de 2020, entre otras.

180 El informe trae a colación lo expuesto en el año 2006 por la Delegada para la Política Criminal y Penitenciaria de la Defensoría del Pueblo, quien sostuvo que: “la mayoría de reclusiones de mujeres fueron construidas hace muchos años. Así, el transcurso del tiempo y el uso han originado el deterioro que presentan sus instalaciones, redes hidrosanitarias y sistemas eléctricos”. Además, se citan extractos de funcionarias de los penales, quienes se pronunciaron en estos términos: “es una infraestructura muy vieja entonces las cañerías se rebosan y por las lluvias se generan mosquitos”. / “El otro punto que también ha sido bien delicado es todo lo que tiene que ver con la infraestructura, porque estamos hablando de una construcción de más de 80 años, esto se mantiene en pie porque medianamente hemos tratado de conservarlo (...) filtraciones de agua y el daño en todo lo que tiene que ver con las baterías hidrosanitarias”. (Cfr. Sánchez Mejía, Astrid Liliana, et. al. *Mujeres y Prisión en Colombia* (...). Óp. Cit., p. 77).

181 Ibid., pp. 77-79.

182 Ibid., pp. 77-84. Del mismo modo, la investigación hizo una radiografía de las actividades realizadas por las mujeres al interior de los penales. Al respecto, señala que si bien buena parte de las internas entrevistadas dice haber adquirido nuevas habilidades durante el tiempo de privación de la libertad, estas “son habilidades consideradas tradicionalmente femeninas y que pueden tener poca relevancia en el mercado laboral. (...) En este sentido –asegura la investigación– la adquisición de estas habilidades no las prepara para escenarios laborales formales perpetuándose en últimas su vulnerabilidad económica”, p. 88.

183 MAUERSBERGER, María. “Te hablo desde la prisión, por Skype: viviendo en el pasado, desconectados de la vida, de la familia y de las redes sociales”. En “Cárcel, Derecho y Sociedad. Aproximaciones al mundo penitenciario en Colombia”. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, Colección Estudios CIJUS, 2021, pp. 262-266.

184 Ibíd.

185 Ibíd.

186 Ángel Botero, Carolina. “¿Quién es la mujer en la cárcel? Una aproximación desde la antropología del derecho”. En “Cárcel, Derecho y Sociedad. Aproximaciones al mundo penitenciario en Colombia”. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, Colección Estudios CIJUS,

2021, pp. 296-297.

187 *Ibíd.*

188 Expediente digital OG-165. Documento pdf titulado: “Respuesta INPEC (2022-02-15 16-47-44).pdf”, p. 2., p. 3.

190 “Por el cual se reglamentan los artículos 26 y 153 de la Ley 65 de 1993 [Código Penitenciario y Carcelario], modificados por los artículos 18 y 88 de la Ley 1709 de 2014”.

191 Rincón Martínez, Juliana y Hernández Jiménez, Norberto. Mujeres y resocialización en Colombia: la necesidad de un enfoque diferencial en el tratamiento penitenciario femenino. En: Hernández Jiménez, Norberto. Nuevas tendencias en resocialización como fin de la pena. Bogotá D.C.: Editorial Leyer, 2021, p. 194.

192 Rincón Martínez, Juliana y Hernández Jiménez, Norberto. Mujeres y resocialización en Colombia: la necesidad de un enfoque diferencial en el tratamiento penitenciario femenino. *Óp. Cit.*, p. 194.

193 En lo que refiere a esta conclusión, en el informe “Mujeres y prisión en Colombia” se alude a un testimonio de una funcionaria del INPEC. Según se relata, la funcionaria “manifestó percibir ‘rasgos de tristeza’ en los niños que viven en los centros penitenciarios, debido al entorno que los rodea y considera que el impacto es fuerte por el hecho de estar también privados de la libertad”. (Cfr. Sánchez Mejía, Astrid Liliana, et. al. Mujeres y Prisión en Colombia (...). *Óp. Cit.*, p. 93.

194 Mauersberger, María. “Te hablo desde la prisión, por Skype: viviendo en el pasado, desconectados de la vida, de la familia y de las redes sociales”. *Óp. Cit.*, pp. 262-263.

195 La referencia en cita obra en: Rivera Beiras, Iñaki. “Descarcelación. Principios para una política pública de reducción de la cárcel”. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 132-133.

