

Bogotá D.C., 15 de septiembre de 2021

Comisión de Seguimiento de la Sentencia T-388 de 2013

Observaciones sobre el servicio de utilidad pública para mujeres condenadas por delitos leves y las objeciones presidenciales

El pasado 14 de julio de 2021, la Presidencia de la República presentó ante el Congreso dos objeciones de constitucionalidad frente al Proyecto de Ley 093 de 2019 (Senado)/ 498 de 2020 (Cámara), a través del cual el legislador aprobó la creación del servicio de utilidad pública como pena alternativa para mujeres cabeza de hogar condenadas por varios delitos leves. La primera de ellas argumenta que el proyecto es inconstitucional por brindar este beneficio a los delitos de hurto calificado y agravado, los delitos de drogas y aquellos que hayan sido sancionados entre 6 y 8 años de prisión, mientras que la segunda considera que contraría los derechos de niños, niñas y adolescentes por limitar este beneficio a mujeres cabeza de hogar, excluyendo a hombres en la misma situación.

En este documento, la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013¹ presenta sus observaciones frente al proyecto de ley y las objeciones presidenciales y solicita al Congreso de la República **rechazar la primera objeción presidencial y ampliar la aplicabilidad del proyecto de acuerdo con la segunda objeción**. Este documento está dividido en cuatro partes. En la primera, la Comisión presentará las razones para considerar que el proyecto de ley es una reforma coherente con los lineamientos constitucionales de la política criminal y representa un avance frente al estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria. En la segunda parte se analiza la primera objeción presidencial frente a los delitos sobre los que operaría esta pena alternativa y se señalan las fallas de su argumentación, exponiendo las razones por las cuales el proyecto es compatible con la Constitución. En la tercera parte se analiza la segunda objeción, en donde se destacan las razones por las que el proyecto es constitucional como acción afirmativa y que, sin embargo, permiten considerar justificado ampliar el proyecto a hombres cabeza de hogar en las mismas condiciones. Al final se presentan las conclusiones generales.

1. La pena alternativa de servicio de utilidad pública y su coherencia, pertinencia y constitucionalidad frente al estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria

Con la aprobación del Proyecto de Ley 093 de 2019 (Senado), el Congreso de la República aprobó la creación del servicio de utilidad pública como una pena alternativa para mujeres cabeza de hogar condenadas por los delitos de hurto simple, calificado y agravado (arts. 239, 240 y 241 del Código Penal) y los delitos de conservación o financiación de plantaciones de sustancias ilícitas (art. 375), el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376), de destinación ilícita de muebles o inmuebles (art. 377) y por otros delitos que hayan tenido una pena impuesta de 8 años de prisión o menos. Según el texto aprobado, este beneficio sólo podrá otorgarse si se demuestra que la comisión del delito estuvo asociada a condiciones de marginalidad y vulnerabilidad socioeconómica que afectaron la manutención de personas a cargo de la mujer cabeza de hogar, tales como menores de edad, adultos mayores, personas con discapacidad y en general personas que no pueden valerse por sí mismas.

¹ La Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013 está conformada por un grupo de personas y organizaciones de la sociedad civil y tiene como misión fundamental hacer seguimiento a la evolución del estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria declarado por la Corte Constitucional en la sentencia T-388 de 2013 y T-762 de 2015.

Adicionalmente, el proyecto también modificó las reglas para sustituir la detención preventiva por la detención domiciliaria, ampliando su aplicación de madres cabeza de familia con hijos menores de edad o con discapacidad a mujeres cabeza de hogar que tengan bajo su cuidado a menores de edad, personas con discapacidad, adultos mayores o personas que no puedan cuidarse por sí mismas – es decir, independientemente de la relación familiar que guarda la procesada con la persona bajo su cuidado. El proyecto también habilita la posibilidad de esta sustitución para personas en condiciones análogas a estas mujeres cabeza de hogar.

Para la Comisión, el proyecto presenta cambios positivos para la legislación penal, pues circunscribe el servicio de utilidad pública a casos que justifican un tratamiento penal menos lesivo. En primer lugar, esta alternativa penal se fundamenta en el menor reproche penal que conlleva reconocer la condición de vulnerabilidad de la mujer condenada (por ejemplo, la ausencia de trabajo) y la carga de cuidado de personas del hogar que llevó a cometer el delito – condiciones atenuantes que, a juicio de la Comisión, son razonables a la luz de los principios de lesividad penal y de necesidad de la pena. Además, esta alternativa permite reducir el impacto del encarcelamiento sobre los derechos de familiares y personas que dependen económica, afectiva y socialmente de la mujer procesada, evitando que el encarcelamiento afecte su soporte de subsistencia.

El servicio de utilidad pública también resulta coherente con las características demográficas de las mujeres privadas de la libertad, especialmente con aquellas condenadas por delitos de drogas. Como lo han mostrado múltiples investigaciones, las mujeres privadas de la libertad presentan diversas condiciones de vulnerabilidad: en su mayoría son mujeres pobres cabeza de hogar que, en general, entran a participar en actividades ilegales debido al rol de cuidado de hijos o de personas que dependen de ellas para sus necesidades básicas. Además, se trata de mujeres con pocas oportunidades laborales en buenas condiciones, debido a que tienen un bajo nivel educativo (caracterizado por altos índices de abandono escolar asociado a la necesidad de trabajar o al embarazo), las condiciones de trabajos disponibles a ellas son precarias y a las crecientes dificultades para conseguir empleo (CIDE, Universidad Javeriana & CICR, 2018). En este sentido, la Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas (CICAD) ha recomendado el uso de medidas alternativas al encarcelamiento para mujeres que cometieron conductas poco lesivas y que no representan un alto riesgo de seguridad, especialmente cuando la conducta que cometieron fue motivada por la vulnerabilidad socioeconómica (CICAD, 2015, pp. 19-20).