196 Uprimny Yepes, Rodrigo; Martínez Osorio, Margarita, et. al. Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento. Una guía para la reforma de políticas en Colombia. *Óp. Cit.*, p. 38.

197 Los investigadores Juliana Rincón y Norberto Hernández relatan en su escrito “Mujeres y resocialización en Colombia” la historia de una mujer que duró aproximadamente 5 años privada de la libertad y que luego de un tortuoso proceso penal fue absuelta. Según narró, durante su privación de la libertad perdió todo contacto con sus familiares, al punto que cuando la recobró “no tenía nada”. En el mismo estudio se relata la historia de una mujer condenada por el delito de tráfico de estupefacientes quien debió dejar a su hijo de siete meses de nacido al cuidado de su hermano mayor, de 18 años, quien también fue posteriormente privado de la libertad. Cfr. Rincón Martínez, Juliana y Hernández Jiménez, Norberto. *Mujeres y resocialización en Colombia: la necesidad de un enfoque diferencial en el tratamiento penitenciario femenino*. Op, Cit., pp. 183-184. Por su parte, según la investigación *Mujeres y prisión en Colombia*, el 52.5% de las internas encuestadas sufrió la ruptura de la relación afectiva que tenía antes de la detención y el 53,5% de aquellas que aseguró tener pareja, señaló que esta también se encuentra en prisión. Aun cuando la mayoría de consultadas (71%) manifestó que su principal apoyo proviene de la familia, un porcentaje elevado (48,6%) reportó que sus hijos nunca las visitan. Por el bajo número de unidades penales disponibles para las mujeres infractoras, a menudo la distancia entre el centro penitenciario y el lugar de residencia de la familia dificulta la concurrencia de esta última al penal. En ese sentido, aunque buena parte de las reclusas ven en su familia la red de apoyo más importante, por regla general estos vínculos se deterioran con el paso de la reclusión. Cfr. Sánchez Mejía, Astrid Liliana, et. al. *Mujeres y Prisión en Colombia (...)*. Óp. Cit., pp. 99-100.

198 En la encuesta realizada en el marco de la investigación “Mujeres y prisión en Colombia” se pudo advertir que son ellas las que se encargan predominantemente de las responsabilidades de cuidado. Según la investigación el 54% de las mujeres consultadas adujo haber sido la cuidadora principal de sus hijos; esto contrasta con la respuesta de los hombres encuestados, pues solo el 4,2% señaló que tenía ese rol. A la par, ante la pregunta de quién era la persona encargada del cuidado de sus hijos, el 60,9% de los internos encuestados manifestó que era la madre. Por otra parte, uno de los datos que resulta revelador de los impactos del encarcelamiento en la vida de las mujeres tiene que ver con la estabilidad del núcleo familiar. Según la información acopiada, el 67,7% de las mujeres con hijos menores de 18 años manifestaron que vivían con ellos antes de la detención. En el caso de los hombres solo el 36,7% respondió que vivía con sus hijos al momento de ser detenidos. Cfr. Sánchez Mejía, Astrid Liliana, et. al. *Mujeres y Prisión en Colombia (...)*. Óp. Cit., p. 100.

199 Ibid., p. 103.

200 Según se advierte al inicio del texto, la investigación en cita tuvo por propósito “analiza[r] los programas de resocialización y su impacto diferenciado en las mujeres, identificando aquellos aspectos que perpetúan la discriminación, la reproducción de estereotipos de género y desigualdad”. Para esos efectos, y con el objeto de presentar “datos cualitativos y cuantitativos sobre las experiencias y necesidades específicas de las mujeres privadas de la libertad”, los investigadores acuden “a un análisis cualitativo a partir de 11 entrevistas semiestructuradas a población pospenada, activistas sociales, abogadas y defensoras de derechos humanos, quienes fueron elegidas usando el método ‘bola de nieve’. Atendiendo a la situación de salud pública por la que atraves[ó] [el país] (...) las entrevistas se realizaron de manera telefónica y por videollamada”. Finalmente, aunque la investigación reservó la identidad de las mujeres consultadas (razón por la que se acudió al uso de anónimos), todas ellas aceptaron que sus relatos fueran utilizados en la investigación. (Ver: Rincón Martínez, Juliana y Hernández Jiménez, Norberto. Mujeres y resocialización en Colombia: la necesidad de un enfoque diferencial en el tratamiento penitenciario femenino. Op, Cit., pp. 170-171).