Por su parte, estas investigaciones también han mostrado que las labores asumidas por las mujeres en mercados ilegales como el narcotráfico suele ser de bajo impacto, pues suelen ocupar eslabones bajos dentro de las organizaciones criminales que son fácilmente reemplazables por estas, por lo que su reclusión genera un efecto inocuo sobre el funcionamiento de estas organizaciones (Uprimny, Martínez, Cruz, Hernández & González, 2016, p. 23). Por ello, la Comisión considera que brindar una medida alternativa al encarcelamiento para estas mujeres implica un tratamiento penal diferenciado razonable en concordancia con estos factores de vulnerabilidad como circunstancias atenuantes, además de contemplar, a través de la política de empleabilidad ordenada en el art. 6 del proyecto, medidas más efectivas que el encarcelamiento para atacar las causas de la vulnerabilidad social que llevaron a la comisión de estos delitos.

Para la Comisión, la ampliación de las causales de la sustitución de la detención preventiva intramural también es positiva, cobija a personas en condiciones similares a las mujeres contempladas en la formulación previa del numeral 5 del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal. Así, en vez de restringir el uso de la sustitución *madres* cabeza de hogar – es decir, por el vínculo familiar de la procesada con la persona bajo su cuidado (que estaba limitada a hijos menores de edad o con discapacidad), la nueva formulación permite la sustitución para personas cabeza de hogar que sean responsables de labores de cuidado, lo que incluye a menores de edad que no son hijos (por ejemplo, nietos, hermanos o sobrinos),

adultos mayores, personas con discapacidad, entre otros. Sin embargo, en el mismo sentido de esta modificación, la Comisión sugiere cambiar el concepto de madre cabeza de hogar por el de *mujer cabeza de hogar* contenido en los requisitos de concesión del servicio de utilidad pública en el proyecto de ley (art. 7), con el fin de no restringir el beneficio de servicio de utilidad pública al tipo de relación familiar de la mujer con la persona bajo su cuidado.

Finalmente, es fundamental destacar que el proyecto de ley también resulta coherente con las obligaciones del Estado de reformar su política criminal derivadas del estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria. En este respecto, las sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015 de la Corte Constitucional, el Documento CONPES 3828 de 2015 e incluso estudios del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario² – INPEC – han señalado al aumento excesivo y recurrente de penas de prisión, el uso excesivo de la detención preventiva y la reducción en el uso de las medidas alternativas al encarcelamiento como la causa fundamental del hacinamiento y del desborde de las capacidades del sistema penitenciario y carcelario, siendo así una de las causas principales de la crisis. Por esto, la Corte Constitucional ordenó a diferentes instituciones del Estado, entre ellas al Gobierno Nacional, a la Fiscalía General de la Nación y al Congreso de la República adoptar lineamientos constitucionales para reformar la política criminal colombiana, entre los cuales están el ampliar el uso de medidas alternativas al encarcelamiento, utilizar el derecho penal como último recurso, usar la detención preventiva de manera excepcional y perseguir la resocialización como fin primordial de la pena.³

En concordancia con lo anterior, la Comisión encuentra que el proyecto materializa varios de estos lineamientos, pues no sólo amplía la cobertura de las medidas alternativas al encarcelamiento (una de las directrices generales para racionalizar el uso de la prisión), sino que puede tener un impacto positivo para la reducción del hacinamiento y la vulneración de derechos que este genera – es decir, representa un avance en la superación del estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria. Al respecto, la Comisión recuerda que, según datos del INPEC, para junio de 2021, 934 mujeres están condenadas por el delito de hurto y 2.025 por tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, representando el 67,7% de las mujeres condenadas.⁴ Así, estos dos tipos delictivos son los que más impactan el hacinamiento en los centros de reclusión que tienen mujeres, los cuales, para marzo de 2020, presentaban índices de hacinamiento elevados: el EPMSC Santa Marta (326%), el EPMSC-ERE Valledupar (286,3%), el EPMSC Neiva (90,1%), el CPAMSM-ERE Bogotá (77,3%), la RM Manizales (75%), el EPMSC-RM-JP Sogamoso (72,4%), el CPMSM Bucaramanga (68,8%), el CPMSM Popayán (68%), la RM Armenia (28,2%), la RM Pereira (20,7%) COPED Pedregal-Medellín (20,4%) registraron hacinamientos superiores al 20%.⁵

² INPEC. *Impacto de la legislación penal en la población penitenciaria y carcelaria a cargo del INPEC, 1998 – 2015*. Ver en: https://grupodeprisiones.uniandes.edu.co/images/stories/relatorias/PRISIONES-OCT2011/BOLETINES_ESTADISTICOS/MOMENTOS_HISTORICOS_INPEC_2015-1.pdf.

³ En la sentencia T-762 de 2015, la Corte Constitucional ordenó al Gobierno Nacional, a la Fiscalía General de la Nación y al Congreso de la República adoptar los siguientes lineamientos constitucionales de política criminal: la política criminal debe ser i) preventiva y no reactiva frente a coyunturas mediáticas; ii) debe respetar el derecho a la libertad personal de forma estricta y reforzada, por lo que debe promover el uso de medidas alternativas al encarcelamiento y utilizar el derecho penal y la privación de la libertad como último recurso (principio de *ultima ratio*); iii) debe buscar como fin primordial la resocialización; iv) debe usar la detención preventiva de manera excepcional; v) debe ser coherente; vi) debe estar fundamentada en evidencia empírica; vii) debe ser sostenible en costos económicos y de limitación de derechos de la población reclusa; debe proteger los derechos humanos de la población reclusa. Ver en: Corte Constitucional. Sentencia T-762 del 16 de diciembre de 2015, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴ INPEC. Informe estadístico – junio de 2021. pp. 40 y 49.

⁵ INPEC. Informe estadístico – marzo de 2020 pp. 32-33 y 41-42. La Comisión presenta información de marzo de 2020 para ilustrar los niveles de hacinamiento vividos antes de la pandemia de Covid-19, ya que la suspensión de

En segundo lugar, el proyecto no sólo reduce los impactos desproporcionados del encarcelamiento sobre las mujeres y las personas bajo su cuidado,⁶ sino que también evita utilizar recursos penitenciarios sobre casos que no requieren una resocialización en prisión. Así, al crear una política pública de empleabilidad, formación y capacitación para mujeres cabeza de hogar (art. 6), este proyecto enfatiza en el impacto diferencial sobre las mujeres y busca reducir la vulnerabilidad social y económica que las llevó a la comisión del delito, por lo que este puede tener un impacto significativo en la reducción de la reincidencia y prevención de delitos.

2. La primera objeción presidencial: la constitucionalidad del trato frente a mujeres condenadas por hurto agravado, delitos de drogas y el concierto para delinquir

En la primera objeción, la Presidencia de la República argumentó que el proyecto de ley contraría la Constitución Política (arts. 2, 9, 189, 226 y 227) porque el tratamiento penal diferenciado vulnera la obligación del Estado de perseguir los delitos graves y “(...) lesiona derechos e intereses individuales y colectivos y pone en peligro la existencia misma de la sociedad y del Estado, en tanto incentiva y promueve la comisión de tales conductas” (pp. 10-12). Para Presidencia, esto se debe a que habilita la aplicación del servicio de utilidad pública para los delitos de hurto calificado, hurto agravado, los delitos de drogas, a personas condenadas por concierto para delinquir o que tengan penas superiores a 6 años y menores a 8 años de prisión, con lo cual considera que se desconocen los tratados internacionales según los cuales el Estado colombiano tiene la obligación de sancionar los delitos de drogas y de concierto para delinquir con penas de prisión.

A juicio de la Comisión, los dos argumentos de esta objeción presidencial se basan en interpretaciones jurídicas equivocadas y en el uso antitécnico de algunos conceptos jurídicos.

- i) *Las penas no privativas de la libertad no son “penas simbólicas” y cumplen con el deber de sancionar delitos*

El primer problema de esta objeción es que el Gobierno Nacional considera, de manera equivocada, que las penas no privativas de la libertad constituyen “penas simbólicas”. Para la Comisión, este argumento carece de sustento, pues desconoce que la pena de prisión (es decir, la suspensión del derecho a la libertad personal) no es la única sanción que cumple con la obligación del Estado de castigar conductas delictivas. Esto se evidencia, por ejemplo, con la consagración de la pena de multa y de suspensión de derechos (a contratar con el Estado, pérdida del cargo público, inhabilidad para contratar, al ejercicio de la patria potestad, entre otros) en el Código Penal. Además de esto, el servicio de utilidad pública implica el trabajo no remunerado de una persona por largos periodos de tiempo (hasta 8 horas diarias y 48 horas semanales y que puede extenderse por varios años), y durante la ejecución de esta pena, la mujer está bajo el control del Estado. En este sentido, la aplicación de esta medida alternativa no implica que el Estado no abandone su obligación de perseguir el delito ni de vigilar el cumplimiento de la pena establecida, dado que esta es una restricción efectiva del derecho fundamental a la libertad vigilada por las autoridades judiciales y que, incluso, puede significar el encarcelamiento cuando se incumplan las condiciones del servicio.⁷

ingresos a los establecimientos establecida durante la emergencia sanitaria ha distorsionado los niveles de hacinamiento presentado en los centros de reclusión del orden nacional producto de las fallas de la política criminal.

⁶ Como lo han mostrado varias investigaciones académicas, el aumento de penas y encarcelamiento sobre los delitos de drogas ha afectado especialmente a mujeres en condiciones de vulnerabilidad y el sostenimiento de personas bajo su cuidado. Ver en: Caicedo Delgado, 2017; Uprimny, Martínez, Cruz, Chaparro & Chaparro, 2016.

⁷ Debe recordarse que, según la Corte Constitucional, la sanción se caracteriza porque: i) su imposición obedece a una acción u omisión ilícita atribuible a un sujeto; ii) consiste en un acto coercitivo, lo cual supone que puede ejecutarse conforme a derecho incluso contra la voluntad del afectado; iii) es un acto restrictivo o privativo de bienes jurídicos o

Por este motivo, considerar que una restricción de derechos más gravosa que la multa o la inhabilidad para contratar con el Estado es una “sanción simbólica” parte de la noción antitécnica de que la única pena “real” es la pena de prisión, lo cual trivializa la restricción de derechos fundamentales que significa el servicio de utilidad pública. Además, múltiples estudios empíricos han demostrado que las medidas alternativas al encarcelamiento tienen una efectividad mayor que la prisión en la prevención de la reincidencia y son menos costosas (Petersilia, 1987; Patchin & Keveles, 2004), especialmente cuando, como ocurre en Colombia, la privación de la libertad se ejecuta en condiciones violatorias de la dignidad humana, genera una estigmatización que impide que las personas que salen de prisión puedan acceder al trabajo y no brinda una preparación adecuada para la libertad (Mueller-Smith, 2015; Bhuller, Dahl, Loken & Mogstad, 2018). En este sentido, las medidas alternativas al encarcelamiento son más efectivas para cumplir el fin resocializador de la pena – fin primordial del ejercicio punitivo del Estado de acuerdo con la Corte Constitucional.⁸