201 Rincón Martínez, Juliana y Hernández Jiménez, Norberto. Mujeres y resocialización en Colombia: la necesidad de un enfoque diferencial en el tratamiento penitenciario femenino. Op, Cit., p. 199.

202 Sánchez Mejía, Astrid Liliana, et. al. Mujeres y Prisión en Colombia (...). Óp. Cit., p. 107.

203 Youngers, Coletta; García Castro, Teresa y Manzur, María (Kiki). Informe “Mujeres encarceladas por delitos relacionados con drogas en América Latina: lo que los números evidencian (noviembre de 2020)” - WOLA., p. 10. Disponible en la web: <https://www.wola.org/wp-content/uploads/2020/11/Final-Spanish-Women-Behind-Bars-Report.pdf>

204 Ibíd., p. 23.

205 Según los hallazgos de la investigación “Mujeres y prisión en Colombia”, entre 1991 y 2018 la tasa de personas en prisión por 100.000 habitantes aumentó casi tres veces, pues pasó de 84.3 en 1991 a 236.7 en junio de 2018. Ahora, en el mismo período, la tasa de

mujeres pasó de 9.9 en 1991 a 31.5 en junio de 2018, lo que significa que mientras la tasa de la población penitenciaria general aumentó en 151% la tasa de mujeres en prisión aumentó en 219%. Cfr. Sánchez Mejía, Astrid Liliana, et. al. Mujeres y Prisión en Colombia (...). Óp. Cit., p. 118.

206 Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) de la Organización de los Estados Americanos (OEA), WOLA, IDPC, Dejusticia. Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento. Disponible en la web: <https://www.oas.org/es/cim/docs/womendrugsincarceration-es.pdf>

207 Ibid.

208 Chaparro Hernández, Sergio y Pérez Correa, Catalina. Sobredosis carcelaria y política de drogas en América Latina. Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2017, p. 21.

209 Youngers, Coletta; García Castro, Teresa y Manzur, María (Kiki). Informe “Mujeres encarceladas por delitos relacionados con drogas en América Latina: lo que los números evidencian (noviembre de 2020)” - WOLA., p. 10. Disponible en la web: <https://www.wola.org/wp-content/uploads/2020/11/Final-Spanish-Women-Behind-Bars-Report.pdf>

210 Ibid., p. 14.

211 Cfr. Sánchez Mejía, Astrid Liliana, et. al. Mujeres y Prisión en Colombia (...). Óp. Cit., p. 118.

212 Ibid., p. 139.

213 Chaparro Hernández, Sergio y Pérez Correa, Catalina. Sobredosis carcelaria y política de drogas en América Latina. Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2017, pp. 24-25. Es importante anotar que la investigación en referencia concentró su análisis en “la evolución de las leyes de drogas y su impacto sobre los sistemas penitenciarios de la región, las poblaciones afectadas y las condiciones penitenciarias en las que viven; la situación socioeconómica de las personas privadas de la libertad por esos delitos, su grado de participación en las redes de narcotráfico y los impactos del encarcelamiento sobre poblaciones específicas”. Para tales efectos, los investigadores

indagaron en “información estadística de autoridades penitenciarias y otros entes nacionales”, con la salvedad de que encontraron “una notable falta de datos fidedignos e integrales” (p. 12).

214 Énfasis añadido.

215 Énfasis añadido.

216 Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de la Libertad. Guía práctica sobre medidas dirigidas a reducir la prisión preventiva, p. 48. (Disponible en la web: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/GUIA-PrisionPreventiva.pdf>).

217 Ibid.

218 Ibid.

219 Youngers, Coletta; García Castro, Teresa y Manzur, María (Kiki). Informe “Mujeres encarceladas por delitos relacionados con drogas en América Latina: lo que los números evidencian (noviembre de 2020)” – WOLA. Óp. Cit., p. 26.

220 Ministerio de Justicia y del Derecho y Oficina de las Naciones contra la Droga y el Delito (UNODC). Informe “Caracterización de condiciones socioeconómicas de mujeres relacionadas con problemas de drogas. Las mujeres privadas de la libertad por delitos de drogas”. Bogotá D.C., 2019. El informe se encuentra disponible en la web:

https://www.unodc.org/documents/colombia/2019/Octubre/Estudio_Las_mujeres_Privadas_de_la_Libertad_por_Delitos_de_Drogas.pdf