Adicionalmente, la Comisión ve con preocupación que el Gobierno Nacional considere que la Constitución Política impone la obligación de sancionar conductas delictivas exclusivamente con la pena prisión, pues la Constitución no establece dicha obligación. Por el contrario, la Constitución establece la obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar delitos con penas proporcionales a su lesividad, pero no obliga a utilizar específicamente la prisión como sanción para ciertas conductas. Por ello, la obligación de sancionar las conductas delictivas con penas proporcionales no implica que el Congreso de la República no pueda aprobar tratos penales diferenciados benéficos cuando existen circunstancias atenuantes, siempre y cuando estas sean razonables y coherentes con el principio de proporcionalidad exigido por la Constitución. En este sentido, y si se tiene en cuenta que el servicio de utilidad pública opera sobre delitos cometidos en virtud de circunstancias atenuantes del reproche penal (tales como la vulnerabilidad social de las mujeres y la necesidad de mantener el hogar), aplicar esta pena alternativa no sólo cumple con el fin resocializador de la pena, sino con la obligación del Estado de perseguir y sancionar de manera proporcional la comisión de delitos.

- ii) *La gravedad de una conducta delictiva no está dada por el impacto social de las dinámicas criminales, sino de la lesividad de la conducta individual de la persona condenada*

El Gobierno Nacional argumenta que los delitos objeto de la ley son “graves y de alto impacto social” sin presentar una justificación adecuada, pues está basado en una interpretación antitécnica de la lesividad penal. A juicio de la Comisión, el Gobierno Nacional no ofrece argumentos claros sobre el significado de la gravedad o del “alto impacto social”, pero parece apoyarse en una *evaluación genérica* de la gravedad de los delitos de hurto y de drogas por su asociación a fenómenos de crimen organizado y por el número de casos que se presentan en el país – lo que parece indicar la referencia a su “impacto social”. En este sentido, la objeción confunde dos formas de analizar la gravedad de las conductas delictivas: una forma *abstracta y general* en la que se comparan la gravedad genérica de dos tipos de delitos frente a sus respectivos bienes jurídicos (por ejemplo, al comparar la gravedad del homicidio con la del hurto), con la lesividad *individual* de una conducta (en donde se compara, por ejemplo, la gravedad de un hurto de baja cuantía con uno de gran cuantía).

Para la Comisión, esta confusión lleva al Gobierno Nacional a considerar que toda conducta de narcotráfico, hurto o concierto para delinquir siempre es grave, independientemente de las diferencias de gravedad de las conductas individuales cometidas por las beneficiarias del proyecto de ley o de las circunstancias atenuantes que justifican este trato diferenciado (tales como la vulnerabilidad socioeconómica). Así, por

intereses o derechos fundamentales, y iv) expresa un juicio de reproche del Estado. Ver en: Corte Constitucional. Sentencia C-329 del 22 de junio de 2016, MP. María Victoria Calle Correa.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-762 del 16 de diciembre de 2015, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

ejemplo, se omite que el daño que genera a la salud pública comercializar una dosis personal es poco lesivo comparado con el daño generado por el tráfico de cantidades grandes de drogas, o el daño generado al patrimonio económico por un hurto de baja cuantía y no violento comparado con un hurto de gran cuantía en el que se usó violencia sobre la víctima – lesividad que debe ser demostrada por la Fiscalía en cada caso concreto, pues no toda acción que configure un tipo delictivo (como un hurto de una cuantía insignificante) genera daños relevantes para el derecho penal. Así, por ejemplo, la Comisión Asesora para la Política de Drogas subraya que los recursos estatales – entre ellos, los de la política criminal – deben enfocarse en los eslabones de las organizaciones criminales que más utilizan violencia y no en conductas de lesividad baja y que son no violentas.⁹

En este punto, la Comisión recuerda que la lesividad de una conducta individual no se deriva simplemente de la gravedad abstracta del tipo delictivo, sino por el grado de afectación del bien jurídico que genera la acción individual concreta de la persona condenada en virtud de los principios de culpabilidad y de responsabilidad individual del derecho penal. Es por esta razón que la legislación penal cuenta no sólo con rangos flexibles para la determinación de la pena, sino también con instrumentos que, como el principio de oportunidad, las causales de justificación y los subrogados penales, permiten ajustar la sanción o incluso no imponerla cuando una conducta individual generó daños inocuos, insignificantes o leves al bien jurídico.

Esta objeción presidencial también presenta un análisis antitécnico de la gravedad de los delitos al considerar su “impacto social”, pues este parece considerar que ciertos delitos son graves por la cantidad de casos que ocurren en la sociedad y el impacto que tienen sobre la seguridad y la percepción ciudadana. Sobre este punto, en virtud de los principios de lesividad penal y de responsabilidad individual, la Comisión recuerda que la magnitud de ocurrencia de un tipo de delito en la sociedad no es un criterio jurídico-penal válido para determinar la gravedad de una conducta delictiva, dado que las personas son sólo responsables por el daño *concreto* que sus acciones generaron al bien jurídico tutelado, no por las dinámicas criminales que afectan a la sociedad en general.

En cuanto al delito de concierto para delinquir, la objeción presidencial también presenta consideraciones antitécnicas. Por ejemplo, la objeción argumenta que el sujeto activo de este delito son las organizaciones criminales y que uno de los elementos del tipo es la vocación de permanencia de la organización (p. 12). Sin embargo, esta afirmación es inexacta, pues el tipo penal de concierto para delinquir¹⁰ exige sólo que un grupo de personas (“varias”) concierten cometer delitos (sin siquiera exigir que estos sean en efecto cometidos) y no exige que este acuerdo dé origen a una organización criminal o que esta tenga vocación de permanencia. Así, para que se configure el concierto para delinquir basta con que 2 o más personas acuerden cometer un delito, sin exigir ni siquiera que este delito sea efectivamente cometido – un hurto, por ejemplo.

Además, el Gobierno Nacional desconoce el *impacto* que ha tenido la aplicación del delito de concierto para delinquir en la judicialización de mujeres por delitos asociados a las drogas, ya que este les es aplicado bajo la consideración de que estas conductas requieren de la relación con una cadena de cultivo, procesamiento y distribución en la que participan varias personas, pero omitiendo que las mujeres procesadas la mayoría de las veces pertenecen que a la organización criminal no ejercen control o un rol de importancia en estas. Por esto, este delito no permite diferenciar las formas comunes y leves de delitos de

⁹ Comisión Asesora para la Política de Drogas (2015). *Lineamientos para un nuevo enfoque de la política de drogas en Colombia*. p. 75.

¹⁰ El inciso primero del art. 340 del Código Penal, que define la forma simple del concierto para delinquir, establece el supuesto de hecho de este delito como “Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses” (subrayado fuera del texto). Congreso de la República. Ley 599 del 24 de julio de 2000, por la cual se expide el Código Penal. Art. 340.

drogas o hurtos de las formas graves de estos delitos cometidas por altos mandos de organizaciones criminales: las mujeres condenadas por delitos de drogas, como se mencionó anteriormente, suelen ser condenadas por concierto para delinquir incluso cuando ocupan los eslabones bajos en las organizaciones criminales, incluso cuando su participación es poco lesiva o insignificante y su reclusión genera un impacto inocuo sobre el funcionamiento de este mercado ilícito (Uprimny et al., 2016). La inclusión del concierto para delinquir en la aplicación de esta pena alternativa, por tanto, no es caprichosa, pues pretende evitar que su exclusión sea un obstáculo irrazonable que haga inoperante el servicio de utilidad pública y que, de este modo, se brinde un tratamiento penal desproporcionado a las mujeres vulnerables como si se tratara de actores importantes dentro de las organizaciones criminales.

Para la Comisión, esta interpretación antitécnica sobre la gravedad de los delitos también se manifiesta en la objeción a conceder el beneficio para delitos que tengan una pena inferior a 8 años de prisión. Por ejemplo, la objeción omite que la pena de 8 años de prisión es el estándar para utilizar la prisión domiciliaria como subrogado penal.¹¹ Así, el Gobierno Nacional no brinda ninguna razón para considerar que este quantum de pena hace inconstitucional un tratamiento penal diferenciado o una medida alternativa al encarcelamiento, incluso cuando este ya es el estándar establecido por el legislador con esta misma finalidad.

iii) *Los tratados internacionales no obligan al Estado colombiano imponer penas de prisión*

Contrario a lo afirmado por la objeción, la Comisión considera que los tratados internacionales citados no imponen al Estado colombiano la obligación de sancionar los delitos de drogas o el concierto para delinquir exclusivamente con penas de prisión, sino sólo la obligación de imponer sanciones proporcionales. Como se puede observar, el numeral 4 del art. 3 de *La Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas* establece la obligación del Estado imponer penas proporcionales a su gravedad, no la de imponer penas de prisión: su texto establece de manera clara que la pena de prisión y otras formas de privación de la libertad son *ejemplos* de sanciones proporcionales (“tales como”), no una lista taxativa de las únicas sanciones procedentes. Al respecto, por ejemplo, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) recomendó en 2016 el uso de medidas alternativas al encarcelamiento para delitos de drogas leves como estrategia para racionalizar el uso del derecho penal y priorizar sus recursos en la persecución en los eslabones violentos de las estructuras criminales.¹²

La Comisión resalta que el uso de penas alternativas para delitos de drogas leves (por ejemplo, por delitos de cantidades insignificantes y cometidos debido a una situación de vulnerabilidad) es coherente con las obligaciones de esta Convención, pues son penas proporcionales para sancionar conductas que presentan un bajo reproche penal y circunstancias atenuantes como la vulnerabilidad socioeconómica. Este tratamiento penal diferenciado también es coherente con las *Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad* (Reglas de Tokyo), las cuales habilitan el uso de sanciones como el trabajo comunitario (art. 8.1 i) cuando la reclusión es innecesaria para la resocialización y de acuerdo con las condiciones particulares de la persona condenada (art. 2.3), entre otras reglas.¹³

Además de esto, la Comisión también recuerda que el tratamiento penal diferenciado es coherente con las *Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes* (Reglas Bangkok), que establecen, por ejemplo, el deber de los estados de ofrecer medidas alternativas a la prisión opcionales para mujeres considerando su historial de victimización y vulnerabilidad, así como de sus responsabilidades de cuidado de otras personas (regla 57). Estas también

¹¹ Congreso de la República. Ley 599 del 24 de julio de 2000, por la cual se expide el Código Penal. Art. 38B.

¹² Ver en: <https://www.unodc.org/documents/postungass2016/outcome/V1603304-S.pdf>.

¹³ Ver en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TokyoRules.aspx>.

imponen el deber formular alternativas a la prisión que eviten separar a las mujeres de sus parientes y comunidades, de modo que se reduzcan los impactos negativos del encarcelamiento sobre sus familias y la sociedad (regla 58).