221 Ibid., p.142.

222 El estudio “Mujeres y prisión en Colombia (...)” recomienda que la política criminal y penitenciaria del Estado implemente: (i) programas de intervención temprana; (ii) mecanismos de justicia restaurativa; (iii) medidas de reparación a la víctima o técnicas alternativas de responsabilidad para los delitos con víctimas difusas; (iv) centros comunitarios para las mujeres infractoras; (v) sanciones que no impliquen prisión; y, (vi)

mecanismos para la liberación anticipada como los subrogados penales. Uno de los puntos medulares de las sugerencias anotadas (que, además, se relaciona con esta providencia), es la ampliación de las alternativas a la prisión para las mujeres infractoras que no representan un riesgo alto para la seguridad ciudadana y que tienen responsabilidades de cuidado. A juicio del estudio, estas alternativas “contribuyen a garantizar el principio de proporcionalidad de la pena, reducir las tasas de hacinamiento, disminuir los costos, en términos humanos, económicos y sociales, y lograr mayor efectividad para el cumplimiento de los objetivos de reinserción social, seguridad ciudadana y reducción del delito”. Las medidas pueden también favorecer el rol de las mujeres cabeza de familia y evitar que los menores o las personas a su cargo queden desamparados. Ello, en garantía efectiva del interés superior de los niños y niñas. Igualmente, el estudio resalta que es conveniente que la implementación de alternativas a la prisión tenga un enfoque restaurativo. En el caso de los delitos asociados al narcotráfico el informe se expresa en estos términos: “En el caso de los delitos relacionados con estupefacientes surge la duda sobre si es posible aplicar los principios de justicia restaurativa, teniendo en cuenta que son delitos cuya víctima no es claramente identificable. Existen algunos ejemplos de programas que han incorporado exitosamente el modelo de justicia restaurativa, para manejar casos de bajo nivel de distribución de marihuana. Teniendo en cuenta que las víctimas no son claramente identificables, en estos programas invitan a miembros de la comunidad a participar en el proceso deliberativo sobre los daños a la misma, ocasionados con el tráfico de drogas; llegan a acuerdos que incluyen servicios comunitarios y cartas de reconocimiento de responsabilidad y reflexión sobre la conducta y los daños causados”. Cfr. Sánchez Mejía, Astrid Liliana, et. al. *Mujeres y Prisión en Colombia (...)*. Óp. Cit., pp. 125-136. Por su parte, la investigación “Mujeres y resocialización en Colombia” incluye dentro de las recomendaciones a la política criminal los siguientes elementos. En primer lugar, sugiere la necesidad de que el Estado conciba políticas criminales que reconozcan la vulnerabilidad de las mujeres y que tengan en cuenta el tipo de delitos que han cometido. “Las bajas tasas de peligrosidad de las mujeres, así como sus condiciones previas aconsejan el desarrollo de medidas alternativas a la prisión o una política criminal que permita una mayor integración en el contexto social y que transforme sus condiciones particulares de vulnerabilidad en lugar de potenciarlas”. En segundo lugar, el estudio reconoce que uno de los factores determinantes en el proceso resocializador de las mujeres son los vínculos familiares. Luego de recopilar información cualitativa, los investigadores sostuvieron que para las mujeres entrevistadas la familia

constituye la piedra angular de su bienestar emocional, en particular el acompañamiento de sus hijos, quienes son en últimas la razón principal para sortear las peripecias de la reclusión. Los vínculos familiares, concluye la investigación, “actúan como un puente hacia la libertad”. Cfr. Rincón Martínez, Juliana y Hernández Jiménez, Norberto. Mujeres y resocialización en Colombia: la necesidad de un enfoque diferencial en el tratamiento penitenciario femenino. Óp., Cit., p. 201. Finalmente, en el estudio “La Paradoja Punitiva. Las medidas alternativas al encarcelamiento y la política criminal inflacionaria en Colombia”, se propone implementar la infraestructura institucional para utilizar tres tipos de penas alternativas que se encontraron en otros países pero que no existen en Colombia: El trabajo comunitario, los cursos socioeducativos, el tratamiento médico y psicológico de ciertas dolencias (desórdenes de ira, por ejemplo), y la vigilancia sometida a prueba (probation). Estas, se señala, son penas que han dado buenos resultados en Estados Unidos, Francia e Inglaterra para el tratamiento de conductas relativamente leves que son propias de la delincuencia común. En particular, este tipo de penas son ventajosas tanto por ser menos costosas que la reclusión, como para por ser más efectivas para evitar la reincidencia futura de ciertos delitos (Mueller -Smith, 2015). // En la implementación de este tipo de penas alternativas, es necesario que la resocialización sea el eje central de la institucionalidad que sea creada para llevar a cabo estas sanciones. Esto quiere decir que este tipo de penas deben estar acompañadas de planes y estrategias de resocialización específicas que permitan evaluar de manera exitosa el progreso de la persona condenada.” Cfr. “La Paradoja Punitiva. Las medidas alternativas al encarcelamiento y la política criminal inflacionaria en Colombia”. Juan Sebastián Hernández Moreno, Colección Dejusticia, Bogotá, 2020, pp. 206-207.