Para la Comisión, la objeción presidencial tampoco sustenta jurídicamente la razón para considerar que contrariar las Convenciones citadas genera vicios de inconstitucionalidad, pues estas no hacen parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, no tienen rango constitucional en el ordenamiento interno. De acuerdo con el art. 93 de la Constitución Política, los tratados y convenios que forman parte expresa de la Constitución son aquellos que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción, los cuales tienen primacía constitucional sobre las Convenciones citadas por el Gobierno (las cuales son tratados de cooperación para la lucha contra fenómenos delictivos transnacionales, no de derechos humanos). Por el contrario, las Reglas de Tokyo y las de Bangkok establecen mínimos de garantías de derechos humanos de personas privadas de la libertad, y en especial de mujeres privadas de la libertad, siendo normas consuetudinarias del derecho internacional que imponen estándares obligatorios para el Estado colombiano en materia de alternatividad penal. Bajo este entendido, la Comisión considera que el proyecto de ley no sólo no contraría las Convenciones citadas por el Gobierno Nacional, sino que materializa los deberes del Estado frente a las Reglas de Tokyo y Bangkok, así como un avance en la garantía del derecho a la dignidad humana en el sistema penitenciario y carcelario.

iv) La alternatividad penal no incentiva el uso de mujeres en las organizaciones criminales ni amenaza la existencia de la sociedad y del Estado

Para la Comisión, es necesario aclarar que el uso de medidas alternativas al encarcelamiento no representa un peligro para la existencia de la sociedad y del Estado, tal como pretende argumentar la objeción presidencial. Según esta, al permitir imponer penas diferentes a las penas de prisión para estos delitos, el proyecto de ley “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” (p.11) y “(...) se presta para la instrumentalización de las personas beneficiarias de las medidas y sus familias” (p. 12).

A juicio de la Comisión, este argumento resulta contradictorio y carece de sustento por varias razones. En primer lugar, porque la objeción parece considerar que sancionar a mujeres vulnerables con penas de prisión es una “medida de protección” que desincentiva su instrumentalización por organizaciones criminales – lo que es refutado no sólo por el hecho de que imponer estas penas no ha evitado su instrumentalización, sino porque al cumplir roles reemplazables, su encarcelamiento no afecta la operación de estas organizaciones. En segundo lugar, porque parece suponer que las medidas alternativas al encarcelamiento son menos efectivas que las penas de prisión para reducir la reincidencia o que promueven la comisión de delitos por ser una pena “simbólica”. Sin embargo, la evidencia empírica ha demostrado que las penas alternativas como el trabajo comunitario tienen una mayor efectividad en la prevención de la reincidencia (Petersilia, 1987; Patchin & Keveles, 2004). Además, investigaciones empíricas también han mostrado que la severidad de las penas no genera un efecto disuasivo que reduzca la comisión de delitos, mientras que una alta probabilidad de captura sí genera esta disuasión (Nagin, 2013). Y, en tercer lugar, porque presenta una alternatividad penal razonable como una amenaza “a la existencia misma de la sociedad y del Estado” sin brindar ningún tipo de evidencia que soporte la existencia de este riesgo.

Para la Comisión, esta objeción presidencial también es incoherente con la grave situación de derechos fundamentales que se presenta en el sistema penitenciario y carcelario. Esto se debe a que, al privilegiar el uso de la prisión por encima de su deber constitucional de garantizar condiciones dignas de reclusión (que implica, por ejemplo, adoptar medidas para reducir el hacinamiento), la objeción presidencial **reitera y profundiza** las falencias de la política criminal colombiana que llevaron a la aparición del estado de cosas

inconstitucional. Esto se materializa, por ejemplo, en que la objeción subordina la obligación de garantizar los derechos fundamentales de la población reclusa a preocupaciones por la seguridad ciudadana que, además de no estar demostradas o fundadas en evidencia empírica, son contrarias a los estudios sobre la materia. En este sentido, la Comisión recuerda que el Gobierno Nacional, así como el Congreso de la República, la Fiscalía General de la Nación y otras entidades del Estado deben incorporar los lineamientos de política criminal establecidos por la Corte Constitucional en la Sentencia T-762 de 2015, que no sólo incluye la obligación de formular la política criminal con base en evidencia empírica, sino también en el deber de promover, aumentar e implementar medidas alternativas al encarcelamiento que reduzcan de manera efectiva el hacinamiento y la vulneración de derechos fundamentales que este genera.

3. La segunda objeción presidencial: la constitucionalidad del tratamiento penal diferenciado para mujeres y otras personas condenadas por delitos leves

La segunda objeción presidencial se refiere al concepto de mujeres utilizado en el proyecto de ley, el cual, a juicio de la Presidencia de la República, constituye una omisión legislativa relativa por excluir del tratamiento penal diferenciado a hombres cabeza de hogar que tengan condiciones de vulnerabilidad similares. Así, la objeción presidencial considera que esta omisión contraría el artículo 44 de la Constitución y desconoce los precedentes jurisprudenciales sobre la materia¹⁴ por no brindar la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes a cargo de padres cabeza de hogar, por lo cual el proyecto es inconstitucional.

Para la Comisión, es importante recordar que desde la iniciativa legislativa, el espíritu del legislador fue adoptar una acción afirmativa para las mujeres cabeza de hogar como un ajuste a la legislación penal desde el enfoque de género,¹⁵ lo cual desarrolla la orden de la Corte Constitucional de adoptar el enfoque de género en la política criminal criminal.¹⁶ Así, el proyecto de ley se fundamentó no sólo en reconocer la afectación que genera el encarcelamiento de mujeres sobre los derechos de personas bajo el cuidado, sino también las condiciones de vulnerabilidad socioeconómica de las mujeres privadas de la libertad y su incidencia en la comisión de estos delitos – por ejemplo, como fue mencionado anteriormente, el tener a su cargo exclusivo la manutención del hogar, la precariedad laboral, la alta tasa de abandono escolar, entre otros (CIDE, Universidad Javeriana & CICR, 2018).

De este modo, el proyecto de ley incorpora el enfoque de género a la política criminal con base en evidencia empírica que justifica un tratamiento penal diferenciado, el cual atiende a las características demográficas de las mujeres privadas de la libertad y ajusta, por lo menos parcialmente, los efectos desproporcionados de la criminalización de los delitos de drogas y otros delitos leves sobre mujeres vulnerables. Como lo evidencian múltiples estudios, las mujeres padecen condiciones de vulnerabilidad particulares en Colombia: el 50% de las mujeres en edad laboral están fuera del mercado laboral, situación más grave para las mujeres rurales (por ejemplo, la maternidad de las mujeres rurales puede significar una reducción del 50 hasta el 68% en sus ingresos).¹⁷ Además de esto, las mujeres tienen una carga mayor de trabajo doméstico y de cuidado del hogar, pues destinan más del doble de horas en promedio a estas actividades que los hombres, mientras que los índices de pobreza femenina se han aumentado considerablemente por las bajas tasas de escolaridad y las altas cargas de trabajo doméstico no remunerado.¹⁸

¹⁴ En concreto, la objeción señala las sentencias C-184 del 4 de marzo de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁵ Congreso de la República. Gacetas 734 de 2019 (p. 12 y 17), Gaceta 1206 de 2019 (p. 13, 16, 27 y 28), Gaceta 563 de 2020 (p. 5, 12 y 30) y Gaceta 295 de 2020 (p. 15).

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-388 del 28 de junio de 2013, MP. María Victoria Calle.

¹⁷ Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, y ONU Mujeres, Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres. *Mujeres y hombres: brechas de género en Colombia.*

¹⁸ Ibid. p. 10.

Este proyecto también se sustentó en la necesidad de reducir las múltiples vulneraciones de los derechos fundamentales de las mujeres en prisión, quienes no sólo son afectadas por los problemas estructurales generales del sistema penitenciario y carcelario (altos índices de hacinamiento, precariedad de la infraestructura, deficiencia de los servicios de salud, falta de acceso a agua potable, entre otros), sino también padecen impactos diferenciados en razón de género debido a que el sistema ha sido diseñado principalmente para recluir a hombres (lo que ha implicado afectaciones específicas para mujeres, como la deficiencia en la atención médica y ginecológica, la insuficiencia de insumos higiénicos, el desarrollo de actividades de resocialización que refuerzan estereotipos de género, el desarrollo de visitas íntimas, entre otros).¹⁹ Como lo refiere una investigación citada, “la cárcel detona desigualdades, discriminaciones e injusticias que se derivan de los impactos que produce sobre mujeres que provienen de una situación social precaria que se aumenta significativamente cuando están encarceladas” (Uprimny et al., 2016, pp. 37-38).

Para la Comisión, los impactos diferenciados del encarcelamiento sobre las mujeres, así como la desigualdad estructural que afecta a las mujeres en general, permite concluir que el proyecto no es contrario a la Constitución Política por restringir estas medidas a mujeres cabeza de hogar. La Corte Constitucional se ha manifestado en este sentido, afirmando que las acciones afirmativas buscan “aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables”²⁰ y, por tanto, no son medidas que contraríen el principio de igualdad por enfocarse en el tratamiento diferenciado de mujeres u otros grupos vulnerables.²¹

Bajo este entendido, la Comisión considera que el proyecto de ley es constitucional, pues su fundamento es la necesidad de reducir el impacto diferenciado y desproporcionado del encarcelamiento sobre las mujeres cabeza de hogar en condiciones de vulnerabilidad al implementar el enfoque de género en la política criminal, no sólo la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes bajo su cargo. Por ello, al omitir la fundamentación del proyecto en el enfoque de género, la segunda objeción presidencial no presenta un cargo de inconstitucionalidad acertado.

A pesar de lo anterior, la Comisión considera conveniente que el Congreso de la República amplíe el beneficio de utilidad pública a hombres cabeza de hogar en las mismas condiciones sin contrariar la Constitución Política— es decir, 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. Para la Comisión, esta ampliación sería positiva por varias razones:

- i) Dado que la justificación jurídico-penal para aplicar el servicio de utilidad pública como pena alternativa al encarcelamiento es el menor reproche penal que caracterizan los delitos cometidos a causa de condiciones de vulnerabilidad socioeconómica y con el fin de asegurar la manutención del hogar, estas también se pueden presentar en hombres cabeza de hogar. Por ello, brindar el mismo beneficio en las mismas condiciones resulta razonable y coherente con los principios de proporcionalidad penal, de necesidad de la pena y de igualdad.
- ii) En el contexto del estado de cosas inconstitucional, la necesidad de reducir el hacinamiento en establecimientos que recluyen a hombres también justifica ampliar las medidas alternativas al encarcelamiento sobre ellos. Para la Comisión, dado que el servicio de utilidad pública

¹⁹ En sus informes de seguimiento, la Comisión ha documentado de manera reiterada los impactos diferenciados que padecen las mujeres privadas de la libertad en el marco de la crisis carcelaria, especialmente en materia de salud, alimentación y resocialización. Ver los informes en: <https://www.humanas.org.co/comision-de-seguimiento-de-la-sociedad-civil-a-la-sentencia-t-388-de-2013/>.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-964 del 21 de octubre de 2003, MP. Álvaro Tafur Galvis.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-184 del 4 de marzo de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

propuesto en el proyecto sigue lineamientos razonables y opera sobre delitos leves, su ampliación a hombres aumenta el impacto positivo que esta reforma tendrá sobre las condiciones de vida en los centros de reclusión sin afectar de manera grave la seguridad o brindar beneficios incoherentes con la gravedad de los delitos.