223 Este acápite reproduce en buena medida lo sostenido por la Sala Plena en la reciente Sentencia C-156 de 2022.

225 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 2018.

226 Ibíd.

227 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-031 de 2018, C-075 de 2021 y C-173 de 2021.

228 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-189 de 2021.

229 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-401 de 2016, C-359 de 2017, C-083 de 2018.

230 Cfr. Artículo 150 de la Constitución Política.

231 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-329 de 2019 y C-075 de 2021. (Negrilla fuera del texto original).

232 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-329 de 2019, en la que se reitera las sentencias C-351 de 2013 y C-470 de 1997.

233 En efecto, en la Sentencia C-427 de 2000, la Corte definió los siguientes presupuestos: “a) que exista una norma sobre la cual se predica; b) que una omisión en tal norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su supuesto fáctico; c) que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; d) que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma y; e) que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador”.

234 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-083 de 2018, C-329 de 2019 y C-075 de 2021.

235 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-122 de 2020.

236 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 2018, en la que se reitera la Sentencia C-029 de 2009.

237 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 2018.

238 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-110 de 2018.

239 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-619 de 2011, C-083 de 2018 y C-048 de 2020.

240 Expediente digital OG-165, p. 722.

241 Ibid., p. 723.

242 Ibid., pp. 724-725.

243 Cfr. Consejo Superior de Política Criminal. Concepto No. 05.2021. Estudio al Proyecto de

Ley No. 498 de 2020 Cámara, “Por medio del cual se adoptan acciones afirmativas para mujeres cabeza de familia en materia 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”.

244 Ibid., pp. 4-5.

245 “Artículo 38B de la Ley 599 de 2000. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria: / 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos”. (Énfasis añadido).

246 “Artículo 188D. Uso de menores de edad en la comisión de delitos. <Artículo adicionado por el artículo 7 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que induzca, facilite, utilice, constriña, promueva o instrumentalice a un menor de 18 años a cometer delitos o promueva dicha utilización, constreñimiento, inducción, o participe de cualquier modo en las conductas descritas, incurrirá por este solo hecho, en prisión de diez (10) a diez y veinte (20) años. / El consentimiento dado por el menor de 18 años no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal. / La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad si se trata de menor de 14 años de edad. / La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad en los mismos eventos agravación del artículo 188C”.

247 Por ejemplo, el artículo 365 del Código Penal, que tipifica el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones define que quien cometa este ilícito incurrirá en prisión de nueve (9) a doce (12) años.

248 Pese a que el beneficio puede ser aplicable a personas que hayan cometido el delito para delinquir, no puede ser concedido a quienes hayan incurrido en los delitos de asesoramiento a grupos delictivos, entrenamiento para actividades ilícitas, terrorismo, instigación a delinquir.

249 Así lo puso en evidencia la investigación “Mujeres y prisión en Colombia”, la cual señala que luego de entrevistar a varios Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad se pudo constatar que buena parte de las autoridades judiciales conceden el beneficio “después de decretar muchas pruebas”, ya que “esta figura se había convertido en una vía fácil de obtener la libertad y en muchos casos los condenados aducen que se han separado de su

pareja o que tienen la responsabilidad de cuidado de un hijo faltando a la verdad”. (Cfr. Sánchez Mejía, Astrid Liliana, et. al. *Mujeres y Prisión en Colombia (...)*. Óp. Cit., p. 133).

250 Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP el 24 de noviembre de 2016. Bogotá D.C.: Editorial Desde Abajo, 2017, pp. 163-177.

251 Expediente OG-165., pp. 53-54.

252 Expediente OG-165., p. 47.

253 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-176 de 1994.

254 Énfasis añadido.

255 Énfasis añadido.

256 Documento disponible en la web. Para estos efectos, se recomienda consultar las páginas 72 y siguientes: https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/Drug%20Convention/Comentarios_a_la_convencion_1988.pdf

257 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-962 de 2003.