- iii) Como se ha mencionado anteriormente, la evidencia empírica demuestra que las medidas alternativas al encarcelamiento presentan una mayor efectividad en la reducción de la reincidencia comparada con la de las penas de prisión, especialmente cuando esta última es ejecutada en condiciones violatorias de la dignidad humana (situación que ocurre en Colombia). En este sentido, ampliar los beneficios del proyecto a hombres cabeza de hogar (a saber, no sólo el servicio de utilidad pública como pena alternativa, sino también la política de empleabilidad ordenada en el artículo 6), puede generar un impacto importante en reducción de la reincidencia y de prevención del delito.
- iv) Teniendo en cuenta los impactos negativos que genera el encarcelamiento de cuidadores sobre las personas a su cargo, sean menores de edad, adultos mayores, personas con discapacidad u otros, ampliar el beneficio a hombres cabeza de hogar también asegura una mejor protección de sus derechos.

En todo caso, para la Comisión es importante recordar que la consecuencia constitucional de una omisión legislativa relativa es la exequibilidad condicionada bajo el entendido que la disposición aprobada es aplicable a casos análogos, no su inexecutableidad. Por esto, si el Congreso de la República considera que restringir el proyecto de ley a mujeres constituye en efecto una omisión legislativa relativa, este debe ampliar el alcance del beneficio a casos análogos, no proceder con el rechazo y archivo del proyecto.

4. Conclusión

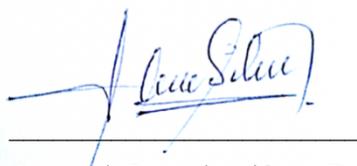
Con base en los argumentos presentados, la Comisión de Seguimiento considera que el Proyecto de Ley 093 de 2019 (Senado)/ 489 de 2020 (Cámara) debe ser aprobado por el Congreso de la República, rechazando la primera objeción presidencial y ampliando su aplicación a hombres cabeza de hogar según la segunda objeción, dado que este proyecto:

- i) Representa un avance importante de reforma de la política criminal, en cumplimiento de las obligaciones estatales frente al estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria
- ii) Representa un avance en la incorporación del enfoque de género en la política criminal colombiana, así como de la disminución de los efectos discriminatorios diferenciados que padecen las mujeres privadas de la libertad
- iii) Es materialización de recomendaciones de la Comisión Asesora para la Política de Drogas (2015), de organismos multilaterales y estándares internacionales de derechos humanos, como las Reglas Bangkok y de Tokyo de Naciones Unidas
- iv) No es contrario a la Constitución Política al brindar el servicio de utilidad pública para mujeres cabeza de hogar condenadas por los delitos de hurto simple, agravado o calificado, concierto para delinquir, delitos de drogas o delitos sancionados con penas iguales o inferiores a 8 años de prisión, pues materializa obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos de la población reclusa y en especial de las mujeres privadas de la libertad
- v) Formula medidas alternativas al encarcelamiento que no sólo alivian la vulneración de derechos fundamentales en el sistema penitenciario y carcelario producto del hacinamiento, sino que

también tendrán un impacto positivo en la prevención de la reincidencia y en asegurar la resocialización de las personas beneficiadas

- vi) Puede ser ampliado a hombres cabeza de hogar que cometieron conductas punibles como resultado de condiciones de vulnerabilidad socioeconómica sin vulnerar la Constitución Política de 1991
- vii) Protege los derechos de menores de edad, personas con discapacidad y adultos mayores que dependen económicamente de la cabeza de hogar, reduciendo el impacto negativo que tiene el encarcelamiento de su cuidador.

Atentamente,



Centro de Investigación en Política Criminal Universidad Externado de Colombia

Corporación Humanas

Dejusticia

Secretaría Técnica de la Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013.

Referencias

1. Bhuller, M., Dahl, G., Loke, K., & Mogstad, M. (2018). *Incarceration, Recidivism and Employment*. NBER Documento de trabajo. .
2. Caicedo Delgado, L. (2017). *Mujeres en prisión por delitos de drogas. Espejo de las fisuras del desarrollo*. Bogotá D.C.: Corporación Humanas.
3. CIDE, Universidad Javeriana, CICR, 2018. *Mujeres y prisión en Colombia: desafíos para la política criminal desde un enfoque de género*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
4. Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (2020). *Mujeres y hombres: brechas de género en Colombia*.
5. Departamento Nacional de Planeación. (2015). *Documento CONPES 3828 de 2015, Política penitenciaria y carcelaria en Colombia*.
6. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. (2015). *Impacto de la legislación penal en la población penitenciaria y carcelaria a cargo del INPEC 1998-2015*.
7. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. (2020). *Informe estadístico – marzo de 2020*.
8. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. (2021). *Informe estadístico – junio de 2021*.
9. Mueller-Smith, M. (2015). *The Criminal and Labor Market Impacts of Incarceration*. Documento de trabajo no publicado. Recuperado de: <https://sites.lsa.umich.edu/mgms/wp-content/uploads/sites/283/2015/09/incar.pdf>.

10. Nagin, D. (2013). *Deterrence in the Twenty-First Century*. *Crime and Justice*, 42 (1), 199-263.
11. Patchin, J., & Keveles, G. (2004). *Alternatives to Incarceration: An Evidence-Based Research Review*. Wisconsin: Northwest Wisconsin Criminal Justice Management Conference.
12. Petersilia, J. (1987). *Expanding Options for Criminal Sentencing*. Santa Monica: Rand Corporation.
13. Uprimny, R., Martínez, M., Cruz, L., Chaparro, S., & Chaparro, N. (2016). *Mujeres, política de drogas y encarcelamiento: una guía para la reforma de políticas en Colombia*. Bogotá D.C.: Dejusticia.
14. Uprimny, R., Chaparro, S., & Cruz L. (2017). *Delitos de drogas y sobredosis carcelaria en Colombia*. Bogotá D.C.: Dejusticia.