258 *Ibíd.* Énfasis añadido.

259 El documento se encuentra disponible en la web. Para su respectiva consulta remitirse a las páginas 51 y siguientes: https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/Drug_Resolutions/ECOSOC_RES_CND/ECN72016_16_ECOSOC_CND_2016.pdf

260 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. “Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de medidas sustitutivas del encarcelamiento”. Nueva York: 2010, p. 3.

261 *Ibid.*, p. 4.

262 Ibid., p. 7.

263 Ibid., p. 43.

264 Ibid., p. 73.

265 Ibid., p. 81.

266 Ibid., p. 81-82.

267 Ibid., p. 82.

268 Ibid., p. 83.

269 Expediente digital OG-165, p. 722.

270 Al efecto, el Gobierno trajo a colación la Sentencia C-184 de 2003.

271 Ibid., p. 732.

272 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-074 de 2018, reiterada en la Sentencia C-110 de 2019.

273 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-284 de 2016.

274 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-122 de 2020, en la que se reitera la Sentencia C-352 de 2017.

275 En la Sentencia C-184 de 2003 la Corte conoció una demanda promovida en contra de la Ley 750 de 2002, por la cual se establecieron normas en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario, en beneficio de la mujer cabeza de familia. En tal ocasión, el ciudadano demandante sostuvo que la norma acusada desconocía abiertamente el principio de igualdad, pues no brindaba la misma protección a quienes se encontraban en una situación similar, esto es, a los hombres cabeza de familia. Con base en este cargo y a partir del concepto presentado por el entonces Procurador General de la Nación, la Corte resolvió declarar exequibles los apartes acusados del artículo 1° de la Ley 750 de 2002, en el entendido de que, “cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá

ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el interés superior del hijo menor o del hijo [en condición de discapacidad]”. Entre otras cosas, la Corporación sustentó su postura en la premisa según la cual “el legislador no puede proteger exclusivamente los derechos al cuidado y amor de los niños y niñas, dada su estrecha relación con sus derechos a la salud y con su desarrollo integral, cuando éstos se ven expuestos a riesgos y cargas desproporcionadas por la ausencia de la madre, puesto que dependen de ella por ser la cabeza de la familia, y desentenderse completamente de los derechos de los menores cuando dependen del padre”.

276 El inciso segundo del párrafo del artículo 5 establece: “El juez deberá asegurarse de que el plan de servicios que se pacte con la condenada para la prestación del servicio de utilidad pública incluya labores que contribuyan a su formación educativa y/o profesional, procurando no asignar únicamente labores tradicionalmente asignadas a las mujeres.”

278 “Artículo 14. Las mujeres que se encuentren recluidas en establecimientos carcelarios podrán participar en los planes, programas y proyectos de voluntariado que adelanten entidades sin ánimo de lucro en estos, y que desarrollen actividades de interés general, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 720 de 2001 o la norma que la modifique o adicione. / Quienes hagan parte del voluntariado podrán redimir la pena de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Ministerio de Justicia y del Derecho, sin perjuicio de las demás posibilidades de redención de pena que establezca la ley.”

279 “Artículo 16. Prevención. El Gobierno Nacional promoverá medidas de prevención de los delitos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones que trata el Capítulo II del Título XIII del Código Penal, para las mujeres cabeza de familia al interior de los establecimientos educativos y lugares de trabajo. Igualmente gestionará la articulación con los diferentes programas de ayuda y protección a la mujer de las diferentes Entidades del Gobierno, para que las mujeres objeto del beneficio en esta Ley puedan efectivamente ser resocializadas y encontrar alternativas diferentes al delito.”

280 “Artículo 17. Modifíquense los numerales 3 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, los cuales quedarán así: / “Artículo 314. Sustitución de la detención preventiva. La detención preventiva en establecimiento carcelario

podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos: (...) / 3. Cuando a la procesada le falten tres (3) meses o menos para el parto, y hasta los seis (6) meses después del nacimiento. / 5. Cuando la procesada fuere mujer cabeza de familia de hijo menos de edad o sufriere incapacidad permanente; o tenga a un adulto mayor o una persona que no puede valerse por sí misma bajo su cuidado. La persona que haga sus veces podrá acceder a la misma medida. En estos eventos, el juez atenderá especialmente a las necesidades de protección de la unidad familiar y a la garantía de los derechos de las personas que se encuentran bajo su dependencia”.